



Consejo de Estado: Dictámenes

Número de expediente: 358/2013 (JUSTICIA)

Referencia:

358/2013

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:

27/06/2013

TEXTO DEL DICTAMEN

El Consejo de Estado en Pleno, en sesión celebrada el día 27 de junio de 2013, emitió, por unanimidad, el siguiente dictamen:

"Por Orden de V. E. de 4 de abril de 2013, 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

De antecedentes resulta:

Primero.- Se somete a consulta un anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El texto tiene fecha de 3 de abril de 2013 y consta de una exposición de motivos, un artículo único dividido en doscientos treinta y nueve apartados, dos disposiciones adicionales, seis disposiciones transitorias, una disposición derogatoria y seis disposiciones finales. La exposición de motivos se refiere a la necesidad de fortalecer la confianza en la Administración de Justicia mediante un sistema legal que garantice resoluciones judiciales previsibles que sean percibidas en la sociedad como justas. A tal fin se diseña una profunda revisión del sistema de consecuencias penales articulado a través de tres elementos: la incorporación de la prisión permanente revisable, reservada a delitos de excepcional gravedad; el sistema de medidas de seguridad, con ampliación del ámbito de aplicación de la libertad vigilada; y la revisión de la regulación del delito continuado.

Para incrementar la eficacia de la justicia penal se modifica la regulación de la suspensión y de la sustitución de las penas privativas de libertad, y se introduce un nuevo régimen de suspensión que ofrece diversas alternativas e introduce mayor flexibilidad y eficacia. De otra parte, se suprimen las faltas, que históricamente se regulaban en el Libro III del Código Penal, salvo algunas que se incorporan al Libro II del Código como delitos leves, lo que viene orientado por el principio de intervención mínima, y debe facilitar la disminución del número de asuntos menores que pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles.

Asimismo, se lleva a cabo una revisión técnica de la regulación del comiso y de algunos aspectos de la Parte Especial del Código Penal; en concreto, de los delitos contra la propiedad, del catálogo de agravantes de la estafa, administración desleal, delitos contra la propiedad intelectual e industrial, insolvencias punibles, corrupción privada, cohecho, malversación, corrupción de agentes públicos extranjeros, delitos de atentado y desobediencia, alteraciones del orden público, incendios, detención ilegal, e intrusismo, y se tipifican nuevos delitos de matrimonio forzado, hostigamiento o acecho, divulgación no autorizada de imágenes o grabaciones íntimas obtenidas con la anuencia de la persona afectada, y manipulación del funcionamiento de los dispositivos de control utilizados para vigilar el cumplimiento de penas y medidas cautelares o de seguridad.

La reforma se ocupa también de la transposición de la Decisión Marco 2008/675/JAI, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal; de la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal; de la Directiva 2009/52/CE, por la que se establecen normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular; de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; y de la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Asimismo, se modifica la actual regulación del delito de inmigración ilegal, separando claramente esta figura delictiva del delito de trata de seres humanos y ajustando tipos y penas a las exigencias derivadas de la Directiva 2002/90/CE y la Decisión Marco 2002/946/JAI.

Seguidamente, la exposición de motivos describe con detalle el contenido de la regulación proyectada. En primer lugar, se refiere a la introducción de una nueva pena de prisión permanente revisable para supuestos de excepcional gravedad en los que está justificada una respuesta extraordinaria mediante la imposición de una pena de prisión de duración indeterminada, si bien sujeta a un régimen de revisión que permitirá al penado, transcurrido cierto tiempo, obtener la libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en el que se impondrán condiciones y medidas de control; un modelo extendido en el Derecho comparado europeo y que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado ajustado a la Convención Europea de Derechos Humanos.

En la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se trata de delimitar el contenido del "debido control", cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal, para resolver dudas interpretativas al respecto, condicionando el deber de control a las dimensiones de la persona jurídica y extendiendo la responsabilidad penal a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

Asimismo, se modifican las reglas de fijación de la pena en los supuestos de continuidad delictiva y de concurso de delitos, para evitar las consecuencias arbitrarias de la figura, limitando su aplicación, revisando el sistema de fijación de las penas, y excluyendo su aplicabilidad en los delitos sexuales. También se introduce una mejora técnica en el artículo 76, para fijar las condiciones en las que procede la aplicación de los límites de condena a las que hayan sido impuestas en diversos procedimientos.

La reforma revisa la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena, para dotarla de una mayor flexibilidad y discrecionalidad judicial y de una tramitación más rápida, poniendo fin a la actual triple regulación de la suspensión. Se mantienen los diversos supuestos de suspensión y sustitución de la pena, pero como alternativas u opciones posibles que ofrece el régimen único de suspensión, lo que debe redundar en una mayor celeridad y eficacia en la ejecución de las penas, para lo que se modifica el régimen de valoración del cumplimiento de la responsabilidad civil. Este régimen de suspensión se complementa con una regulación flexible de las medidas de seguridad, el tradicional régimen de sustitución de la pena pasa a ser regulado como una modalidad de suspensión y se modifica la regulación de la sustitución de la ejecución de la pena de prisión por la expulsión del territorio nacional.

Se incluye un nuevo supuesto privilegiado de acceso a la libertad condicional, aplicable a los penados primarios condenados a una pena corta de prisión; la libertad condicional se regula como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena, no computándose el

tiempo en libertad condicional como tiempo de cumplimiento, y solo si el penado no reincide y cumple las condiciones impuestas, se declarará extinguida la pena pendiente de cumplimiento; asimismo, se regula el régimen de revisión de la prisión permanente revisable como un supuesto de libertad condicional o de suspensión de la ejecución de la pena.

En la parte general del Código, se desarrolla el principio de que el fundamento de las medidas de seguridad reside en la peligrosidad del autor y se abandona la idea de que las medidas no puedan resultar más graves que las penas aplicables al delito cometido, culminando el sistema dualista de consecuencias penales desde la distinción y separación entre penas y medidas de seguridad, lo que permite que ambas puedan ser impuestas conjuntamente, en los supuestos en que el autor aparece como una persona peligrosa. A tal fin, se amplía el ámbito de la medida de libertad vigilada, se mejora su regulación y se favorece su aplicación previendo el recurso a la medida de seguridad tras el cumplimiento de una pena privativa de libertad o como sustitutiva de la misma. Se incorporan mejoras en el régimen de control de la suspensión de las medidas de internamiento en centro psiquiátrico y en centro de educación especial, así como en su revocación, previendo el internamiento temporal cuando se produce una recaída grave. También se introducen mejoras técnicas en la regulación de la medida de internamiento en centro de deshabitación.

La nueva regulación equipara los antecedentes penales españoles a los correspondientes a condenas impuestas por tribunales de otros Estados miembros de la Unión Europea, a efectos de apreciar la agravante de reincidencia o la suspensión de la ejecución de la pena - conforme a la Decisión Marco 2008/675/JAI-, o su posible revocación. Ello lleva a simplificar el procedimiento de cancelación de los antecedentes penales, modificando el artículo 136 del Código Penal y estableciendo que el Registro Central de Penados dará de baja las inscripciones practicadas una vez transcurridos determinados plazos desde la cancelación de los antecedentes, la firmeza de la sentencia o en caso de fallecimiento del penado; también se incluye una regulación de la cancelación para los antecedentes penales de las personas jurídicas.

En el cómputo del plazo de prescripción de las penas se excluye el tiempo de ejecución de otra pena de la misma naturaleza, así como el tiempo de suspensión de la condena ya impuesta y se introducen algunas correcciones técnicas en el artículo 130 del Código Penal, sobre el régimen de extinción de la responsabilidad penal en los casos de suspensión de la ejecución de la pena y sobre la eficacia del perdón en los delitos leves perseguibles únicamente a instancia del agraviado.

Frente a la actual doble regulación del comiso, se establece el régimen general del comiso para todos los delitos, y se introducen instrumentos legales más eficaces en la recuperación de activos procedentes del delito; se extiende el comiso ampliado a otros supuestos, delimitando aquellos en los que el comiso puede extenderse a los bienes de terceras personas, y se regula el comiso sin sentencia de condena. Para mejorar la gestión de los activos intervenidos, se revisa la regulación contenida en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y se crea una Oficina de Gestión de Activos para la conservación, realización o utilización de los bienes intervenidos.

La reforma prevé la imposición de una pena de prisión permanente revisable para los asesinatos especialmente graves, revisa la definición de asesinato (no agravado), amplía el marco dentro del cual los tribunales deben fijar la pena justa, si bien se mantiene la imposición de la misma en su mitad superior en los casos de concurrencia de circunstancias que cualifican el asesinato y también el delito de homicidio, agravándose el homicidio de autoridades, funcionarios y agentes de la autoridad en el ejercicio de sus funciones.

Se revisa la pena en el delito de detención ilegal o secuestro con desaparición, para garantizar, en casos de extraordinaria gravedad, una respuesta penal ajustada, y se añaden dos supuestos agravados en los casos en que la víctima sea menor o discapacitado, o el delito se haya cometido con una finalidad sexual.

En los delitos contra la libertad sexual se lleva a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, que obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil. Como novedad importante, se eleva la edad del consentimiento sexual a los quince años, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la

Infancia, para mejorar la protección de los menores, sobre todo en la lucha contra la prostitución infantil. Se tipifica la conducta consistente en hacer presenciar a un menor de quince años actos o abusos sexuales sobre otras personas y, en los delitos contra la prostitución, se establece una separación más nítida entre los comportamientos cuya víctima es una persona adulta, de aquellos otros que afectan a menores de edad o a personas discapacitadas. Se presta especial atención al castigo de la pornografía infantil, con una definición amplia tomada de la Directiva europea, y se castigan los actos de producción y difusión, así como el mero uso o adquisición de pornografía infantil, o el acceso a ella por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, facultando a los jueces y tribunales para ordenar la retirada de las páginas web o bloquear su acceso, además de sancionar al que a través de medios tecnológicos contacte con un menor de quince años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas.

En los delitos relativos a la intromisión en la intimidad de los ciudadanos, se tipifican nuevas conductas, como la divulgación de imágenes o grabaciones de otra persona obtenidas con su consentimiento pero divulgadas contra su voluntad, si la imagen o grabación se ha producido en un ámbito personal y su difusión no consentida lesiona gravemente la intimidad.

En la reforma de los delitos patrimoniales, se da respuesta a los problemas de la multirreincidencia y la criminalidad grave para lo que se introduce un supuesto agravado para la delincuencia profesional y organizada, excluyendo la consideración como leves de los delitos en los que concurra alguna circunstancia de agravación -en particular, delincuencia profesional y organizada- y se excluye, en todo caso, la aplicación del tipo atenuado cuando el valor de los bienes es superior a 1.000 euros y cuando concurre alguna circunstancia agravante, lo que impide la aplicación del tipo atenuado a los delincuentes profesionales. Además, se modifica el catálogo de agravantes específicas de los delitos patrimoniales, y la profesionalidad incluye todos los supuestos en los que el autor actúa con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional; en el robo con fuerza, se incluye la utilizada para abandonar el lugar con el botín, se regula como supuesto agravado el robo con violencia cometido en establecimiento abierto al público, y se incluye un tipo agravado en el delito de receptación, para desincentivar la sustracción y venta de bienes robados.

Se incluye en los supuestos agravados de estafa la referencia a la delincuencia profesional y organizada y el supuesto en que el delito llega a afectar a un elevado número de personas.

La administración desleal se tipifica con carácter general como delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona, diferenciado de la apropiación indebida. Quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador (tipo de infidelidad) o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado (tipo de abuso), y perjudica de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal no solo cuando la actuación desleal determina una reducción del activo o la falta de incremento del mismo sino cuando su actuación, de un modo no autorizado o contrario a los intereses administrados, frustra el fin perseguido. La nueva regulación de la administración desleal motiva la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación. La reforma introduce una nueva tipificación de la malversación como un supuesto de administración desleal de fondos públicos y se mantiene la tipificación separada de los supuestos de aplicación a fines particulares de bienes muebles o inmuebles de titularidad pública con perjuicio para la causa o el servicio públicos, aunque no llegue a producirse un perjuicio patrimonial efectivo.

En los delitos de insolvencia punible, se separan la obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha referido el delito de alzamiento de bienes (incluyendo la ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución y la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados) de los delitos de insolvencia o bancarrota, para facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos, en una situación de crisis económica, que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o son directamente causantes de la situación de concurso; el nuevo delito de concurso punible o bancarrota se configura como un delito de peligro y se mantiene la tipificación expresa de la causación de la insolvencia por el deudor. La nueva regulación prevé un tipo agravado en los supuestos en los que se causan perjuicios

económicos de especial gravedad o en los que la mayor parte del crédito defraudado corresponde a deudas frente a la Hacienda Pública y la Seguridad Social; y se tipifican acciones no justificadas de favorecimiento a acreedores determinados antes de la declaración del concurso, cuando el deudor se encontraba ya en una situación de insolvencia actual o inminente.

La reforma corrige deficiencias en la regulación de los delitos contra la propiedad intelectual, para ajustar la respuesta penal a la valoración de la gravedad de la infracción cometida y diferenciar los supuestos de distribución y comercialización mayorista de los de la minorista, previendo la imposición de una pena atenuada cuando los hechos sean de escasa gravedad, en atención a las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio. Se tipifican infracciones de los derechos de propiedad intelectual de los que derivan graves perjuicios, y su realización mediante la supresión o neutralización de las medidas tecnológicas utilizadas para evitarlas, ajustándose la terminología y la regulación de los supuestos agravados a la Directiva 2001/29/CE. Este mismo régimen escalonado de responsabilidad penal en función de la gravedad de la conducta se aplica a los delitos contra la propiedad industrial.

En el Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal, se crea una nueva sección referida a los "Delitos contra la competencia", en los que se incluyen los delitos contra el mercado, que sancionan conductas ilícitas que alteran y falsean el régimen de libre competencia, y los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas, mejorando su regulación así como la del cohecho transnacional. Dentro de los delitos relativos al mercado, se crea una nueva figura delictiva que sanciona a los representantes o administradores de hecho o de derecho que dejan de adoptar las medidas necesarias para evitar la comisión de delitos, por la falta de implementación de los programas de prevención a que estaban obligados.

En los "Delitos contra la Seguridad Colectiva" se modifican los relativos a incendios forestales, para ofrecer una respuesta penal más adecuada a los incendios de mayor gravedad, además de solucionar los problemas de reparación del daño causado por el incendio, y permitir la imposición de medidas encaminadas a restaurar el ecosistema forestal dañado y la protección de los espacios naturales. En atención a la complejidad de este tipo de delitos, se ha estimado conveniente que la instrucción y el enjuiciamiento de los incendios forestales se encomiende a tribunales profesionales, dejando sin efecto la competencia del tribunal del jurado.

La falta de respeto a símbolos, uniformes y su uso indebido se tipifica como delito dentro de los tipos penales de usurpación de funciones públicas y de intrusismo. También se modifica la regulación del intrusismo profesional, incluyendo dentro del supuesto agravado aquel en que el culpable ejerce actos propios de una determinada profesión, no solo cuando se atribuye públicamente la condición de profesional, sino también cuando realiza tales actos en un local o establecimiento abierto al público en el que se anuncia la prestación de servicios propios de aquella profesión.

Se tipifican expresamente los delitos de quebrantamiento en relación con los dispositivos telemáticos para controlar las medidas cautelares y las penas de alejamiento en materia de violencia de género, para asegurar su eficacia y evitar que queden impunes los actos tendentes a alterar el funcionamiento de tales dispositivos.

Se revisa la regulación del cohecho para incrementar su eficacia en la lucha contra la corrupción, y se parte de un tipo básico en el que se sanciona la aceptación, recepción o solicitud de la dádiva o soborno sin vincularlo al acto realizado luego por el funcionario público. Este modelo permite superar las limitaciones del modelo vigente e incluye únicamente dos supuestos. Se escalona el grado de responsabilidad, y se prevé la posibilidad de incrementar la pena, por el valor de la dádiva o soborno, o porque el hecho tenga especial gravedad. Se modifica la definición de funcionario extranjero, se establece un nuevo concepto funcional de funcionario público, y se deroga, por superfluo, el antiguo artículo 431, relativo al comiso de la dádiva.

En el delito de atentado, se incluyen todos los supuestos de acometimiento, agresión, empleo de violencia o amenazas graves de violencia sobre el agente, excluyendo la resistencia meramente pasiva, que continúa sancionándose con la pena de desobediencia grave. Se modifican las penas de los delitos de atentado, reduciendo el límite inferior de la pena que

puede ser imputada, y se da una respuesta contundente a los supuestos de especial reproche: utilización de armas u objetos peligrosos; lanzamiento de objetos contundentes, líquidos inflamables o corrosivos; acometimiento con un vehículo de motor; y cualquier otra acción que conlleve un peligro para la vida o que pueda causar lesiones graves; también se amplía el ámbito de los sujetos protegidos.

Se incluye una nueva definición de "alteración del orden público" a partir de la referencia al sujeto plural y a la realización de actos de violencia sobre cosas y personas y se sanciona a quienes sin participar directamente en los actos de violencia, incitan a otros, o refuerzan su disposición a llevarlos a cabo. Se tipifican, como supuestos agravados, los de porte de armas, exhibición de armas de fuego simuladas, realización de acciones violentas especialmente peligrosas para la vida o la integridad de las personas, la comisión de actos de pillaje y las acciones individuales o en concurso con otras personas por las que se interrumpa el funcionamiento de los servicios de telecomunicación o transporte causando una grave alteración de la prestación normal del servicio. Finalmente, se revisa la redacción del actual artículo 561 (aviso falso de bomba), para incluir los supuestos de activación mediante noticias falsas de los servicios sanitarios o de emergencia.

Se reforma el delito de trata de seres humanos para transponer la Directiva 2011/36/UE. Dentro de las formas de comisión del delito, se incluye la entrega o recepción de pagos para obtener el consentimiento de la persona que controla a las víctimas, la explotación con la finalidad de que las víctimas cometan actos delictivos para los explotadores, y se delimita el concepto de "vulnerabilidad", conforme al texto de la Directiva. Con la tipificación separada del delito de trata de seres humanos, se revisa la regulación del artículo 318 bis para que defina con claridad las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, y se ajustan las penas a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI. Para la transposición de la Directiva 2009/52/CE, se establecen las normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular.

Se modifica la regulación de las conductas de incitación al odio y a la violencia, ajustándola a la Decisión Marco 2008/913/JAI, mediante dos grupos de conductas. Con una penalidad mayor, las acciones de incitación al odio o la violencia contra grupos o individuos por motivos racistas, antisemitas u otros relativos a su ideología, religión, etnia o pertenencia a otros grupos minoritarios, así como aquellas que puedan entrañar humillación o menosprecio contra ellos; y de otra parte, la producción o distribución de los materiales que por su contenido sean idóneos para incitar al odio o a la violencia contra minorías, el enaltecimiento o justificación de los delitos de que pudieran haber sido objeto, o la negación, apología o trivialización grave del genocidio, cuando de ese modo se favoreciera el odio o la violencia contra los grupos mencionados.

Para adecuar el Código Penal a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, se actualizan los términos empleados para referirse a las personas con discapacidad y se incorpora una disposición adicional para que todas las referencias hechas en el Código Penal al término "minusvalía" deban entenderse sustituidas por el término "discapacidad", y que el término "incapaz" deba entenderse sustituido por el de "persona con discapacidad necesitada de especial protección". El nuevo artículo 156 se remite a las leyes procesales civiles, que regularán los supuestos de esterilización de la forma más adecuada y garantista para los derechos de las personas con discapacidad.

Se tipifica el matrimonio forzado para cumplir con los compromisos internacionales suscritos por España en la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Directiva 2011/36/UE, que incluye el matrimonio forzado entre las conductas que pueden dar lugar a una explotación de personas; al tratarse de un comportamiento coactivo, se recoge como modalidad agravada dentro del delito de coacciones. También se castiga a quien utilice medios coactivos para forzar a otro a abandonar el territorio español o a no regresar a él, con esa misma finalidad de obligarle a contraer matrimonio.

Dentro de los delitos contra la libertad, se introduce un nuevo tipo penal de acoso para conductas de indudable gravedad, conductas reiteradas por las que se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, que no podían ser calificadas como coacciones o amenazas.

Para racionalizar el uso del servicio público de Justicia y reducir la litigiosidad penal, el Derecho Penal debe reservarse para la solución de los conflictos de especial gravedad. Por ello, la reforma suprime el catálogo de faltas regulado en el Libro III del Código Penal, tipificando como delito leve aquellas infracciones que se estima necesario mantener, dando coherencia al conjunto del sistema sancionador. Solo se mantienen infracciones merecedoras de reproche punitivo como delitos, configurándolas en su mayoría como delitos leves castigados con penas de multa, prescindiendo de las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y de la localización permanente, con un amplio margen de apreciación para que el juez o tribunal pueda valorar la gravedad de la conducta. La condición de delito leve se atribuye cuando la pena prevista, por su extensión, pueda considerarse como leve o menos grave. El plazo de prescripción de estas infracciones se establece en un año y la existencia de antecedentes penales por la comisión de delitos leves no impedirá que se acuerde la suspensión de posteriores condenas.

La reforma exige adecuar un gran número de artículos que hacen referencia a la dualidad "delito o falta", simplemente para eliminar la mención de las faltas penales en buena parte de los artículos de la parte general del Código Penal, o en otros preceptos de la parte especial, como los relativos a las asociaciones ilícitas, la prevaricación judicial, la imputación de delitos, o la receptación. Las faltas contra las personas en su mayoría son conductas tipificadas ya como delitos, de modo que tras su supresión pueden incluirse en cada uno de ellos como subtipo atenuado para los supuestos de menor gravedad. En cuanto al homicidio y lesiones imprudentes, las actuales faltas se reconducen a la vía jurisdiccional civil, y solo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave. Los supuestos graves de abandono a un menor desamparado o a un incapaz se subsumen en el delito de omisión del deber de socorro, al igual que la denegación de asistencia a personas desvalidas de edad avanzada; las conductas más graves de incumplimiento de deberes familiares están ya tipificadas como delito y los incumplimientos graves de convenios o sentencias pueden dar lugar a responsabilidad por desobediencia. Las amenazas y coacciones de carácter leve se sancionan como subtipo atenuado en cada uno de los respectivos delitos, manteniéndose la exigencia de su persecución sólo a instancia de parte, quedando fuera del ámbito penal las injurias leves y las vejaciones injustas, salvo cuando se cometen sobre alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2. La derogación de las faltas en las infracciones contra el patrimonio lleva a la incorporación de nuevos subtipos atenuados en los correspondientes delitos, no aplicables a los supuestos de gravedad objetiva, cuando la cuantía exceda de 1.000 euros, o a los casos de habitualidad, profesionalidad o actuación en banda organizada.

Las faltas contra los intereses generales se reconducen a figuras atenuadas de delito en los supuestos de uso de moneda falsa y de distribución o utilización de sellos de correos o efectos timbrados falsos. Y se deroga el actual artículo 632.1 para incluirlo como delito leve en el apartado 2 del artículo 332, cuando no cause un daño al medio ambiente. Se mantiene como infracción penal el abandono de animales domésticos, que pasa a constituir un subtipo atenuado del maltrato de animales y se tipifica como delito la tenencia de animales peligrosos sin cumplir con las medidas de seguridad necesarias.

Los supuestos de alteraciones leves del orden público y los casos de faltas leves de respeto a la autoridad se reconducen a la vía administrativa, al igual que la realización de actividades sin seguro obligatorio. Se mantiene el castigo penal para el que se mantuviere en un domicilio social o local fuera de las horas de apertura, como subtipo atenuado del artículo 203, así como el uso de uniforme o la atribución pública de la condición de profesional, que se tipifica en un nuevo artículo 402 bis en el marco de una mejora de los tipos penales de usurpación de funciones públicas y de intrusismo.

Termina la exposición de motivos indicando que, para solucionar los problemas de transitoriedad derivados de la aplicación inmediata de los nuevos delitos leves, se ha incluido una disposición transitoria para adecuar la regulación procesal actual en tanto no se reforme la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal; en ella se prevé que los delitos leves de más frecuente comisión seguirán sustanciándose conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas, manteniendo los Juzgados de Instrucción la competencia para el conocimiento y fallo de esos delitos; también se regula la situación transitoria de los juicios de faltas iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley.

El artículo único tiene por objeto la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En sus 239 apartados se incluyen algunos que se limitan a suprimir la referencia a falta en diversos artículos del Código Penal (así los apartados 1º, 2º, 4º, 7º a 12º, 15º a 17º, 39º, 73º, 74º, 77º a 80º y 86º a 89º, entre otros).

El apartado 3º modifica el apartado 2 del artículo 6 del Código Penal, estableciendo que las medidas de seguridad no podrán exceder del tiempo necesario para prevenir la peligrosidad del autor.

El apartado 13º modifica el punto 1 del apartado 4 del artículo 20, dando nueva definición a la agresión ilegítima.

El apartado 14º modifica el número 8 del artículo 22, sobre la definición de reincidencia.

El apartado 15º modifica el artículo 25, sobre qué se entiende por discapacidad a efectos del Código.

El apartado 18º modifica el apartado 1 del artículo 30, sobre la responsabilidad criminal en los delitos que se cometan utilizando medios o soportes de difusión mecánicos.

El apartado 19º modifica el artículo 31, respecto a la responsabilidad penal de quien actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro.

Los apartados 20º a 23º modifican el artículo 31 bis, e introducen los nuevos artículos 31 ter, quáter y quinquies sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

El apartado 24º modifica el artículo 33.2, sobre el catálogo de penas graves, mientras que el 25º modifica el 33.4, relativo a las penas leves.

El apartado 26º modifica el artículo 35, incluyendo en las penas privativas de libertad, junto a la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, y la prisión permanente revisable. Los apartados 27º y 28º modifican los apartados 1 y 2 del artículo 36, e introducen un nuevo apartado 4, en relación con la prisión permanente revisable.

El apartado 29º modifica el apartado 4 del artículo 40, en relación con la duración de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

El apartado 30º modifica el apartado 1 del artículo 48 sobre la privación del derecho a residir en determinados lugares o acudir a ellos.

El apartado 31º modifica el apartado 1 del artículo 53, sobre la responsabilidad penal subsidiaria en caso de impago de la multa impuesta.

El apartado 32º modifica el artículo 57, relativo a la posibilidad de acordar las prohibiciones del artículo 48 en determinados delitos.

El apartado 34º añade un apartado 4 al artículo 70, estableciendo que la pena inferior en grado a la de prisión permanente es la pena de prisión de veinte a treinta años.

El apartado 35º modifica el apartado 1 del artículo 71, sobre la determinación de la pena inferior en grado.

El apartado 36º modifica el artículo 74, sobre el delito continuado.

El apartado 37º introduce una nueva letra e) en el apartado 1 del artículo 76, en relación con el condenado por dos o más delitos cuando al menos uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable, remitiéndose a lo dispuesto en los artículos 92 y 78 bis.

El apartado 38º modifica el apartado 2 del artículo 76, sobre la aplicación de la limitación de penas.

El apartado 39º modifica el artículo 77, respecto al caso en que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro. El apartado

40º suprime el apartado 3 del artículo 78, y modifica su apartado 2, sobre las facultades del juez de vigilancia para la aplicación del régimen general de cumplimiento.

El apartado 41º introduce un nuevo artículo 78 bis, sobre los requisitos para la progresión a tercer grado.

Los apartados 42º a 49º modifican los artículos 80 a 87, sobre la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad.

El apartado 50º modifica el artículo 88, sobre la posible sustitución de las penas de prisión de más de un año impuestas a un ciudadano extranjero, por su expulsión del territorio español.

El apartado 51º modifica el artículo 90, sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y la concesión de la libertad condicional al penado.

El apartado 52º modifica el artículo 91, sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena de los penados que hubieran cumplido la edad de 70 años o la cumplan durante la extinción de la condena, o enfermos muy graves con padecimientos incurables.

El apartado 53º modifica el artículo 92, sobre la suspensión de la ejecución de la pena de prisión y sus requisitos.

El apartado 54º establece que la sección 4ª del Capítulo III del Título III del Libro I pasa a ser su sección 3ª.

El apartado 55º añade un nuevo artículo 94 bis, sobre el valor de las condenas firmes de jueces o tribunales impuestas en otros Estados de la Unión Europea.

Los apartados 56º a 63º modifican los artículos 95 a 102, sobre las medidas de seguridad y su aplicación.

El apartado 64º introduce un nuevo artículo 103, sobre la revocación de suspensión de la ejecución de la medida privativa de libertad en relación con el internamiento.

El apartado 65º introduce un nuevo artículo 103 bis, sobre la posibilidad de acordar el internamiento en un centro psiquiátrico, en caso de agravamiento, por un plazo máximo de tres meses, que podrá ser prorrogado por tres meses más.

El apartado 66º modifica el artículo 104, sobre los requisitos para imponer una medida de libertad vigilada.

El apartado 67º introduce un nuevo artículo 104 bis, sobre las obligaciones o condiciones que pueden imponerse a la persona sometida a la medida de libertad vigilada, durante todo el tiempo de duración de la misma o durante un período de tiempo determinado.

El apartado 69º modifica el artículo 105, y faculta al juez o tribunal durante la ejecución de la medida para verificar si se mantienen las circunstancias que hicieron necesaria su imposición y acordar su mantenimiento o cese, con una periodicidad máxima anual.

El apartado 70º modifica el artículo 106, sobre la terminación de la libertad vigilada y su posible suspensión.

El apartado 71º modifica el artículo 107, sobre la medida de inhabilitación.

El apartado 72º modifica el artículo 108, sobre la sustitución de las medidas de seguridad privativas de libertad impuestas a un ciudadano extranjero, por la expulsión del territorio nacional.

El apartado 73º cambia la rúbrica del Título V del Libro I del Código Penal, que pasa a denominarse "De la responsabilidad civil derivada de los delitos y de las costas procesales".

Los apartados 74º a 80º suprimen la referencia a las faltas en los preceptos que modifican.

El apartado 81º introduce un artículo 127 bis, sobre el comiso de los bienes y efectos pertenecientes a una persona condenada por determinados delitos, cuando se aprecien indicios que permitan presumir que los bienes o efectos provienen de actividades delictivas similares a aquellas por las que es condenada.

El apartado 82º añade un artículo 127 ter, sobre el comiso aunque no medie sentencia de condena, cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio.

El apartado 83º añade un artículo 127 quáter, sobre el comiso de los bienes y efectos transferidos a terceras personas

El apartado 84º añade un artículo 127 quinquies sobre el comiso ampliado.

El apartado 85º introduce un artículo 127 "seis", que permite que los bienes, medios, instrumentos y ganancias sean aprehendidos o embargados y puestos en depósito por la autoridad judicial desde el momento de las primeras diligencias, y disponer sobre la realización anticipada o utilización provisional de los bienes y efectos intervenidos.

El apartado 86º modifica los apartados 1 y 2 del artículo 129, en relación con delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica.

Los apartados 87º y 88º modifican los artículos 130 y 131 para sustituir la referencia a las faltas por otra a los delitos leves.

El apartado 89º modifica el artículo 132, para incluir la referencia a la trata de seres humanos.

El apartado 90º añade un párrafo segundo en el artículo 134, sobre la suspensión del plazo de prescripción de la pena.

El apartado 91º modifica el artículo 136, sobre los plazos para la cancelación de antecedentes penales y de las condenas impuestas.

El apartado 92º introduce un artículo 136 bis, sobre la baja de inscripciones y anotaciones en el Registro Central de Penados.

Los apartados 93º, 94º y 95º modifican los artículos 138, 139 y 140 sobre las penas por delitos de homicidio, asesinato y asesinato agravado.

El apartado 96º introduce un nuevo artículo 140 bis, que prevé que a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en ese título se les podrá imponer además una medida de libertad vigilada.

El apartado 97º modifica el artículo 142, sobre el homicidio imprudente por imprudencia grave.

El apartado 98º modifica el artículo 147, sobre el delito de lesiones y el maltrato sin lesiones.

Los apartados 99º y 100º modifican los artículos 152 y el apartado 1 del artículo 153, añadiéndole un apartado 5 sobre las penas por el delito de lesiones o el maltrato familiar.

El apartado 101º modifica el artículo 156, en relación con la esterilización acordada por órgano judicial en el caso de personas incapaces.

El apartado 102º introduce un nuevo artículo 156 ter, previendo la posibilidad de imponer además una medida de libertad vigilada.

El apartado 103º modifica el artículo 166 sobre la detención ilegal y secuestro.

El apartado 104º introduce un nuevo artículo 168 bis, previendo la posibilidad de imponer además una medida de libertad vigilada.

Los apartados 105º y 106º añaden un apartado 7 al artículo 171 y un apartado 3 al artículo 172, sobre las amenazas y coacciones leves, solo perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada.

El apartado 107º añade un artículo 172 bis sobre el matrimonio forzado.

El apartado 108º introduce un nuevo artículo 172 ter, en relación con el delito de acoso.

El apartado 109º modifica el apartado 2 del artículo 173, sobre la violencia doméstica.

El apartado 110º introduce un nuevo apartado 4 en el artículo 173, sobre la injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuere una de las personas del apartado 2.

El apartado 111º modifica el artículo 177 sobre el atentado a la integridad moral que produjere lesión o daño a la vida, integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero.

El apartado 112º modifica los apartados 1 y 4 del artículo 177 bis en relación con el delito de trata de seres humanos, previendo el apartado 113º que en estos casos podrá además imponerse una medida de libertad vigilada.

El apartado 114º modifica el apartado 1 del artículo 182 sobre actos de carácter sexual con engaño o abuso con persona mayor de quince años y menor de dieciocho.

Los apartados 115º a 119º se refieren a los abusos y agresiones sexuales a menores de quince años, modificando la rúbrica del Capítulo II bis del Título VIII del Libro II y los artículos 183 y 183 bis, con adición de dos nuevos artículos, 183 ter y 183 quáter. Los apartados 120º a 125º se refieren a los delitos relativos a la prostitución, y a la explotación sexual y corrupción de menores, modificando la rúbrica del capítulo, dando nueva redacción a los artículos 187, 188, y 189 y al apartado 1 del artículo 192, y añadiendo un nuevo artículo 194 bis.

El apartado 126º añade un apartado 4 bis al artículo 197, sobre la divulgación no autorizada de imágenes íntimas.

El apartado 127º modifica los apartados 2 y 3 del artículo 203, sobre la permanencia contra la voluntad de su titular, fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica pública o privada, despacho profesional u oficina, o en establecimiento mercantil o local abierto al público.

Los apartados 128º y 129º modifican el párrafo segundo del artículo 208 y el artículo 210, sobre el delito de injurias.

Los apartados 130º a 132º modifican los artículos 234 y 235, y añaden un nuevo artículo 235 bis sobre el delito de hurto.

El apartado 133º modifica el artículo 236, sobre la recuperación ilegítima de bienes propios, distinguiendo entre los de escaso valor y los de más 1.000 euros.

El apartado 134º introduce un nuevo artículo 236 bis sobre la posibilidad de imponer además una medida de libertad vigilada.

Los apartados 135º a 139º están dedicados a los diversos supuestos de robo, y modifican los artículos 237 y 240 a 242, además de introducir un nuevo artículo 242 bis, referente a la posible pena adicional de libertad vigilada.

El apartado 140º modifica el artículo 243, relativo a la extorsión.

El apartado 141º modifica el apartado 1 del artículo 244, sobre la sustracción o uso no autorizado de un vehículo a motor o ciclomotor ajenos, sin ánimo de apropiación. El apartado 142º modifica el artículo 246, sobre alteración de términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades.

El apartado 143º modifica el artículo 247 sobre distracción de aguas de uso público o privativo.

Los apartados 144º y 145º modifican los artículos 249 y 250 relativos a la estafa y el apartado 146º introduce un nuevo artículo 252 bis sobre la posible imposición adicional de una medida de libertad vigilada.

Los apartados 147º y 148º se refieren a la administración desleal creando una Sección 1 bis al Capítulo VII del Título XIII del Libro II, que incluye un nuevo artículo 252, dedicado a ese tipo delictivo.

Los apartados 149º y 150º modifican los artículos 253 y 254, sobre la apropiación indebida.

Los apartados 151º y 152º modifican los artículos 255 y 256, sobre la defraudación de energía eléctrica y similares.

Los apartados 153º a 157º se refieren a frustración de la ejecución, modificando con tal rúbrica la del Capítulo VII del Título XIII, así como los artículos 257 y 258, y añadiendo los artículos 258 bis y 258 ter.

Los apartados 158º a 163º se dedican a las insolvencias punibles añadiendo un Capítulo VII bis al Título XIII del Libro II, incluyendo los modificados artículos 259, 260, 263 y añadiendo un nuevo artículo 259 bis.

Los apartados 164º y 165º modifican los apartados 1 y 2 del artículo 266, sobre el delito de daños.

Los apartados 166º a 169º modifican los artículos 270 y 271, sobre delitos contra la propiedad intelectual, y los artículos 274 y 276, sobre delitos contra la propiedad industrial.

Los apartados 170º a 175º se refieren a los delitos contra la competencia y modifican la rúbrica de la Sección 4ª del Capítulo XI del Título XIII del Libro II, que pasa a denominarse "De los delitos contra la competencia", dan una nueva redacción al artículo 286 bis, e introducen unos nuevos artículos 286 ter, 286 quáter, 286 quinquies y 286 "seis".

Los apartados 176º y 177º se refieren al incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas, introduciendo una nueva Sección 4ª bis en el Capítulo XI del Título XIII del Libro II, incluyendo dentro de ella un nuevo artículo 286 "siete".

El apartado 178º da nueva redacción al artículo 288, con la previsión de que en los supuestos de los artículos anteriores, se dispondrá la publicación de la sentencia refiriéndose a la responsabilidad penal de la persona jurídica.

El apartado 179º modifica los apartados 1 y 2 del artículo 298, sobre receptación, mientras que el 180º prevé la posible imposición de la pena adicional de libertad vigilada, añadiendo un nuevo artículo 304 bis.

El apartado 181º introduce un nuevo artículo 308 bis, en relación con los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social, sobre el régimen de suspensión de la ejecución de las penas impuestas.

El apartado 182º añade un nuevo artículo 311 bis sobre el empleo reiterado de ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo o de un menor de edad que carezca de permiso de trabajo.

El apartado 183º modifica el artículo 318 bis, sobre la ayuda a una persona extranjera para vulnerar la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros.

El apartado 184º modifica el artículo 323, sobre daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos.

El apartado 185º modifica el artículo 332, sobre la tala ilegal.

Los apartados 186º y 187º modifican el artículo 337, sobre maltrato de animales y añaden un artículo 337 bis sobre abandono de animales domésticos.

El apartado 188º modifica el apartado 2 del artículo 346, sobre el delito de estragos.

El apartado 189º modifica el artículo 353, sobre el delito de incendios de especial gravedad.

El apartado 190º modifica la rúbrica de la Sección 5ª del Capítulo II del Título VII del Libro II del Código Penal e introduce en ella un nuevo artículo 358 bis, sobre disposiciones comunes.

El apartado 191º modifica el artículo 374, sobre el decomiso de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, equipos, materiales y sustancias así como los bienes, medios, instrumentos y ganancias.

El apartado 192º introduce un nuevo Capítulo V en el Título XVII del Libro II del Código Penal, integrado por un nuevo artículo 385 quáter, sobre la tenencia de animales peligrosos.

El apartado 193º introduce un nuevo artículo 385 quinquies, que prevé la posible imposición de una medida de libertad vigilada a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en ese Título XVII del Libro II.

El apartado 194º modifica el párrafo tercero del artículo 386, que se refiere a la distribución de moneda falsa recibida de buena fe. En el mismo sentido el apartado 195º modifica el párrafo segundo del artículo 389, en relación con sellos y efectos timbrados.

El apartado 196º introduce un nuevo artículo 402 bis sobre el uso público indebido de uniforme, traje o insignia que atribuyan carácter oficial. El apartado 197º modifica el artículo 403, sobre intrusismo.

Los apartados 198º a 206º modifican los artículos 419 a 427 sobre el cohecho.

Los apartados 207º a 210º modifican los artículos 432, 433, 434 y 435 sobre malversación de caudales públicos.

El apartado 211º modifica el artículo 440, sobre el abuso en el ejercicio de su función de los peritos, árbitros y contadores partidores, los tutores, curadores o albaceas, y los administradores concursales.

El apartado 212º suprime el Título XIX bis del Libro II.

El apartado 213º modifica el artículo 446, sobre la prevaricación de jueces y magistrados.

El apartado 215º modifica el apartado 1 del artículo 456, sobre la acusación y denuncia falsa.

El apartado 216º añade un apartado 3 al artículo 468, sobre la inutilización o perturbación del funcionamiento normal de los dispositivos técnicos dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares.

El apartado 217º modifica el artículo 485, en relación con la pena por el homicidio del Rey o del Príncipe heredero de la Corona, que será de prisión permanente revisable.

Los apartados 218º a 221º modifican los artículos 510 y 515 e introducen nuevos artículos 510 bis y 510 ter, sobre delitos de racismo y xenofobia, y de intolerancia a personas por su origen, ideas, discapacidad u otras circunstancias.

Los apartados 222º a 225º modifican los artículos 550, 551, 554 y 556, sobre los delitos de atentado y resistencia a la autoridad. Los apartados 226º a 231º afectan a los delitos de desórdenes públicos, dando nueva redacción a los artículos 557, 559 y 561, e introducen los nuevos artículos 557 bis, 557 ter y 560 bis.

Los apartados 232º y 233º modifican el apartado 1 del artículo 570 bis y el apartado 1 del artículo 570 ter, sobre las organizaciones y grupos criminales.

Los apartados 234º y 235º modifican el artículo 572.2 y el artículo 574, sobre delitos de terrorismo.

El apartado 236º prevé la posibilidad de imponer a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en el Título XXII del Libro II una medida de libertad vigilada.

El apartado 237º modifica el artículo 605.1, para agravar la pena por la muerte de un jefe de Estado extranjero, o de otra persona internacionalmente protegida por un tratado que se halle en España.

Los apartados 238º y 239º modifican el artículo 607.1 y el número 1 del apartado 2 del artículo 607 bis, sobre el delito de genocidio.

La disposición adicional primera establece que todas las referencias hechas en el Código Penal a los términos "incapaz" e "incapaces" deben entenderse sustituidas por los términos "persona o personas con discapacidad necesitadas de especial protección", y las referentes a "minusvalía" por el término "discapacidad".

La disposición adicional segunda se refiere a la autorización judicial para la esterilización a que se refiere el párrafo segundo del artículo 156 del Código Penal.

La disposición transitoria primera establece que los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de la Ley proyectada se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión salvo, en lo más favorable para el reo, regulando cómo se determina la Ley más favorable.

La disposición transitoria segunda se refiere a la revisión de sentencias, y habilita al Consejo General del Poder Judicial para asignar a uno o varios Juzgados de lo Penal o secciones de las Audiencias Provinciales, dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de sentencias penales, la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de esta Ley, aplicando la disposición más favorable. No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, o si el penado se encuentra en período de libertad condicional, ni las penas de multa.

La disposición transitoria tercera establece las reglas de invocación de la normativa aplicable en materia de recursos.

La disposición transitoria cuarta regula la instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves mientras no entre en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal, estableciendo que algunos de ellos serán considerados como faltas penales a efectos de mantener la competencia de los Juzgados de Instrucción, de los Juzgados de Paz y de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, en cuanto a su conocimiento y fallo.

La disposición transitoria quinta se refiere a los juicios de faltas en tramitación. Para el caso de que se trate de hechos que resultan despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan. Si continuare la tramitación, el juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas.

La disposición transitoria sexta establece el procedimiento de comiso sin condena hasta la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La disposición derogatoria única deroga el Libro III del Código Penal y sus artículos 89, 295, 299, 431, 445 bis, 552, 555 y el número 2 del artículo 607, así como el artículo 24 de la Ley 4/2010, de 10 de marzo, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones judiciales de decomiso, además de cuantas disposiciones se opongan a lo previsto en la ley orgánica proyectada.

La disposición final primera añade una letra j) al apartado 3 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, referida a la trata de seres humanos.

La disposición final segunda modifica el artículo 105, el número 2 del artículo 367 quáter, el número 3 del artículo 367 quinquies, los artículos 367 "seis" y "siete", e introduce un nuevo párrafo cuarto en el artículo 990 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La disposición final tercera regula la ejecución de resoluciones de comiso dictadas por autoridades extranjeras.

La disposición final quinta modifica la Ley Orgánica 5/1995, de 22 de mayo, del Tribunal del Jurado.

La disposición final sexta establece la entrada en vigor de la Ley Orgánica proyectada a los seis meses de su "completa" publicación en el "Boletín Oficial del Estado".

Segundo.- El anteproyecto se acompaña de una Memoria del análisis de impacto normativo, que se refiere en primer lugar a la oportunidad de la propuesta, para dotar de coherencia al sistema sancionador, ofrecer respuesta a la multirreincidencia y a la delincuencia agravada, mejorar técnicamente la parte especial, adecuar el Código Penal al Derecho de la Unión Europea y mejorar la eficacia del sistema penal. Menciona también la motivación de la propuesta, sus causas, el interés público afectado y la oportunidad del momento, así como los objetivos de revisión del sistema de penas, el incremento de la eficacia de los recursos de la Administración de Justicia y de los comisos, la mejora técnica de la regulación de los delitos de corrupción y económicos, y la transposición de determinadas disposiciones de la Unión Europea.

Seguidamente expone el contenido del anteproyecto, con referencia a la revisión de penas (prisión permanente revisable, medidas de seguridad, delito continuado y concurso de delitos), la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la suspensión y sustitución de penas de prisión y de libertad condicional, la supresión de las faltas y la conversión de algunas de ellas en delitos leves, la revisión de la regulación del comiso y de la normativa sobre cancelación de antecedentes penales, mejoras técnicas en la parte general sugeridas en la tramitación del proyecto, así como modificaciones en la parte especial en los delitos de asesinato y homicidio, detención ilegal, delitos contra la propiedad y la estafa, de administración desleal y apropiación indebida, insolvencia, daños contra la propiedad intelectual e industrial, incendio, intrusismo, corrupción, cohecho y malversación, atentado, resistencia y desobediencia, alteraciones del orden público, matrimonio forzado, acoso y hostigamiento, divulgación no autorizada de imágenes íntimas, inutilización de dispositivos electrónicos de control, además de la transposición de decisiones marco y de directivas.

En el análisis jurídico se hace referencia a su relación con normas de rango superior y a su coherencia con el resto del ordenamiento. Seguidamente, la Memoria hace una descripción de la tramitación, del contenido de los informes del Consejo General del Poder Judicial y el del Consejo Fiscal, señalando las recomendaciones que se han seguido, y de otras consultas realizadas. Se afirma que se ha mantenido contacto con representantes de personas con discapacidad y asociaciones de víctimas de accidentes de circulación y reuniones con representantes de colectivos profesionales, organizaciones no gubernamentales y asociaciones y colectivos que representan intereses afectados por la reforma. También se ha procedido al estudio conjunto del texto con diversos departamentos ministeriales (Ministerio del Interior, Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Industria, Energía y Turismo, Educación, Cultura y Deporte, Hacienda y Administraciones Públicas, y Economía y Competitividad).

En cuanto al análisis de impacto, la Memoria considera sus efectos positivos en general y en determinados ámbitos; se analiza la adecuación de la norma al orden de competencias, y el impacto económico general, el efecto sobre la competencia en el mercado, la carencia de impacto en cuanto a cargas administrativas, y de impacto negativo sobre los presupuestos; en cambio, se afirma un impacto positivo por razón de género y en igualdad de oportunidades.

Tercero.- Consta en el expediente diligencia firmada por la Ministra de la Presidencia sobre cumplimiento de lo previsto en el artículo 22.3 de la Ley del Gobierno.

Cuarto.- La Secretaría General Técnica del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente ha formulado observaciones sobre los incendios forestales y sugiere modificaciones en los artículos 337 y 385 quáter, sobre los delitos relacionados con animales.

Quinto.- El Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI) muestra su preocupación sobre la modificación de las medidas de seguridad que afecten a personas inimputables por razón de discapacidad, sugiriendo que se establezcan límites y, además, critica la modificación de la regulación de los tratamientos y de la despenalización de la esterilización en el caso de las personas con discapacidad.

Sexto.- El Consejo Fiscal ha emitido un amplio informe al anteproyecto que examina detenidamente cada uno de sus apartados. Las principales observaciones formuladas se refieren a la prisión permanente revisable, recomendando su inclusión en el listado de penas, y al escalonamiento de las consecuencias en función de la gravedad de los diversos delitos cometidos en el artículo 78 bis. Realiza diversas sugerencias para la mejora de la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena y su sustitución, criticando que se prevea como regla general su resolución en el momento de dictar sentencia; propone mayor flexibilidad en la revocación y cuestiona la regulación en relación con los ciudadanos comunitarios. También critica la omisión de referencias a la competencia del juez de vigilancia penitenciaria en materia de libertad condicional, y que la libertad vigilada aparezca como una medida de imposición obligatoria, así como la posibilidad de que pueda acordarse el cumplimiento de la pena mediante el internamiento en centro de deshabitación. Respecto de la parte especial, propone que las circunstancias que cualifican el asesinato se consideren agravantes del homicidio, se critica el sistema de pena única en la detención ilegal con desaparición, se proponen mejoras en la realización del matrimonio forzoso y en los delitos de acoso, así como en relación con el delito de trata de humanos. En los delitos contra la libertad sexual, propone la exclusión de las relaciones sexuales entre personas de edad y madurez similar, la

delimitación más precisa del lucro de la prostitución, de la definición de pornografía, así como otras mejoras técnicas que afectan también a los delitos patrimoniales. En la administración desleal propone la inclusión de algunas referencias al concepto personal del patrimonio, y en las insolvencias punibles, que el tipo imprudente concrete las modalidades comisivas concretas; en los delitos contra la propiedad intelectual propone tipificar la gestión de páginas de descarga de contenido protegido; y en la malversación, que se haga una remisión no solo a la administración desleal sino a la apropiación indebida.

Séptimo.- El informe del Consejo General del Poder Judicial, tras unas consideraciones generales acerca del anteproyecto, hace un análisis detenido de la parte general, con especial referencia a las penas y al delito continuado y, más singularmente, a la pena de prisión permanente revisable, aconsejando una descripción más clara de su contenido y su régimen de revisión, cuestionando el sistema de individualización de la pena en el delito continuado y en el concurso instrumental de delito, y la supresión de la regulación del "delito masa". Analiza seguidamente las formas sustitutivas de la ejecución y la libertad condicional, examinando con especial detalle el nuevo régimen de suspensión de la ejecución de la pena privativa de libertad y los aspectos procesales, así como la sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio nacional. En relación con las medidas de seguridad y con la modificación del artículo 6 del Código Penal, realiza una serie de propuestas sobre los internamientos, criticando las prórrogas, la custodia de seguridad, la libertad vigilada y otras medidas de seguridad no privativas de la libertad. En cuanto a la nueva regulación del comiso, cuestiona la del comiso ampliado y la previsión del supuesto de comiso civil sin condena, así como que se encomienden a la autoridad judicial las resoluciones sobre las condiciones de la utilización de bienes intervenidos. Además, critica la regulación de la "baja de inscripciones" en la cancelación de antecedentes penales.

Sobre la parte especial, el informe cuestiona la exigencia de denuncia previa para perseguir los delitos leves, la supresión del artículo 620 del Código Penal en cuanto a la falta de tipicidad de las injurias y vejaciones leves, y la omisión del párrafo segundo del artículo 173 en los delitos contra la integridad moral; se objeta el concepto de pornografía, así como la pena prevista para las detenciones ilegales con desaparición. Se valora positivamente la regulación de la administración desleal como un delito patrimonial y no como societario, y se propone la inclusión de la administración desleal societaria como un tipo agravado. Se critica la inclusión de las dos modalidades de abuso y deslealtad por su carácter amplio inspirado en la regulación alemana. En cuanto a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros, cuestiona la regulación del principio de oportunidad. Propone mejoras técnicas en los delitos de malversación y en el delito de atentado y, en relación con los delitos de alteración del orden público, señala la posible contradicción entre los artículos 557.2 y 559. Además, propone que se incluya la corrupción sobre agentes públicos extranjeros.

Octavo.- La Secretaría General Técnica ha emitido informe en el que analiza el objeto y contenido del anteproyecto, sus antecedentes, rango normativo, tramitación, el informe del CERMI y los informes preceptivos del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, realizando observaciones en relación con la Memoria del análisis de impacto normativo, para que se complete especialmente en lo que se refiere a la incorporación de la normativa de la Unión Europea, con adaptación del contenido de la ficha normativa.

Noveno.- Ya el expediente en el Consejo de Estado, han solicitado audiencia el Consejo General de la Abogacía Española así como la Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento.

a) El Consejo General de la Abogacía Española ha presentado un escrito en el que realiza diversas propuestas de modificación del anteproyecto. Propone que se reconsidere la eliminación de las faltas y defiende su mantenimiento en la situación actual, así como la no introducción de la pena permanente revisable por considerarla contraria al artículo 25 de la Constitución, citando diversas opiniones contrarias a esta pena. En cuanto al artículo 78 y al nuevo artículo 78 bis, sugiere una nueva redacción para los permisos de salida y la aplicación del régimen general de cumplimiento; también propone una nueva redacción completa del artículo 80 en cuanto a la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad, eliminando el concepto de personalidad del penado y la sustitución como figura autónoma. En el artículo 81 se propone una reforma del plazo de suspensión, para evitar una interpretación restrictiva, y la no aplicación a la pena de dos años. En el artículo 82 se

propone que la suspensión de la ejecución de la pena en sentencia siempre sea dictada en conformidad, y se considera desproporcionado en el artículo 83 que en infracciones penales en que se evitó la prisión se puedan imponer prohibiciones y deberes excesivos y desproporcionados. Además, se propone la supresión del artículo 84, sobre condicionamiento de la suspensión de la ejecución de la pena, y se cuestiona, en el artículo 85, la posibilidad de modificar las prohibiciones, deberes o prestaciones impuestas para la suspensión. En el artículo 86 se propone que el penado sea oído antes de acordarse si ha existido o no incumplimiento para decidir la revocación de la suspensión por la agravación de sus condiciones o del plazo de suspensión. En el artículo 87 se propone establecer un solo plazo de tres meses desde la finalización del plazo de suspensión a fin de mejorar la seguridad jurídica. En el artículo 88 se critica la posibilidad de expulsión de un ciudadano de la Unión Europea, y que se haga referencia al delito doloso. En cuanto a la libertad condicional de los artículos 90 a 92, se formula una propuesta alternativa en la que la libertad condicional siga siendo un cuarto grado, se tenga en cuenta la situación actual de la persona y su entorno, considerando que con la privación de la libertad durante las dos terceras partes de la pena se cumplen suficientemente sus fines, evitando la privación de libertad más allá de la duración de la pena, así como tener en cuenta los supuestos de enfermedad muy grave e incurable.

En relación con las medidas de seguridad, se abre la posibilidad de que una persona no sea solo castigada por los hechos cometidos sino también por su forma de ser, debiendo evitarse que por una posible o futura peligrosidad se pueda condenar a alguien por hechos no cometidos -que se presume se van a cometer-; a tal fin propone que se mantenga la versión actual de los artículos 6.2, 95 y 97, que se suprima el artículo 98 sobre el internamiento en centro psiquiátrico, y que en el artículo 99 se modifique la regulación del internamiento en centro educativo especial, y en el artículo 100 la del internamiento en centro de deshabitación. Se propone mantener prácticamente la redacción del actual artículo 99, así como la actual redacción del artículo 97, señalando la competencia del juez de vigilancia penitenciaria y no del juez o tribunal sentenciador para acordar el mantenimiento, el cese, la sustitución o la revocación de la sustitución. Se propone la supresión de la denominada "custodia de seguridad" y de la medida de libertad vigilada, así como la supresión del artículo 105, o al menos de su número 3, para que pueda darse curso en cualquier momento a las peticiones de revisión presentadas. Respecto al artículo 106, se considera que la medida no debe admitir prórroga ni mantenerse en suspenso mientras se ejecuta una pena de prisión, y propone que se precise la gravedad del incumplimiento de la libertad vigilada. En cuanto a la inhabilitación, se solicita la supresión del artículo 107 o, al menos, de su número 4; también se rechaza la redacción del artículo 108, al no hacerse distinción entre extranjero en situación administrativa regular o irregular, y al suprimirse la audiencia del interesado y del Ministerio Fiscal. Sobre los delitos de hurto y robo, se propone que dentro del tipo agravado se incluyan las sustracciones de conducciones de suministro eléctrico o comunicaciones en instalaciones agrícolas, pecuarias o industriales.

b) La Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento no ha presentado alegaciones.

En tal estado el expediente, el Consejo de Estado emite el presente dictamen.

CONSIDERACIONES

Primera. Objeto

El expediente remitido a la consideración de este Cuerpo Consultivo se refiere a un anteproyecto de Ley Orgánica (el Anteproyecto) por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. El dictamen se emite de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de la Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, del Consejo de Estado, de acuerdo con el cual el Consejo de Estado en Pleno debe ser consultado en relación con los anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo.

En efecto, según se indica en la Memoria del análisis de impacto normativo, una de las razones que están en la base de la reforma del Código Penal acometida radica en la transposición de diversas normas comunitarias y de la Unión Europea; se mencionan, en concreto, la Decisión Marco 2008/675/JAI, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo

proceso penal; la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal; la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil; la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas; además, se dice en la Memoria, el Anteproyecto modifica la actual regulación del delito de inmigración ilegal, separando claramente esta figura delictiva del delito de trata de seres humanos y ajustando tipos y penas a las exigencias derivadas de la Directiva 2002/90/CE y la Decisión Marco 2002/946/JAI, y se completa la transposición efectiva de la Directiva 2009/52/CE, por la que se establecen las normas mínimas sobre las sanciones y medidas aplicables a los empleadores de nacionales de terceros países en situación irregular. A lo largo del presente dictamen se harán más detenidas referencias a estas normas comunitarias y de la Unión Europea.

Segunda. Procedimiento

El texto del Anteproyecto que se somete a consulta se acompaña de una anterior versión, junto con su Memoria del análisis de impacto normativo, que ha sido actualizada con el último texto del Anteproyecto. También se han incorporado al expediente un informe del Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente y un escrito del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI), y se ha recabado informe del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial, tal y como ha quedado reseñado en antecedentes. Finalmente, el Anteproyecto ha sido informado por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, en cuanto departamento proponente.

Ya el expediente en el Consejo de Estado, han solicitado audiencia el Consejo General de la Abogacía Española así como la Asociación Española de Distribuidores y Editores de Software de Entretenimiento, si bien esta última entidad finalmente no ha formulado observaciones.

Según la Memoria del análisis de impacto normativo, se han mantenido contactos, además de con los grupos de representación de personas con discapacidad, con los representantes de las principales asociaciones de víctimas de accidentes de circulación. Asimismo, se dice, se han celebrado reuniones con representantes de colectivos profesionales y de organizaciones no gubernamentales, asociaciones y colectivos que representan intereses directamente afectados por la reforma (por ejemplo, gremio de joyeros y comerciantes, industria cultural, organizaciones empresariales, asociaciones de mujeres, grupos de defensa de los derechos de los animales, etc.). Igualmente, añade la Memoria, a lo largo de la tramitación del Anteproyecto se ha procedido al estudio conjunto del texto con distintos departamentos ministeriales (con el Ministerio del Interior, el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, Ministerio de Industria, Energía y Turismo, Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, Ministerio de Hacienda y Administraciones Públicas, y Ministerio de Economía y Competitividad).

Sin embargo, el expediente no incorpora documentación alguna de esos contactos, alegaciones o estudios a que alude la reforma en los términos que han quedado transcritos. Una correcta tramitación de aquel hubiera exigido que se dejara alguna constancia de las alegaciones, propuestas, estudios, informes o documentos aportados por aquellas entidades y órganos.

Por otra parte, y como ya se advirtió en el dictamen 1.404/2009, relativo a una anterior reforma de calado del Código Penal, 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, han de destacarse los informes del Consejo Fiscal y del Consejo General del Poder Judicial. Se recabaron ambos en relación con una anterior versión del Anteproyecto, en el que después se han introducido algunas modificaciones de especial relevancia. Naturalmente, algunas de tales modificaciones responden precisamente a las autorizadas observaciones formuladas por uno u otro órgano; en cambio, también se han incorporado algunas previsiones nuevas, sobre las que no tuvieron ocasión de pronunciarse el Consejo Fiscal ni el Consejo General del Poder Judicial (por ejemplo, y como después se observará, en relación con la responsabilidad

penal de las personas jurídicas), lo que suscita la reserva correspondiente en la medida en que esas modificaciones del Código Penal han quedado privadas de la tramitación que se les hubiera debido dar.

En cuanto a la Memoria del análisis de impacto normativo, ha de llamarse la atención sobre lo escueto de su contenido en relación con el alcance de la reforma, de manera que hubiera debido incorporarse una justificación harto más detallada en relación con las muy diversas modificaciones abordadas; por ejemplo, se echa en falta una justificación del endurecimiento de las penas que en ocasiones se introduce (como sucede en el caso de algunas faltas configuradas ahora como delitos leves). Se afirma en la Memoria, con carácter general, y tras aludir a los motivos y objetivos de la reforma, que "no existen alternativas a la modificación del Código Penal"; sin embargo, es claro que sí hay alternativas al contenido concreto que se ha dado a las muy diversas modificaciones del Código proyectadas, de forma que la Memoria hubiera debido ser más detallada, al menos en relación con los aspectos más relevantes de la reforma, tal y como después se advertirá, ya en relación con previsiones concretas del Anteproyecto.

Esta última observación -acerca de la necesidad de justificar las distintas opciones adoptadas en el Anteproyecto en las muy variadas materias que aborda- tiene alcance general, en cuanto predicable de cualquier proyecto normativo; pero ha de subrayarse su importancia en un caso como el presente, en función de la especial relevancia de la norma a que se refiere la consulta, al tratarse de una modificación del Código Penal, dotada de gran alcance e intensidad.

En fin, 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 los órganos informantes o las razones que han llevado a rechazar sus propuestas o sugerencias.

En suma, y fiel al criterio que viene manifestando al informar proyectos normativos tan relevantes como el que ahora se aborda (así, dictamen 1.404/2009), el Consejo de Estado quiere reiterar el alto valor que supone que los expedientes administrativos constituyan un cauce que permita contar con todos los puntos de vista y contribuciones que aseguren la mejor preparación de estas innovaciones normativas, para lo que han de desplegarse esfuerzos de mayor intensidad que los que se aprecian en el caso ahora dictaminado.

Tercera. El Anteproyecto

La Memoria del análisis de impacto normativo menciona, como motivación de la propuesta, una pluralidad de causas, como son: a) la necesidad de dotar de coherencia al sistema penal con la finalidad de dar una respuesta adecuada a los problemas que plantea la multirreincidencia y la delincuencia grave; b) el incremento de la eficacia en la tramitación de las ejecuciones penales; c) la reducción del número de asuntos de trascendencia menor que absorben gran parte de los medios materiales y personales disponibles; d) el incremento de la eficacia del comiso de los efectos del delito; e) la necesidad de corregir algunas deficiencias detectadas en la aplicación de algunos tipos penales; y f) la transposición de distintas decisiones marco y directivas (que ya han quedado mencionadas).

Esa pluralidad de causas determina una heterogeneidad del contenido incorporado al Anteproyecto, que, tal y como se recoge en la propia Memoria, alcanza a una revisión del sistema de penas y consecuencias penales (prisión permanente revisable, medidas de seguridad, delito continuado y concurso de delitos), la responsabilidad penal de las personas jurídicas, la suspensión y sustitución de penas de prisión y de libertad condicional, la supresión de las faltas, el comiso y la cancelación de antecedentes penales, además de "otras modificaciones en la parte general introducidas durante la tramitación del Anteproyecto". A ello hay que añadir múltiples modificaciones en la parte especial cuya amplitud de campo ya se ha puesto de manifiesto más arriba, en los antecedentes del presente dictamen.

El resultado de todo ello es una reforma del Código Penal de un contenido muy heterogéneo, que afecta a ámbitos muy diversos, lo que no facilita el análisis preciso y sosegado de los efectos que la reforma puede suponer en cada uno de los diferentes ámbitos materiales afectados. De este modo, la dispersión de los contenidos puede hacer que algunos aspectos, aun siendo relevantes, queden velados o encubiertos por la extensión y heterogeneidad de la

reforma. Ello supone un riesgo análogo al propio de cualquier reforma que no sea debidamente ponderada en cuanto a sus posibles efectos.

Lo anterior se superpone sobre los problemas inherentes a cualquier reforma en materia penal -que ya se van acumulando sobre el Código de 1995-, con las cargas que ello supone, no solo en razón de las revisiones de penas a que lógicamente dará lugar (para lo que no basta la comparación entre dos preceptos aislados, puesto que ha de analizarse el conjunto del régimen aplicable antes y después de cada reforma), sino también por las necesarias adaptaciones de los operadores jurídicos, en razón de los cambios normativos producidos, así como de las evoluciones jurisprudenciales que inevitablemente se producirán, además de las necesarias adaptaciones que la presente reforma demanda en los ámbitos procesal, penitenciario o mercantil, tal y como habrá ocasión de advertir; y ello, al margen de los efectos imprevistos o no deseados (incluida la desaparición de determinados tipos) que cualquier reforma puede generar en ámbito tan sensible. Por todo ello, no es ocioso insistir ahora en la necesaria estabilidad que demanda una materia como el Derecho Penal, especialmente necesitada de una elevada dosis de seguridad jurídica

Por último, también quieren dejarse apuntadas algunas precisiones referidas a la construcción técnica del Anteproyecto. En concreto, este 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 normativa, 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, técnica que debe tratarse de evitarse al máximo por los problemas prácticos que puede generar, ya sea 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 a lo largo de las consideraciones que siguen.

Cuarta. Supresión de las faltas

Uno de los ejes de la reforma del Código Penal que el Anteproyecto aborda consiste en la supresión de las faltas, si bien se mantendría una clasificación tripartita de las infracciones penales, integrada por delitos graves, delitos menos graves y delitos leves.

Consecuentemente, hay un importante número de apartados del artículo único del Anteproyecto que derivan de la supresión de las faltas. En muchos de ellos, la modificación consiste en eliminar la mención de las faltas, sin que ello implique otra alteración relevante en cada uno de los preceptos afectados. Así, aparecen directamente vinculadas a la supresión de las faltas las modificaciones que el Anteproyecto opera, sobre la llamada parte general del Código Penal, en los apartados 1º, 2º, 4º a 13º, 16º a 19º, 30º, 31º, 73º a 79º de su artículo único y en sus disposiciones transitorias primera, cuarta y quinta.

Sin embargo, esa orientación general de la proyectada reforma penal no supone un simple cambio de nombre -delitos leves por faltas-, sino que el Anteproyecto deroga íntegramente el actual Libro III del Código Penal (apartado 1 de su disposición derogatoria única), y ofrece destinos diversos a las distintas infracciones que hasta ahora encontraban cobijo en aquel.

Ello exige hacer unas consideraciones de carácter general sobre la supresión de las faltas, con especial referencia a los fines perseguidos, para después abordar los distintos artículos del Código Penal que se ven efectivamente alterados como consecuencia de ello.

A) Consideraciones generales sobre la supresión de las faltas. De acuerdo con lo que manifiesta la exposición de motivos, las infracciones más graves -de las hasta ahora consideradas faltas- se mantienen dentro del Código, configuradas ya como delitos leves, e incorporadas a su Libro II; de este modo, dice la exposición de motivos, "sólo se mantienen aquellas infracciones merecedoras de suficiente reproche punitivo como para poder incluirlas en el catálogo de delitos" (p. ej., amenazas y coacciones de carácter leve), lo que, precisa, "no supone necesariamente una agravación de las conductas ni de las penas actualmente aplicables a las faltas". Las demás conductas quedan despenalizadas, bien por considerarse que no deben ser sancionadas, o bien porque se considere pertinente reconducir su sanción a

la vía administrativa o a la vía civil. Así, hay algunas infracciones -hasta ahora constitutivas de faltas- que se reconducen hacia la vía administrativa, de forma que sea el Derecho Administrativo sancionador el que instrumente su castigo (p. ej., deslucimiento de bienes de dominio público o alteraciones leves del orden público) mientras que otras infracciones se orientan hacia la vía civil (p. ej., homicidio y lesiones por imprudencia leve).

Las razones básicas en que se fundamenta esa reforma de calado que la supresión de las faltas entraña, se vinculan por la exposición de motivos y por la Memoria a dos ideas. De un lado, se trata de hacer efectivo el principio de intervención mínima, por entender que "el Derecho penal debe ser reservado para la solución de los conflictos de especial gravedad". De otro, se persigue el objetivo de "reducir el elevado número de litigiosidad (sic) que recae sobre Juzgados y Tribunales", por la "notoria desproporción que existe entre los bienes jurídicos que protegen y la inversión en tiempo y medios que requiere su enjuiciamiento"; se trata, en definitiva, de reducir el número de asuntos menores que sobrecargan -de manera injustificada, precisa la Memoria- los Juzgados y Tribunales.

A partir de ello, cabe señalar que la despenalización o no de determinadas conductas es una decisión de política legislativa, que admite opiniones contrapuestas; sea por entender que en algunos casos es "cuando menos cuestionable por la desasistencia que puede suponer para determinados bienes jurídicos" (como sostiene el informe del Consejo General del Poder Judicial), sea por considerar, desde la perspectiva inversa, que solo tiene sentido conservar como delitos leves cuatro faltas (lesiones, hurto, estafa y apropiación indebida), mientras que los demás "debieran ser plena y completamente despenalizados, remitiendo su punición al ámbito sancionador administrativo" (como propugna el Consejo Fiscal).

Se trata, por tanto, de una cuestión cuya decisión corresponde al legislador, que dispone, a tal efecto, de un amplio margen de maniobra. En todo caso, sí quiere advertirse que la despenalización de conductas ha de encontrar su fundamento en el principio de intervención mínima del Derecho Penal, más que venir impulsada por un objetivo de agilizar el funcionamiento de la Administración de Justicia. Y ello, no solo por la necesidad de que el Estado dé adecuada respuesta a las conductas que tengan un reproche social digno de sanción penal -en última instancia, como alternativa a la autotutela privada-, sino porque la despenalización de las conductas mediante su remisión a la vía civil o administrativa no supone necesariamente un ahorro de medios, sino un traslado de la carga de un ámbito a otros. Desde esta perspectiva, la visión del legislador -y de los textos que se sometan a su consideración- ha de ser global y no limitada a un determinado sector de la organización del Estado.

En lo que se refiere a aquellas conductas cuyo enjuiciamiento se remite a la vía civil, cabe imaginar que el ahorro de medios o la agilización que se obtenga en el orden penal tendrán su trasunto, de sentido inverso, en la jurisdicción civil. Ciertamente, la reorientación hacia la vía civil puede apoyarse en la experiencia de que, en no pocos casos, se utiliza la vía penal como una vía más expeditiva para solucionar conflictos de naturaleza esencialmente civil. Sin embargo, debe advertirse que aquella reorientación supone un cambio de naturaleza de la respuesta que se da desde el Estado, y que entraña una distinta valoración jurídico-pública de la conducta en cuestión.

En cuanto a las conductas cuya sanción se pretende canalizar hacia la vía administrativa, ha de notarse que, en este caso, el ahorro de carga que se pueda producir en la vía penal tendrá su correlato no solo en el paralelo aumento que habría de producirse en la actuación de las Administraciones Públicas, sino también en la vía contencioso-administrativa, que conocería ulteriormente de los recursos interpuestos frente a las decisiones administrativas. Por tanto, desde una visión global de la función punitiva del Estado, en el caso de la reconducción de las faltas hacia la vía administrativa, la reducción de la carga o la supuesta agilización sería más aparente que real, pudiendo producirse incluso un aumento de los recursos destinados a la imposición de las sanciones correspondientes. Con ello, no pretende negarse la virtualidad del principio de intervención mínima predicable del Derecho Penal, pero sí quiere advertirse que cualquier modificación de calado en este punto requiere una valoración de conjunto. Además, la reorientación a que se refiere la exposición de motivos (de la sanción penal a la administrativa) requiere que la norma ahora proyectada se acompañe de un examen de los distintos ámbitos en los que se produce esa reorientación, puesto que si se despenaliza una conducta a fin de que sea sancionada en vía administrativa,

ha de comprobarse que tal conducta está en efecto sancionada en vía administrativa o, en caso contrario, promover la correspondiente reforma legislativa en el ámbito de que se trate. Nada se dice sobre ello en la Memoria ni en la exposición de motivos, aunque es de suponer que alguna actuación debe haberse efectuado en tal sentido (en particular, a través de los Ministerios competentes en cada ámbito, si bien resulta llamativo que no consten en el expediente remitido a este Consejo informes de los distintos Ministerios cuyos ámbitos materiales resultan afectados).

En relación con esas conductas que se reorientan hacia la sanción administrativa, como también de las que se mantienen en el Código Penal, pueden avanzarse otras observaciones de carácter general (que se concretarán, después, sin ánimo exhaustivo, en algunos apartados del Anteproyecto). De un lado, resulta necesaria una correcta articulación entre las sanciones penales y las administrativas; puede observarse que, en ocasiones, la pena impuesta desde el Código Penal es sensiblemente inferior a la establecida para el mismo tipo de infracción en las leyes administrativas correspondientes (a título ilustrativo, así se observará en los ámbitos de protección de la flora o de tenencia de animales peligrosos). De este modo, la sanción penal -con la preferencia que se le atribuye a este orden- puede llegar a operar, paradójicamente, a favor del infractor, produciéndose el efecto perverso de que la tipificación penal de una conducta implique, en determinados casos, una reducción de la sanción asociada a esa conducta.

Resulta necesario aspirar, por tanto, a una cuidada articulación entre el Derecho Administrativo sancionador y el Derecho Penal; articulación que debe alcanzar tanto a las conductas como a las sanciones correspondientes, en particular cuando unos mismos hechos sean objeto de sanción administrativa y penal (atendida su menor o mayor gravedad).

Lo anterior suscita una reflexión adicional vinculada a la distribución competencial propia del Derecho español. Ha de notarse que las infracciones y sanciones recogidas en el Código Penal suponen una tipificación uniforme para todo el territorio nacional (ex artículo 149.1.6ª de la Constitución), mientras que la derivación de determinadas conductas al ámbito sancionador administrativo implica, en ocasiones, su traslado al ámbito competencial de las Comunidades Autónomas (por ejemplo, en materia de tenencia de animales peligrosos o en ámbitos relacionados con la protección del medio). Así las cosas, el Código Penal debiera tener un efecto armonizador de los topes máximos de las sanciones administrativas en los ámbitos en los que las mismas conductas están dotadas de sanción penal, de forma que haya una conexión ajustada entre las sanciones administrativas autonómicas y las sanciones penales de ámbito estatal (y sin perjuicio de otros efectos de la infracción orientados a la restauración de la legalidad o a la reparación de los perjuicios producidos). Y desde la perspectiva de los tipos infractores, pueden plantearse problemas adicionales en los casos de normas penales en blanco o cuando se utilizan conceptos que tienen distinto alcance en unas y otras Comunidades Autónomas (por ejemplo, la definición de lo que haya de considerarse "animales potencialmente peligrosos" a efectos de integrar el tipo del propuesto nuevo artículo 385 quáter del Código Penal que el Anteproyecto introduce, con diferencias relevantes entre diversas Comunidades Autónomas, tal y como se advertirá). En definitiva, la correcta articulación entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador tiene también una dimensión competencial que no debe quedar desatendida y sí suficientemente armonizada.

Por último, apuntados ya los límites que la descarga de los Tribunales tiene como fundamento de la supresión de las faltas, quiere hacerse una reflexión sobre el segundo de los fundamentos que, en relación con dicha supresión, invocan la Memoria y la exposición de motivos del Anteproyecto; esto es, el principio de intervención mínima del Derecho Penal. Como después se concretará en relación con alguno de los artículos de la parte especial del Código Penal, el citado principio parece haber llevado, en ocasiones, no a seleccionar las infracciones más graves de las hasta ahora consideradas como faltas, sino, más simplemente, a elevar la pena de la misma infracción ya existente como falta. Es decir, no se reconfiguran como delitos los casos más graves de las infracciones que hasta ahora constituían falta, sino que se incrementa la pena de las mismas infracciones ya existentes, que se mantienen en sus términos. Aunque se trata de una opción de política legislativa, que se desenvuelve dentro del amplio margen de actuación de que dispone el legislador, el fundamento de esas modificaciones no debe buscarse en el principio de intervención mínima que la exposición de motivos invoca: el solo hecho de que se eleven las penas no

incrementa, per se, la gravedad de una infracción que mantiene inalterados sus perfiles. Se trata de una cuestión que quiere advertirse con carácter general, sin perjuicio de que después se concrete sobre algunos preceptos específicos.

Al hilo de lo anterior, puede incluso cuestionarse la nueva figura de los "delitos leves", a la que se reconducen en muchos casos lo que hasta hoy son faltas penales. Ello supone el mantenimiento de la clasificación tripartita -como hasta ahora-, si bien con distinto nombre y con unos efectos no siempre bien definidos, y pendientes del alcance que finalmente se dé al cambio de denominación, como a continuación se apuntará. Así, en el ámbito del Derecho Penal -y al margen de los efectos que puedan producirse en los ámbitos civil y administrativo-, la modificación proyectada puede oscilar entre quedarse en una cuestión fundamentalmente nominalista (si se mantiene para los delitos leves el mismo tratamiento que hasta ahora tienen las faltas) o generar unos efectos endurecedores de la respuesta penal (si se les da el mismo tratamiento que a los demás delitos). Y ello, al margen de que, en ocasiones pueda apreciarse la necesidad de endurecer la respuesta penal que se da, en relación con infracciones de escasa entidad -antes faltas, ahora delitos leves- en supuestos de multirreincidencia.

En efecto, la supresión de las faltas, con la derogación del Libro III del vigente Código Penal que ello implica, supone una ruptura con una larga tradición histórica de nuestro Derecho Penal, plasmada en sucesivos códigos, al menos desde 1848 hasta el ahora vigente de 1995. No se ven las ventajas de la innovación terminológica que la introducción de los "delitos leves" supone -antes al contrario-; innovación que ni nos acerca a los sistemas europeos más próximos al nuestro, ni viene exigida por los propósitos del Anteproyecto. Por ello, resulta necesario analizar con cautela los muy diversos efectos que la supresión de las faltas y su sustitución por los llamados delitos leves puede acarrear, además de los que ya han quedado apuntados.

Así, debe notarse que las conductas que quedarían ahora configuradas como delitos leves, serían punibles en grado de tentativa, lo que no ocurría antes conforme al apartado 2 del artículo 15, que desaparece en el Anteproyecto. De otro lado, los nuevos delitos leves tendrían la consideración de delitos a efectos de la agravante de reincidencia (artículo 22.8ª), lo que repercutiría tanto en cuanto antecedente penal como en la agravación punitiva de estas infracciones (que, actualmente, por su consideración de faltas y conforme al artículo 638, no están sujetas a las reglas de los artículos 61 a 72 para la aplicación de penas). Se sugiere, por ello, valorar la exclusión de los delitos leves a efectos de reincidencia.

En relación con las faltas que se reorientan hacia la sanción en la vía administrativa, han de ponderarse los efectos que ello puede tener desde la perspectiva de la tutela judicial efectiva. La intervención directa de un juez imparcial se sustituye, así, por la potestad sancionadora de la Administración, cuya actuación está regida por el principio de autotutela, con todas las consecuencias que ello tiene para el particular afectado, que habrá de asumir las cargas inherentes a todo procedimiento administrativo y, en su caso, del ulterior proceso contencioso-administrativo.

A ello ha de añadirse que la sanción principal con que se contará en el ámbito del Derecho administrativo será la de multa (cuya conversión en privación de libertad por impago está prohibida en el artículo 25.3 de la Constitución). En la práctica, ello supone que las Administraciones públicas se pueden ver impotentes para sancionar infracciones cometidas por personas que aparecen como insolventes y sin bienes embargables. Ello puede generar una sensación de impunidad -y aun una impunidad real- que no debe pasar inadvertida como efecto derivado de aquella despenalización.

En suma, la supresión de las faltas que el Anteproyecto acomete supone una reforma de calado en el sistema penal español. La exclusión de algunas conductas del ámbito penal y de su jurisdicción, reconduciéndolas hacia la vía civil o administrativa (y contenciosa), implica una reducción de las especiales garantías del proceso penal que consagra el artículo 24 de la Constitución y puede generar un efecto multiplicador tanto de los recursos movilizados por el Estado para dar la oportuna respuesta en las vías administrativa, contencioso-administrativa y civil, como de los costes correspondientes que, por ello, habrá de soportar el particular afectado. Por otra parte, y en relación con las faltas que se reconfiguran como delitos leves, no debe ignorarse la repercusión social que implica dicho cambio en relación con la distinta percepción social que supone la autoría de un delito frente a la autoría de una falta; ello

reviste especial importancia a la vista del elevado número de infracciones que, configuradas hasta ahora como simples faltas, pasan a ser constitutivas de delito; y más aún, si se tiene en cuenta que dicha elevación a delito de cada uno de los tipos afectados no se ha producido en relación con las conductas más graves de cada uno de ellos (lo que sería acorde con el principio de intervención mínima), sino que, en muchos casos, se ha operado una simple transposición del mismo tipo infractor, con una elevación de la pena.

Esta reforma de calado se apoya, según la Memoria y la exposición de motivos, en dos pilares básicos -principio de intervención mínima y agilización de la Administración de Justicia- que, como se ha apuntado, presentan relevantes limitaciones como fundamento de la supresión de las faltas. Se echa en falta, nuevamente, una más detenida justificación de las razones que están en la base y de las consecuencias que pueden derivarse de la supresión de las faltas acometida por el Anteproyecto, y que, por las razones que han quedado solo esbozadas, puede ser puesta en cuestión. Sin negar la existencia de razones que pueden apoyar una reforma como la abordada -tan intensa y rupturista con el pasado-, el Consejo de Estado considera necesaria una reflexión profunda sobre las razones a favor y en contra, así como sobre las consecuencias jurídicas, procesales, sociales y de todo orden que aquella entraña.

B) Artículos de la parte general modificados a raíz de la supresión de las faltas. Como ya se advirtió, un elevado número de apartados del Anteproyecto introducen modificaciones en múltiples artículos del Código Penal, limitándose la modificación a la supresión del término "faltas", sin que se aprecie otra modificación relevante en los mismos. Así ocurre, a título de ejemplos, con los apartados 1º, 2º, 4º a 9º, 12º, 16º a 19º, 30º o 73º a 79º de su artículo único.

Sin embargo, en otras ocasiones, la supresión de las faltas da lugar a algún cambio adicional en el sentido o en el alcance de la norma que sí requiere alguna atención.

Así ocurre con el artículo 13, que modifica la tradicional clasificación tripartita de infracciones penales -delitos graves, delitos menos graves y faltas- por una nueva, en la que desaparecen las faltas, que son sustituidas por los delitos leves. Su apartado 4 mantiene la regla de que cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las graves y las menos graves, el delito se considerará, en todo caso, como grave; y se añade una nueva, de acuerdo con la cual cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve.

Las penas leves están contempladas en el artículo 33.4 del Código (afectado por el apartado 25º del artículo único del Anteproyecto), que incluye las penas de multa de hasta tres meses, de acuerdo con lo sugerido por el Consejo Fiscal y por el Consejo General del Poder Judicial, que observaron que la mayor parte de las faltas convertidas en delitos leves tienen atribuida una pena de uno a tres meses de multa. Sin embargo, no puede dejar de advertirse la disparidad de criterios que se observa en el citado artículo 13.4 en relación con los casos en que la pena, por su extensión, puede incluirse entre dos categorías distintas (delito grave y delito menos grave o delito menos grave y delito leve). En efecto, para discernir entre delitos graves y delitos menos graves, se atiende a la mayor gravedad de la pena (a su "techo") y se les atribuye la calificación de delitos graves, mientras que en la disyuntiva análoga entre delitos menos graves y delitos leves, el criterio es el inverso y se atribuye la calificación de delito leve (atendiendo a la menor gravedad de la pena, esto es, a su "suelo"). A partir de ello, y teniendo en cuenta el criterio seguido en relación con la prescripción de los delitos (en que se atiende también a la pena máxima señalada por la ley), el Consejo General del Poder Judicial subraya que el proyectado artículo 13.4 no se adecua a la sistemática general del Código Penal y propone su modificación (de forma que, cuando la pena asociada a un determinado delito pueda ser catalogada por su extensión como menos grave o leve, se reputa menos grave). Incluso, suscitando el problema de su aplicabilidad a los casos de penas alternativas, apunta algún ejemplo llamativo, como el caso del artículo 147.2 (relativo a las lesiones de menor gravedad), castigado con una pena de prisión de tres a seis meses o multa de uno a doce meses, por lo que se califica como delito leve (antigua falta) uno que puede llegar a suponer seis meses de prisión (también se apuntan otros ejemplos, como los de los proyectados artículos 270.2, último párrafo, y 274.3, que contemplan penas de trabajos en beneficio de la comunidad -que es pena menos grave- como alternativa a la

multa de uno a seis meses, tratándose de hechos que, en principio, pueden tener asignada penas de prisión de seis meses a dos años).

La clasificación tripartita, que se mantiene aunque sea con distintos nombres (ahora, delitos graves, delitos menos graves y delitos leves), fue introducida en el Código Penal de 1995 - con antecedentes históricos en otros códigos españoles- a partir de su correspondencia con la competencia de los órganos judiciales que conocen en primera instancia (Audiencias Provinciales, Juzgados de lo Penal y Juzgados de Instrucción), lo que puede vincularse a una idea de mayores garantías cuando la gravedad del delito es mayor. Esa correspondencia ofrece relevantes matices en la actualidad (cfr. artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y, en todo caso, el Anteproyecto introduce una nueva regulación en relación con la competencia para el conocimiento y fallo de los delitos leves, que se dice provisional, hasta que se apruebe la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal (lo que permite dar un tratamiento específico a estas cuestiones competenciales).

Dicho lo anterior, ha de subrayarse que la calificación como delito menos grave o leve tiene también otras consecuencias, más allá de las aludidas, como ocurre en sede de prescripción, donde se prevé un plazo de un año para los delitos leves (salvo que esté prevista la posibilidad de imponer una pena de prisión en cuyo caso prescriben a los tres años), mientras que en los demás casos el plazo de prescripción es, como mínimo, de cinco años (artículo 131, en la redacción dada por el apartado 88º del artículo único del Anteproyecto).

A la vista de todo ello, el Consejo de Estado considera que debe reconsiderarse la nueva regla introducida por el apartado 10º del artículo único del Anteproyecto en el segundo inciso del artículo 13.4 ("Cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve"). Si se entiende que la regla inversa puede tener efectos desproporcionados o no deseados en determinados casos, también puede actuarse sobre los concretos tipos correspondientes en los que se produzcan esos efectos no deseados (en uno u otro sentido), revisando la sanción que tienen asignada - sea o no con carácter alternativo- y, en su caso, dividiendo el tipo en dos infracciones en función de su mayor o menor gravedad.

También merece alguna atención el apartado 13º del artículo único del Anteproyecto, que modifica el apartado primero del artículo 20.4 del Código Penal. Si bien la modificación se limita a suprimir la mención de las faltas, ha de notarse que ello supondrá la exclusión de la eximente de legítima defensa en supuestos que ahora sí estarían amparados en ella.

El citado apartado recoge el requisito de la agresión ilegítima a efectos de poder apreciar la mencionada eximente; y aclara que, en caso de defensa de los bienes, se reputará agresión ilegítima el ataque a los mismos que constituya delito (se suprime la referencia a la falta). Ahora bien, según apunta la exposición de motivos, desaparece con la nueva regulación la infracción consistente en el deslucimiento de bienes muebles e inmuebles del artículo 626, "que puede reconducirse a la figura de los daños cuando revista cierta entidad o acudir a un resarcimiento civil; en el caso de los bienes de dominio público, también puede acudir a la sanción administrativa". En consecuencia, la defensa frente a los ataques a los bienes que no han sido elevados a delitos leves no quedará cubierta por la eximente de referencia; en particular, si se trata de bienes de dominio público, al haber quedado remitida la sanción a la vía administrativa, quien los defiende (por ejemplo, un funcionario) no encontrará amparo en aquella eximente, según la nueva literalidad del artículo 20.4 del Código Penal. Se sugiere, por ello, ponderar la posibilidad de introducir algún matiz para que las situaciones aludidas puedan quedar amparadas por la eximente de referencia.

Quinta. Régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas

El Anteproyecto lleva a cabo una revisión del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, actualmente contenido en el artículo 31 bis del Código Penal. Dicho régimen fue introducido mediante Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La modificación que ahora se propone afecta fundamentalmente a dos puntos de este régimen de responsabilidad: por una parte, a su ámbito de aplicación, que se prevé extender a las Sociedades Mercantiles Estatales; y, por otra parte, al contenido de la noción de "debido control", cuya infracción constituye uno de los elementos que permiten fundamentar la

responsabilidad penal de una persona jurídica. Para lograr este doble objetivo, el Anteproyecto amplía considerablemente la regulación dedicada a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a la que pasarían a dedicarse cuatro artículos: el artículo 31 bis, que, en la nueva redacción propuesta, reproduce el contenido del vigente apartado 1 con algunas modificaciones y con toda una serie de nuevas previsiones para la delimitación del concepto de "debido control"; y los nuevos artículos 31 ter, 31 quáter y 31 quinquies, en los que se recoge el contenido de los apartados 2, 3, 4 y 5 del vigente artículo 31 bis, con la modificación relativa a la responsabilidad penal de las Sociedades Mercantiles Estatales.

Se echa en falta en la Memoria una explicación y un análisis más detallados de las importantes modificaciones previstas en esta materia, pero, sobre todo, el Consejo de Estado no puede dejar de llamar la atención sobre el hecho de que esta importante parte de la reforma proyectada no haya sido informada por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal. De ello resulta que la modificación del vigente régimen legal de responsabilidad penal de las personas jurídicas se ha introducido en una versión del Anteproyecto posterior a la que fue sometida a informe de dichos órganos que, en consecuencia, no han podido expresar sus puntos de vista al respecto, lo que resulta claramente criticable. Lo anterior constituye una relevante omisión en el procedimiento que el Consejo de Estado debe reprobar, y que el propio Tribunal Supremo ha censurado recientemente (cierto es que en el contexto del procedimiento de elaboración de un Real Decreto, y en relación con la intervención de este Consejo) en su sentencia de 21 de mayo de 2013.

Sin perjuicio de ello, la reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas plantea diversos extremos relevantes, de los que resultan algunas observaciones también importantes, que influyen en la conclusión que deba alcanzarse respecto de esta parte de la proyectada reforma legal penal y que conviene examinar por separado.

A) Modificación de los supuestos generadores de responsabilidad penal de las personas jurídicas. El apartado 20º del artículo único del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 31 bis del Código Penal, en el que, como se ha indicado, se concentra actualmente toda la regulación de la responsabilidad penal de las personas físicas.

La definición de los supuestos generadores de la responsabilidad penal de las personas jurídicas continúa recogiendo en el apartado 1 del artículo 31 bis, si bien con importantes variaciones respecto a la versión actual, variaciones que se completan en los siguientes apartados de dicho artículo, que contienen una detallada regulación de los supuestos y condiciones en los que la persona jurídica podrá quedar exenta de dicha responsabilidad. Desde un punto de vista estrictamente formal, cabe ya adelantar que existe un error en la numeración de los apartados del artículo 31 bis, pues falta el apartado número 4, pasándose directamente del apartado 3 al apartado 5. La numeración, por tanto, debe corregirse en todos los apartados a partir de aquel.

1. Primer supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas: la actuación de los representantes legales y administradores. El vigente artículo 31 bis establece que las personas jurídicas serán penalmente responsables, en los supuestos previstos en el Código, "de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho". En el Anteproyecto, este primer supuesto de responsabilidad, que pasa a designarse con la letra a), se redacta en los siguientes términos: "... las personas jurídicas serán penalmente responsables: a) De los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma".

En primer lugar, el Anteproyecto sustituye el término "en su provecho" por "en su beneficio directo o indirecto", ampliando así los supuestos de responsabilidad. Al dictaminar la vigente redacción del artículo 31 bis, el Consejo de Estado ya advirtió que la expresión "provecho" tiene una diversidad de acepciones que incluyen tanto la finalidad de una determinada acción (actuar para conseguir un beneficio) como su resultado económico positivo para el actor, por lo que el citado término podría ser interpretado "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" (dictamen 1.404/2009). En esta misma línea, el Informe de la OCDE sobre evaluación de la implementación en España del Convenio sobre corrupción de agentes públicos extranjeros, en su Fase 3 (aprobado por el Grupo de Trabajo el 14 de diciembre de 2012), ha destacado que la combinación de los criterios "por cuenta de" y "en provecho de" no solo excluye la responsabilidad de las personas jurídicas en los casos en los que una persona física haya actuado exclusivamente para su propio beneficio o interés, sino también, lo que resulta más problemático, los casos en los que la persona jurídica obtiene una ventaja de carácter indirecto (por ejemplo, cita el informe, una ventaja competitiva). A la vista de todo lo anterior, por tanto, esta primera modificación del artículo 31 bis no puede sino valorarse positivamente.

La segunda modificación que el Anteproyecto propone introducir en este primer supuesto consiste en reemplazar la referencia que actualmente se hace a los "administradores de hecho o de derecho", por la de "aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma". No consta en el expediente cuáles son los motivos para sustituir un término relativamente claro, consolidado en la legislación penal y mercantil (véanse, por ejemplo, el artículo 31 del Código Penal y el artículo 133 del Código de Comercio) y ampliamente interpretado por los Tribunales, por una redacción que peca de excesiva complejidad y que podría introducir cierta inseguridad jurídica. En consecuencia, y salvo que existiese alguna objeción importante a la utilización de la terminología actual, el Consejo de Estado considera que sería preferible no alterar en este punto la redacción del primer supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2. Segundo supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas: las actuaciones de personas sometidas a la autoridad de sus representantes legales y administradores. El segundo supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas se define, en la vigente redacción del artículo 31 bis (párrafo segundo), por referencia a 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 ejercitado sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso". En el Anteproyecto, este segundo supuesto (designado con la letra b)) se redacta como sigue: "... las personas jurídicas serán penalmente responsables: (...) b) De los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto 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 haberse incumplido gravemente por aquéllos el deber de controlar su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso".

De nuevo aquí, como en el caso anterior, el Anteproyecto reemplaza la expresión "en provecho de" por "en beneficio directo o indirecto" de las personas jurídicas, lo que supone una ampliación razonable del ámbito de la responsabilidad penal de estas. Junto a ello, sin embargo, el nuevo texto sustituye la condición de que el autor del delito haya podido cometerlo por no haberse ejercido sobre él "el debido control", por el requisito, menos exigente respecto a la actuación de la persona jurídica, de que esta haya "incumplido gravemente" el deber de controlar la actividad de aquel. Esta exigencia añadida de que la deficiencia en el control haya sido grave debe ponerse en relación con las exigencias del Derecho de la Unión Europea.

La responsabilidad de las personas jurídicas está regulada, con carácter sectorial, en distintas Decisiones marco, que, con formulaciones semejantes, disponen lo siguiente: "Cada Estado miembro adoptará las medidas necesarias para garantizar que una persona jurídica pueda ser considerada responsable cuando la falta de vigilancia o control por parte de una de las personas a que se refiere el apartado 1 haya hecho posible que realice alguna de las conductas contempladas en los artículos 1 y 2, en provecho de una persona jurídica, una persona sometida a la autoridad de esta última" (véanse, en este sentido, el artículo 5.2 de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho

Penal; artículo 5.2 de la Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; artículo 6.2 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; artículo 6.2 de 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; artículo 8.2 de la Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información; artículo 4.2 de la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo, de 19 de julio de 2002, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos).

Las citadas normas se refieren exclusivamente, por tanto, a la existencia de una "falta de vigilancia o control", sin exigir que dicho incumplimiento sea grave, como hace el Anteproyecto. Ahora bien, de lo anterior no hay que inferir que las citadas normas europeas exijan en todos estos casos que la responsabilidad de la persona jurídica se articule por la vía penal, pues en ellas se prevé generalmente que tal responsabilidad debe concretarse en la imposición de "sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias", pero que dichas sanciones pueden consistir en "multas penales o administrativas", además de otro tipo de sanciones. A la vista de estas Decisiones marco, por tanto, nada impide al legislador nacional optar, en aplicación del principio de intervención mínima en el ámbito penal, por sancionar penalmente sólo los comportamientos más graves, tal y como hace el Anteproyecto, siempre que, de forma paralela, el ordenamiento prevea la imposición de sanciones administrativas en los casos de mero incumplimiento (no calificable como grave) de las obligaciones de vigilancia o control. Solo en la medida en que esas sanciones complementarias de las penales estén efectivamente previstas podrá entenderse que el ordenamiento español cumple adecuadamente las exigencias del Derecho de la Unión.

A lo anterior debe añadirse que, en todo caso, el principio de seguridad jurídica impone un determinado nivel de certeza en torno a los medios, órganos y cauces exigibles para el desarrollo de esas funciones de vigilancia y control, aspectos cuya regulación corresponde, por su propia naturaleza, a la legislación mercantil o a la que resulte de aplicación a las personas jurídicas de que en cada caso se trate.

Para finalizar, cabe realizar dos observaciones formales a la redacción de esta letra b) del artículo 31 bis.1 propuesta en el Anteproyecto. Por una parte, no se entiende la referencia al incumplimiento del deber de control "por aquéllos", pues o bien se refiere a la persona jurídica en sí o bien a las personas físicas mencionadas en la letra a) (representantes legales o administradores); en todo caso debería, por tanto, hablarse de "aquella", en femenino. Por otra parte, la referencia que se hace a las personas físicas "mencionadas en el párrafo anterior" proviene de la vigente redacción del artículo 31 bis.1; debería sustituirse por "mencionadas en la letra a) anterior".

B) Requisitos para la exención de la responsabilidad penal de las personas jurídicas o la atenuación de la pena. El alcance de los dos supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas que acaban de analizarse se ve sustancialmente modificado por las previsiones que añaden los siguientes apartados del artículo 31 bis, en la redacción propuesta por el Anteproyecto.

Para los casos contemplados en la letra a) del apartado 1, la nueva redacción propuesta para el apartado 2 del artículo 31 bis permite que la persona jurídica quede exenta de responsabilidad siempre que se acredite el cumplimiento de los siguientes requisitos: "a) el órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza; b) la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control; c) los autores individuales hayan cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención; d) no se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la letra b)...". Asimismo, añade el precepto que, si las anteriores circunstancias sólo fuesen objeto de una "acreditación parcial", será de aplicación una atenuante.

Para el caso de los delitos cometidos por las personas indicadas en la letra b) del apartado 1, el nuevo apartado 6 del artículo 31 bis dispone que "la persona jurídica quedará exenta de responsabilidad si, antes de la comisión del delito, ha adoptado y ha ejecutado eficazmente un modelo de organización, gestión y control que resulte adecuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido", siendo en este supuesto también aplicable lo dispuesto en el párrafo segundo del apartado 2 respecto a una posible atenuación de la pena en caso de "acreditación parcial". La reforma proyectada permitiría, así, una mejor identificación del criterio de imputación del hecho a la persona jurídica, lo que responde en parte a las críticas sobre el "carácter vicarial" que supuestamente tiene el actual sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas, al exigir en todo caso una conducta delictiva por parte de determinadas personas físicas como presupuesto para poder imputar responsabilidad penal a una persona jurídica.

Al dictaminar el proyecto que desembocó en la introducción de ese supuesto de responsabilidad penal de las personas jurídicas, el Consejo de Estado recomendó, en lo que concierne a las personas físicas sometidas a control (letra b) del artículo 31 bis.1), poner el acento en la deficiente estructuración de los mecanismos de supervisión aplicables a esas personas físicas cuya actuación "desencadena" la responsabilidad de la persona jurídica, "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". Desde esta perspectiva, por tanto, sería correcta la previsión del nuevo apartado 6 del artículo 31 bis, que, al definir las condiciones para la exención de responsabilidad de las personas jurídicas por referencia, en estos casos, a la adopción y ejecución de un modelo preventivo de organización, gestión y control, permitiría definir, a contrario, un criterio objetivo de imputación de la responsabilidad penal a las personas jurídicas, por referencia a una actuación propia de estas y no a la deficiente actuación de una persona física. Esto exclusivamente por lo que respecta al caso de delitos cometidos por quienes, estando sometidos a la autoridad de representantes legales o administradores de la persona jurídica, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente el deber de controlar su actividad (letra b) del artículo 31 bis.1).

En el otro supuesto de responsabilidad (generada por actos de representantes o administradores), esta no nace, como en el caso anterior, como consecuencia de un indebido control del autor del delito, sino que se produce una imputación automática de los actos de éste a la persona jurídica. La letra a) del artículo 31 bis.1, en la redacción proyectada, no incorpora el requisito del incumplimiento del deber de control, como tampoco lo hace la redacción aún vigente del párrafo segundo del artículo 31 bis.1. En el dictamen antes referido, el Consejo de Estado consideró acertado no aplicar el enfoque estructural analizado en el caso anterior a este otro supuesto, argumentando que este segundo grupo de personas (representantes legales y administradores) "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 un 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".

Desde esta perspectiva, el proyectado apartado 2 del artículo 31 bis, en la medida en que exige la adopción y la aplicación eficaz de un modelo de prevención, vigilancia o control de contenido muy preciso para aplicar la exención de responsabilidad penal de la persona jurídica en estos casos, parece querer aplicar un criterio de imputación no muy diferente al previsto para los supuestos de la letra b), lo que, de acuerdo con lo expuesto, podría no ser excesivamente conforme con este otro supuesto de responsabilidad.

Por lo demás, y sin perjuicio de todo lo anterior, el Consejo de Estado no puede dejar de formular dos observaciones de carácter general en relación con lo dispuesto en los apartados 2 a 8 del artículo 31 bis, según la redacción propuesta en el Anteproyecto.

En primer lugar, cabe cuestionar si el Anteproyecto no introduce un margen excesivamente amplio para la exención de responsabilidad de las personas jurídicas, en particular por lo que

respecta al supuesto contemplado en el artículo 31 bis.1.a). Las referidas posibilidades de exención no figuraban, como es sabido, en la redacción original del artículo 31 bis. En el caso de los delitos cometidos por personas sometidas a la autoridad de representantes o administradores (letra b), la exención podría teóricamente aplicarse mediante una interpretación a contrario del requisito del incumplimiento del deber de control, pero en el caso de delitos cometidos directamente por representantes o administradores (letra a), la imputación de responsabilidad es, en la redacción vigente del artículo 31 bis.1, prácticamente automática, pues en este caso (a diferencia del anterior) ni tan siquiera se prevé que se atienda a "las concretas circunstancias del caso".

Nada en el expediente induce a pensar que en el corto periodo en que ha estado vigente la redacción original del artículo 31 bis del Código Penal (menos de tres años) se hayan dado circunstancias que justifiquen esta importante limitación del alcance de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Si bien, como parece sugerir la Memoria, en la ya referida Fase 3 de su Informe sobre evaluación de la implementación en España del Convenio sobre corrupción de agentes públicos extranjeros, el Grupo de Trabajo de la OCDE recomienda a las autoridades españolas una mayor precisión para la aplicación del criterio del "deber de control", también insiste de forma expresa en la necesidad de que la puesta en práctica de códigos o programas de conducta (o de prevención de riesgos corporativos: en inglés, compliance programs) y controles internos por parte de una persona jurídica "no pueda utilizarse como defensa para evitar la responsabilidad" (páginas 25 y 74 del informe precitado).

En segundo lugar, la redacción que el Anteproyecto da a los apartados 2 a 8 del artículo 31 bis sugiere una observación sobre lo detallado de la regulación proyectada para dichos preceptos.

Como ya se indicó, el apartado 2 del artículo 31 bis enumera distintas actuaciones que deben haber verificado las personas jurídicas para poder quedar exentas de responsabilidad en el caso de que uno de sus representantes legales o administradores cometa un determinado delito. Algunas de las previsiones de este apartado 2 se completan en el apartado 3, que detalla de forma muy pormenorizada el contenido que han de tener los "modelos de prevención" que debe adoptar y ejecutar el órgano de administración. Igualmente, aunque con un grado de detalle algo menor, los apartados 7 y 8 del artículo desarrollan las exigencias contenidas en el apartado 6 para que una persona jurídica quede exenta de responsabilidad en caso de comisión de delitos por personas sometidas a la autoridad de sus representantes o administradores.

Una regulación tan prolija de los requisitos que han de cumplir las personas jurídicas en orden a quedar exentas de responsabilidad por ciertos delitos aspira sin duda al loable objetivo de lograr un elevado grado de seguridad jurídica en la aplicación de la norma. Pese a ello, el Consejo de Estado considera necesario subrayar que tal grado de detalle no parece propio de una norma del rango de un Código Penal.

Por una parte, no hay que excluir que una regulación tan pormenorizada y casuística ponga pronto de relieve defectos u omisiones que habrían eventualmente de solventarse con una nueva reforma del Código Penal.

Por otra parte, es evidente que este tipo de previsiones tienen, en último término, una naturaleza estrictamente mercantil, y que su aplicación a los distintos tipos de personas jurídicas requerirá una compleja labor hermenéutica por parte del juez penal. Corresponderá a este, por ejemplo, determinar cuál es el órgano de una sociedad cotizada que ejerce "poderes autónomos de iniciativa y control" a efectos de lo dispuesto en el nuevo artículo 31 bis.2.b), o si el "modelo de gestión de los recursos financieros" de una determinada entidad es o no "adecuado para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos", de conformidad con el artículo 31 bis.3.c). En la medida en que los requisitos que el Anteproyecto establece para eximir de responsabilidad a las personas jurídicas consisten principalmente en medidas de carácter preventivo a adoptar por estas, no es exagerado concluir que con ello se les imponen indirectamente determinadas obligaciones que pueden incluso afectar a su estructura orgánica.

Por todo lo expuesto, el Consejo de Estado entiende que la regulación de todos estos aspectos tendría un acomodo más correcto en la legislación mercantil u otra que resulte de

aplicación a las personas jurídicas de que en cada caso se trate, legislación a la que el Código Penal podría, en su caso, remitirse.

La regulación contenida en los apartados 7 y 8 tiene un grado de detalle inferior. Así, el apartado 7 se limita a indicar, para los casos de la letra b) del apartado 1, que "el modelo de prevención contendrá las medidas que, de acuerdo con la naturaleza y el tamaño de la organización, así como el tipo de actividades que se llevan a cabo, garanticen el desarrollo de su actividad conforme a la Ley y permitan la detección rápida y prevención de situaciones de riesgo", disposición que completa el apartado 8 al prever que "el funcionamiento eficaz del modelo de prevención requiere: a) de una verificación periódica del mismo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios; b) de un sistema disciplinario que sancione adecuadamente las infracciones de las medidas de control y organización establecidas en el modelo de prevención". A la luz de las observaciones más arriba formuladas, el Consejo de Estado considera que estos apartados 7 y 8 deberán expresamente contemplar y remitirse a lo que se precise por la correspondiente legislación mercantil, para lo que podrían incluir una fórmula similar a "de acuerdo con lo establecido en la legislación correspondiente".

Sin perjuicio de ello, también estos apartados presentan algunos defectos de redacción: en particular, el tenor del apartado 8 parece sugerir que basta, para apreciar que el modelo de prevención ha funcionado eficazmente, con que prevea un sistema disciplinario y se haya verificado periódicamente y modificado cuando así proceda. Cabe suponer, sin embargo, que se pretende únicamente configurar tales requisitos como necesarios, pero no como suficientes.

Por lo demás, y con independencia de la anterior observación, el Consejo de Estado no puede dejar de poner de manifiesto un cierto desajuste interno en toda esta regulación. Y es que, si de lo que se trata es de concretar al máximo cuáles deben ser las medidas preventivas que debe adoptar una persona jurídica para quedar exenta, en su caso, de responsabilidad penal, no se entiende que la regulación de tal cuestión presente un grado de detalle inferior cuando se trata de delitos cometidos por personas que no son representantes legales o administradores, máxime cuando la reforma trata de evitar al máximo el reproche de haber configurado una "responsabilidad vicarial".

Por último, cabe señalar algunos defectos de redacción que afectan a estos apartados 2 a 8 del artículo 31 bis:

1º) En las distintas letras del apartado 2 los tiempos verbales no parecen estar bien coordinados: las letras a), b) y d) utilizan el pretérito perfecto compuesto de indicativo y la letra c) utiliza el presente de subjuntivo.

2º) El apartado 3 hace referencia a "los modelos de prevención a que se refiere la letra a) del apartado anterior" que, por su parte, no habla sino de "modelos de organización y gestión". En esta misma línea, el apartado 5 se refiere a "las funciones de vigilancia y control a que se refiere la letra b) del apartado 2", pero dicha letra utiliza de nuevo las expresiones "modelo de prevención" y "poderes autónomos de iniciativa y control", y solo en la letra a) se hace referencia a las "medidas de vigilancia y control". Convendría, en consecuencia, unificar la terminología, pues la lectura del precepto resulta, con la actual redacción, confusa.

3º) Resulta llamativo que un precepto penal prevea expresamente que la exención de responsabilidad se concederá "si se prueba que" concurren ciertas condiciones (primer párrafo del apartado 2), y que solo será de aplicación una atenuante "si las anteriores circunstancias solo pueden ser objeto de una acreditación parcial" (último párrafo del apartado 2). Por una parte, huelga decir que todo hecho de relevancia penal ha de ser objeto de la correspondiente acreditación; en consecuencia, el precepto debería limitarse a indicar que la persona jurídica podrá quedar exenta de responsabilidad penal "si se cumplen las siguientes condiciones:...", en una redacción paralela a la más correcta del apartado 6. Por otra parte, no parece adecuado considerar aplicable la atenuante en caso de una "acreditación parcial" de los citados requisitos; lo lógico es que la atenuante se aplique cuando dichas condiciones se cumplan en un grado inferior al necesario para reconocer la exención de responsabilidad, pero suficiente para apreciar la existencia de una voluntad y de una actuación de control por parte de la persona jurídica, y así se acredite. En definitiva, no

se trata de que la existencia y aplicación de los mecanismos de control solo se haya probado en parte, sino de que únicamente se ha probado que hubo cierta preocupación por el control, un control algo menos intenso del exigido para la exención plena de responsabilidad penal, pero suficiente para atenuar la pena.

Finalmente, y a mayor abundamiento, entiende el Consejo de Estado que esta deficiente redacción podría tener consecuencias indeseadas desde el punto de vista de la carga de la prueba que, con carácter general y dentro de los procesos penales, pesa sobre la acusación y se proyecta sobre la totalidad de los elementos de la conducta delictiva. En la redacción propuesta por el Anteproyecto, el artículo 31 bis.2 del Código Penal podría llevar a la conclusión de que, debido a que la existencia del programa de compliance se erige en una circunstancia obstativa de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tan solo a ella le incumbe la carga material de la prueba de dicho hecho impeditivo, cuando en realidad la acreditación de tales extremos (la inexistencia del programa de compliance o su inaplicación) debería recaer sobre las partes acusadoras.

4º) El párrafo segundo y último del apartado 2 presenta algunas erratas en su redacción: debería decir, o bien "esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena", o bien "ello será valorado como circunstancia a los efectos de atenuación de la pena", en lugar de "esta circunstancia ello será valorado como circunstancia a los efectos de atenuación de la pena".

5º) En fin, sería conveniente que las condiciones y requisitos que enumeran los apartados 2 y 3 no se designen con letras minúsculas, como hace el apartado 1, pues las frecuentes remisiones que a unos y otros realizan ellos mismos y los apartados siguientes obliga a una continua verificación que dificulta mucho la lectura del precepto. Se propone, por ello, utilizar ordinales en el apartado 2 y números cardinales en el apartado 3.

C) Nuevo artículo 31 ter en el Código Penal. El nuevo artículo 31 ter reproduce literalmente el contenido de los vigentes apartados 2 y 3 del artículo 31 bis, técnica normativa a la que no hay nada que objetar. Ahora bien, al desglosarse el contenido de este en distintos artículos, debe tomarse la precaución de realizar los correspondientes ajustes: en este caso, las referencias que los apartados 1 y 2 del nuevo artículo 31 ter hacen al "apartado anterior" y al "apartado siguiente" deben sustituirse por las de "artículo anterior" (o "artículo 31 bis de este Código") y "artículo siguiente" (o "artículo 31 quáter de este Código").

D) Nuevo artículo 31 quinquies en el Código Penal El apartado 1 del nuevo artículo 31 quinquies reproduce en parte el apartado 5 del vigente artículo 31 bis, declarando en todo caso exentos de responsabilidad penal al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, a las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público y a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas.

Pero a continuación, el Anteproyecto (apartado 2 del nuevo artículo 31 quinquies) excluye de este elenco de entidades exentas a "las Sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general", que, con la reforma, pasarían, pues, a ser penalmente responsables, aunque "solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del número 7 del artículo 33", esto es, la pena de multa y la de intervención judicial, sin que pueda acordarse, por ejemplo, su disolución, la suspensión temporal de sus actividades o la clausura de sus locales. No obstante, el propio apartado 2 del nuevo artículo prevé que "esta limitación no será aplicable cuando el Juez o Tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal".

El Consejo de Estado valora positivamente esta extensión del ámbito de aplicación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, una reforma que también ha recomendado el informe de la OCDE antes referido en orden a garantizar, en particular, la responsabilidad de las sociedades estatales en los casos de corrupción de agentes públicos extranjeros (páginas 21 y 74 del informe). Ahora bien, sería preferible que el Anteproyecto se refiriera a la responsabilidad penal de las Sociedades mercantiles públicas, en general, englobando así también al extenso sector público económico de las Comunidades Autónomas y a las sociedades mercantiles que pueden constituir las Entidades locales (artículo 85.2.d) de la Ley

7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases de Régimen Local), y no exclusivamente a las Sociedades públicas de titularidad estatal contempladas en el artículo 166.1.c) de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, de Patrimonio de las Administraciones Públicas. A este respecto, cabe recordar que el mismo informe de la OCDE reiteradamente citado resalta que "en España, la exclusión de la responsabilidad penal de estas sociedades es aún más preocupante por el hecho de que en muchos casos están controladas por gobiernos regionales".

La limitación de la clase de penas que se puede imponer a las Sociedades mercantiles públicas resulta, igualmente, una decisión acertada para garantizar la adecuada protección de los intereses públicos y la correcta prestación de los servicios económicos de interés general encomendados a estas sociedades, y que podrían resultar perjudicados en caso de imponerse penas como la suspensión de actividades o la clausura de locales, por ejemplo. Tal limitación no tendría sentido, sin embargo, cuando tales sociedades hayan sido creadas, como correctamente prevé el nuevo artículo 31 quinquies.2, "con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal".

Hay que recordar, no obstante, que el vigente apartado 5 del artículo 31 bis contiene en su párrafo segundo una previsión de este tipo, pero aplicable a todas las personas jurídicas públicas que declara en principio exentas de responsabilidad penal, al disponer que, en estos supuestos (todos los contemplados en el párrafo primero, en el que también se citan las sociedades mercantiles estatales), "los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trate de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal". El apartado 2 del nuevo artículo 31 quinquies cubriría la mayor parte de los casos a que se refería ese párrafo, pues una conducta delictiva de esta naturaleza es más fácil que se produzca en la constitución de este tipo de personificaciones de Derecho privado que en la de otro tipo de organismos públicos. Sin embargo, no cabe excluir que este supuesto de hecho se produzca también, por ejemplo, en la constitución de una agencia o entidad pública empresarial, por lo que sería conveniente mantener una cautela de este tipo, reproduciendo el tenor del vigente párrafo segundo del artículo 31 bis.5 en el apartado 1 del artículo 31 bis.

Concluyendo las anteriores observaciones en relación con el régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas, es de notar que el Anteproyecto plantea una reforma sustancial y de gran calado de ese régimen, que ha adolecido de notorias deficiencias en su tramitación procedimental.

A lo anterior ha de añadirse que una parte muy importante de las nuevas disposiciones del Anteproyecto en esta materia deberían acomodarse en la legislación mercantil u otra que resulte de aplicación a las personas jurídicas de que en cada caso se trate, legislación cuya reforma debe acometerse, por tanto, a estos efectos. Es más, dicha reforma (en particular, de la normativa mercantil) habría de tramitarse de forma paralela a la revisión del Código Penal, pues en otro caso este correría el riesgo de incluir, aunque solo fuese de forma transitoria, normas penales en blanco y carentes de todo contenido.

Sexta. El tratamiento de las discapacidades

Tal y como explicita el apartado XXIX de su exposición de motivos, el Anteproyecto aborda el tratamiento penal que reciben las personas con discapacidad y se propone acomodarlo a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, hecha en Nueva York el 13 de diciembre de 2006.

Partiendo de esa directriz, el Anteproyecto contiene modificaciones de distinto signo y entidad.

A) La unificación terminológica. La primera previsión en que se concreta tal acomodo a la mencionada Convención Internacional es la actualización de los términos en que tales personas aparecen enunciadas, proponiendo la proyectada reforma legal sustituir los términos "incapacidades" y "minusvalías" por los de "discapacidades" y "personas con discapacidad".

A tales efectos, el apartado 15º del artículo único del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 25 del Código Penal, reflejando en él la definición que de discapacidad recoge esa

Convención Internacional y la definición complementaria que figura en la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia.

Tal y como ha observado el Consejo Fiscal, la definición de "discapacidad" es un tanto alambicada ("persona que tenga deficiencias (...) a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones que las demás"), debiendo recordarse que la recepción de las previsiones de la Convención Internacional que se viene mencionando no obliga forzosamente a utilizar su misma terminología.

En todo caso, es relevante notar que la Convención a la que atiende el Anteproyecto es un texto de alcance general, que no se ciñe al tratamiento penal de que deben ser destinatarias las personas que tienen afectada su capacidad, sino que se dirige a definir un estatus jurídico integral de las personas afectadas por algún grado o modalidad de discapacidad.

Siendo ello así, ha de tenerse en cuenta que el tratamiento penal de esas personas ha de ceñirse al elemento de su falta de conocimiento o consentimiento para llevar a cabo o ser objeto de las conductas merecedoras de reproche penal. Es esa afectación a su capacidad de actuar la que debe ser contemplada por la legislación penal, que puede utilizar al efecto muy diversos términos, sin que le sea forzoso seguir el que acuña la Convención de constante referencia.

Desde esta óptica de consideraciones, nada se opondría a que la proyectada reforma legal mantuviera la terminología tradicional de incapaces.

Para el caso de que se prefiriera acoger la terminología procedente de la aludida Convención Internacional, podría tratar de simplificarse la definición de discapacidad que el Anteproyecto contiene actualmente, dejándola reorientada en una línea próxima a "situación en que se encuentra una persona que tenga deficiencias que puedan impedirle participar plena y eficazmente en la sociedad en igualdad de condiciones con los demás".

De forma complementaria a lo anterior, la disposición adicional primera del Anteproyecto establece que, con carácter general, todas las referencias que el Código Penal contiene actualmente a "minusvalía" y a "incapaz" e "incapaces" deberán entenderse sustituidas por "discapacidad" y "persona o personas con discapacidad necesitadas de especial protección".

De nuevo se acude a términos que están en línea con los que emplea la Convención de referencia, sin que presente las objeciones que se detectaron a propósito de la definición general de "discapacidad".

En todo caso, el Consejo Fiscal se ha vuelto a mostrar crítico con la proyectada disposición adicional primera del Anteproyecto, entendiéndola que resulta innecesaria a la vista de la definición general contenida en la nueva redacción propuesta para el artículo 25 del Código Penal, a lo que añade que sería preferible modificar los diversos preceptos de ese texto legal que emplean la terminología que pretende sustituirse, tal y como ya hace el Anteproyecto en varios casos.

Así planteada la cuestión y dado que, tras la proyectada reforma, subsistirán en el Código Penal preceptos que emplearán la terminología que quiere sustituirse ("incapaces"), estima este Consejo que no resulta innecesaria la declaración general que efectúa la disposición adicional primera del Anteproyecto, que representa una técnica más sucinta y proporcionada a los objetivos buscados que la solución alternativa de tener que modificar todos y cada uno de los preceptos singulares del Código Penal que utilicen la terminología a sustituir, ya que esta última opción queda abierta a errores y discordancias. De hecho, algunos de los preceptos del Código Penal cuya revisión aborda el Anteproyecto mantienen la terminología ("incapaces") que la iniciativa legislativa que ahora se informa pretende eliminar.

B) Las esterilizaciones no punibles de personas discapacitadas. El Anteproyecto se ocupa de esas esterilizaciones:

- De un lado, dando nueva redacción al segundo párrafo del actual artículo 156 del Código Penal, que enuncia los requisitos que deben concurrir para estar ante esterilizaciones no punibles (apartado 101º del artículo único del Anteproyecto).

- De otro, precisando el cauce y requisitos procesales para la autorización judicial de tales esterilizaciones (disposición adicional segunda).

Por lo que hace al enunciado de los requisitos exigibles a las esterilizaciones no punibles, el actual artículo 156 del Código Penal las refiere a los "menores" e "incapaces", sustituyendo el Anteproyecto el segundo caso por las personas que carezcan absolutamente de aptitud para prestar consentimiento.

El Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal han opuesto diversas objeciones a esta formulación y han propugnado que se mantenga la actual redacción del precepto en cuestión, entendiendo que su nueva formulación planteará dudas respecto de la posición en que quedan las personas que no puedan prestar su consentimiento pero no hayan sido objeto de una declaración judicial de incapacidad, así como del caso inverso de las personas con discapacidad declarada pero que pueden prestar un consentimiento libre e informado.

No obstante, conviene insistir en la ligazón que existe entre la enunciación de los requisitos sustantivos exigibles (apartado 101º del artículo único del Anteproyecto) y el cauce procesal a seguir (disposición adicional segunda del texto informado). Siendo ello así, se advierte que tal disposición adicional prevé que la autorización judicial se conceda "en el procedimiento de modificación de la capacidad o en un procedimiento contradictorio posterior", de donde puede colegirse que la autorización tendrá que comportar una apreciación judicial de si se trata de "personas que de forma permanente no puedan prestar en modo alguno el consentimiento". En consecuencia, las objeciones levantadas por el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal podrían salvarse previendo, dentro de la nueva redacción del artículo 156 del Código Penal, que la carencia absoluta de aptitud para prestar consentimiento debe ser objeto de una expresa declaración judicial.

Todavía en relación con la regulación de los requisitos sustantivos de las esterilizaciones que se vienen analizando, se aprecia un cambio relevante entre los actuales términos de ese artículo 156 y los que proyectan dársele.

Así, el actual tenor de ese precepto recoge, a título de "criterio rector" para la autorización judicial "el del mayor interés" del afectado, mientras que la proyectada reforma refiere esa autorización a "supuestos excepcionales en los que se produzca grave conflicto de bienes jurídicos protegidos". El Consejo General del Poder Judicial ha interpretado que el cambio refleja un criterio mucho más restrictivo y estima preferible mantener los actuales términos del precepto en cuestión. Por su parte, este Consejo aprecia una indeseable indefinición en la formulación propugnada por el Anteproyecto frente a la concreción que refleja el principio rector del mayor interés del afectado, lo que se salda con un criterio más favorable a los actuales términos del artículo 156, segundo párrafo, del Código Penal.

Por lo que hace al cauce procesal diseñado por la disposición adicional segunda del Anteproyecto, coincide este Consejo con el Consejo General del Poder Judicial en entender acertado que se elimine del actual artículo 156 del Código Penal la regulación del procedimiento judicial a seguir, ya que no se trata de una materia que debe formar parte de ese Código, sino de la ordenación procesal. Y, dentro de esta, sería claramente preferible que la disposición adicional segunda del Anteproyecto se configurase como una reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que trata de un pronunciamiento que está deferido al procedimiento civil. En ese sentido, y tal y como habrá ocasión de destacar a propósito de las novedades que introduce en el actual régimen del comiso, el Anteproyecto sigue esa técnica de incluir en la correspondiente legislación procesal las previsiones que forman parte natural de la misma.

Séptima. La nueva pena de prisión permanente revisable

Especial atención merece la introducción de la prisión permanente revisable, una de las reformas más importantes que pretende llevar a cabo el Anteproyecto. En la presente consideración se recogerán las reflexiones de índole general que suscita esa nueva pena, dejándose para otros apartados de esta consulta algunos aspectos concretos de su desenvolvimiento.

A) Inclusión de la prisión permanente revisable en el catálogo de penas: consideraciones sobre el principio de legalidad de las penas. El apartado 24º del artículo único del Anteproyecto modifica, a estos efectos, el apartado 2 del artículo 33 del Código Penal,

incluyendo la nueva pena de prisión permanente revisable a la cabeza de la lista de penas graves. En esta misma línea, el apartado 26º del artículo único del Anteproyecto propone una nueva redacción del artículo 35, en el que nuevamente se cita la prisión permanente revisable junto a las demás penas privativas de libertad.

La modificación de estos dos preceptos, no prevista en versiones anteriores del Anteproyecto, permite soslayar una de las críticas formuladas por el Consejo General del Poder Judicial, referida a la posible vulneración del principio de legalidad de las penas establecido en el artículo 25.1 de la Constitución Española: "Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento". Tal y como viene señalando el Tribunal Constitucional, este precepto constitucional implica, entre otras, una garantía material consistente en la exigencia de que la norma punitiva permita "predecir con suficiente grado de certeza las conductas que constituyen infracción y el tipo y grado de sanción del que puede hacerse merecedor quien las cometa" (STC 116/1993, de 29 de marzo, FJ 3).

El Consejo General del Poder Judicial consideró que el Anteproyecto, en su anterior redacción, podía incurrir en una vulneración del citado principio de legalidad por no incluir la nueva pena de prisión permanente revisable en el catálogo de penas y presentarla como una simple "modalidad" de la pena de prisión, lo que no reflejaría su verdadera naturaleza. Al incorporar ahora una referencia expresa a la prisión permanente revisable en las nuevas redacciones que da a los dos artículos mencionados, el Anteproyecto da una respuesta satisfactoria a las anteriores críticas, pues la propia denominación de dicha pena resulta ya, en este estadio, suficientemente reveladora de las especiales condiciones que para el condenado implicará su imposición.

B) Breve descripción del régimen propuesto para la nueva pena de prisión permanente revisable. Sin perjuicio de lo anterior, es evidente que la comprensión del alcance y contenido de la nueva pena de prisión permanente revisable exige un detenido análisis de aquellos preceptos del Código Penal en los que se regularían las condiciones sobre el cumplimiento efectivo y el acceso al tercer grado penitenciario, los permisos de salida y la libertad condicional de los condenados a esta pena, así como su posible remisión definitiva, condiciones todas ellas que le confieren ese carácter "revisable" que anuncia su nomen iuris.

Sobre algunos de esos extremos se volverá en ulteriores apartados de estas consideraciones, debiendo ahora esbozarse las grandes líneas que reflejan los perfiles propios y característicos de la nueva pena.

El apartado 27º del artículo único del Anteproyecto modifica la redacción del artículo 36 del Código Penal, cuyo apartado 1 pasa a disponer que "la pena de prisión permanente será revisada de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92". Este precepto, para el que se propone una nueva redacción en el apartado 53º del artículo único del Anteproyecto, establece los requisitos que deben cumplirse para que el Tribunal acuerde la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, requisitos que son, en resumen, los siguientes: a) que el penado haya cumplido veinticinco años de su condena; b) que se encuentre clasificado en tercer grado; y c) que el Tribunal pueda fundar la existencia de un pronóstico favorable de reinserción social.

Las diferencias más notables de este régimen de revisión de la prisión permanente con respecto al régimen general de suspensión y acceso a la libertad condicional (contemplado en el artículo 90.1 del Código Penal, al que también se da nueva redacción) son las siguientes:

* En primer lugar, tanto la nueva redacción de ese artículo 90.1 como la del ulterior artículo 92.1 exigen que se haya extinguido una parte de la pena impuesta (sin perjuicio del acceso al tercer grado): en el régimen general, las tres cuartas partes (artículo 90.1.b) del Código, nueva redacción del Anteproyecto); en el caso de la prisión permanente revisable, 25 años (artículo 92.1.a) del Código, nueva redacción del Anteproyecto). * En segundo lugar, el acceso al tercer grado, requisito igualmente común al régimen general de suspensión y a la revisión de la prisión permanente, se producirá de forma más rápida en el primer caso que en el segundo: en el caso de penas de prisión superiores a cinco años, podrá concederse el tercer grado cuando se cumpla la mitad de la pena impuesta, de conformidad con el artículo 36.2 del Código; en el caso de la prisión permanente revisable, el proyectado nuevo artículo

36.1 exige el cumplimiento de quince o veinte años, según los casos. A ambos supuestos les es aplicable la progresión al tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal prevista en el nuevo apartado 4 (debería ser 3) del artículo 36. En todo caso, los plazos anteriores se amplían cuando el sujeto haya sido condenado por dos o más delitos, estando al menos uno de ellos castigado con prisión permanente revisable (artículo 78 bis, en relación con el artículo 76.1.e), nueva redacción).

* Por último, en ambos casos se exige un informe favorable del Juez o Tribunal: para el régimen general, el artículo 90.1.c) inicialmente hace referencia a un requisito general de "buena conducta" del penado, pero a continuación enumera toda una serie de criterios que el Tribunal deberá valorar a la hora de conceder la suspensión de la condena, criterios que son idénticos a los que, de conformidad con el Anteproyecto, deberán tenerse en cuenta a efectos de formular el pronóstico favorable de reinserción social necesario para la suspensión de la pena de prisión permanente revisable (artículo 92.1, c).

Por lo demás, la nueva redacción del artículo 92.3 declara aplicables, en el caso de suspensión de la pena de prisión permanente revisable, las disposiciones generales sobre cómputo del plazo de suspensión (artículo 82.2), prohibiciones y deberes que pueden imponerse (artículos 83 y 85), revocación de la suspensión (artículo 86) y remisión de la pena (artículo 87), a las que también se remite el artículo 90.5, en la redacción dada por el Anteproyecto. El plazo de suspensión difiere, sin embargo, de una a otra pena: en el régimen general de las penas privativas de libertad, el plazo de suspensión de la ejecución y de la libertad condicional será de dos a cinco años y, en todo caso, "no podrá ser inferior a la duración de la parte de la pena pendiente de cumplimiento" (artículo 90.5); en el caso de la prisión permanente revisable, la suspensión tendrá una duración incluso mayor, de cinco a diez años, pero, de conformidad con el proyectado artículo 92.4, el Tribunal deberá verificar el cumplimiento de los requisitos al menos cada dos años y, de acuerdo con este mismo precepto, podrá fijar un plazo de hasta un año, dentro del cual y tras haber sido rechazada una petición de concesión de libertad condicional, no se dará curso a nuevas solicitudes.

Sin perjuicio de otros regímenes especiales y más favorables de acceso a la libertad condicional, que también contempla el Anteproyecto, la revisión de la prisión permanente se somete, por tanto, a requisitos de naturaleza semejante, aunque algo más estrictos, a los que se subordina la libertad condicional en el régimen general, y lo mismo cabe afirmar con respecto al acceso al tercer grado penitenciario.

Por lo que afecta a los permisos de salida del condenado a prisión permanente revisable, en principio se aplicaría el régimen general previsto en la Ley Orgánica 1/1979, de 26 de septiembre, General Penitenciaria, con una excepción: de acuerdo con el artículo 36.1, párrafo 2º, del Código Penal, el penado no podrá disfrutar de tales permisos hasta que haya cumplido un mínimo de 8 o 12 años de prisión, según los casos, en lugar de una cuarta parte de la condena, como establece el artículo 47.2 de la Ley Orgánica General Penitenciaria para el resto de los casos.

A la vista de esta sumarisima descripción, cabe concluir que el Anteproyecto configura una verdadera pena de prisión permanente revisable, una modalidad punitiva inédita hasta el momento en nuestro sistema penal (que ha conocido la cadena perpetua, aunque no en su modalidad "revisable"), pero bien implantada en nuestro entorno europeo.

C) Las penas similares en el Derecho comparado. También es ilustrativo contrastar el dibujo que el Anteproyecto hace de la nueva pena de prisión permanente revisable con las penas equivalentes que se encuentran en el Derecho comparado.

Este ofrece, en efectos, numerosos ejemplos de penas de prisión inicialmente calificadas como permanentes, pero sujetas a la posibilidad de una revisión. Se expondrán sumariamente las características de las figuras previstas en la legislación penal italiana, francesa y alemana, en la medida en que pueden constituir un adecuado punto de comparación con la que regula el Anteproyecto.

1. Italia. El Código Penal italiano, en primer lugar, define la pena de ergastolo como una pena de prisión perpetua, con obligación de trabajar y aislamiento nocturno (artículo 22), que se prevé para delitos especialmente graves, como los que ponen en peligro la seguridad nacional, el atentado contra el Presidente de la República o contra Jefes de Estado

extranjeros, el atentado con fines terroristas o subversivos y resultado de muerte, el secuestro con fines terroristas o subversivos seguido de muerte dolosa, el secuestro de menor seguido de muerte dolosa, los estragos con resultado de muerte, la difusión dolosa de epidemia, el envenenamiento de aguas o sustancias alimentarias con resultado de muerte y el homicidio agravado (artículos 276, 295, 280, 289 bis, 605, 422, 438, 439, 575, 576 y 577 del Código Penal italiano).

La legislación italiana permite la revisión de la pena de ergastolo, a efectos de obtener la libertad condicional, una vez que el penado haya cumplido, al menos, 26 años de privación de libertad (artículo 176 del Código Penal italiano), y siempre que cumpla ciertos requisitos como el buen comportamiento durante el cumplimiento de la pena, su arrepentimiento, el cumplimiento de la responsabilidad civil o la imposibilidad de cumplirla. El régimen es, por lo demás, algo más estricto cuando se trata del acceso a la libertad condicional de condenados a pena de ergastolo por delitos relacionados con la criminalidad organizada.

2. Alemania. También el Código Penal alemán contempla una pena de prisión permanente revisable, modalidad punitiva que se introdujo después de que el Tribunal Constitucional federal, en su capital sentencia de 21 de junio de 1977 (BVerfGE 45, 187), declarara que una pena de prisión permanente no vulnera el derecho a la dignidad humana sólo en la medida en que el penado tenga la posibilidad de ser liberado, previa la tramitación del correspondiente procedimiento.

Se prevé así la pena de prisión permanente para delitos de especial gravedad, como los actos bélicos, la traición; la agresión a menores, la agresión sexual, el secuestro, la detención ilegal y el robo, en todos los casos con resultado de muerte; el asesinato cuando concurren determinadas circunstancias; la explosión nuclear, la emisión de radiaciones y los ataques marítimos o aéreos, también con resultado de muerte en todos los casos (artículos 80, 175 b, 178, 239 a, 251, 216 a, 211, 212, 307, 309 y 316 c del Código Penal alemán). En el resultado de muerte se incluyen aquellos casos en los que esta se ha producido al menos por negligencia grave.

En este caso, el acceso a la libertad condicional (que, en todo caso, llevará aparejado un periodo de libertad vigilada de cinco años) está sujeto a las siguientes condiciones: que el penado haya cumplido un mínimo de 15 años de privación de libertad; que las particulares circunstancias de la culpabilidad del condenado no exijan el cumplimiento efectivo de la pena; y que se cumplan los requisitos establecidos, con carácter general, para la liberación anticipada en casos de condenas a penas privativas de libertad de duración determinada (como son que la liberación sea apropiada teniendo en cuenta el interés general de la seguridad pública y que la persona condenada lo consienta).

3. Francia. El Código Penal francés, por último, también prevé una pena de reclusión criminal a perpetuidad para los delitos de asesinato y muerte en determinados casos agravados en atención a la persona de la víctima o a los motivos del crimen (artículos 221-3 y 221-4).

En cuanto al acceso a la libertad condicional, el artículo 132- 23 del Código Penal francés establece que el condenado a una pena de reclusión criminal a perpetuidad no puede acceder a ningún beneficio penitenciario hasta que haya cumplido, según los casos, 18 o 22 años de prisión. Además, cuando la víctima del delito sea un menor de quince años y el asesinato se haya visto precedido de violación, tortura o acto de barbarie, o cuando se trata de los asesinatos cometidos contra personas depositarias de la autoridad pública (magistrados, funcionarios de la policía nacional, militar de la gendarmería o miembro del personal de la administración penitenciaria, por ejemplo), con ocasión del ejercicio de sus funciones o por razón de estas, el periodo de seguridad es, como regla general, de 30 años, pero se excluye toda posibilidad de aplicación de beneficios penitenciarios al penado a reclusión criminal a perpetuidad, salvo conmutación de la pena por indulto (artículo 221-3 del Código Penal francés).

Este régimen excepcional, introducido por las Leyes nº 94- 89, de 1 de febrero de 1994, (para el primer supuesto) y nº 201-267, de 14 de marzo, (para el segundo), ha sido expresamente declarada conforme al principio de necesidad de las penas enunciado en el artículo 8 de la Declaración de los derechos del hombre en sendas decisiones del Conseil Constitutionnel de 10 de enero de 1994 (nº 93-334) y de 10 de marzo de 2011 (nº 2011-625) con, entre otros, el argumento de que "la disposición cuestionada prevé que en la

hipótesis de que el tribunal decida que las medidas enumeradas en el artículo 132-23 del Código Penal no se acuerden al condenado, el juez de la aplicación de las penas podrá, transcurrido el periodo de seguridad de 30 años, iniciar el procedimiento conducente a poner fin a este régimen particular, a la vista del comportamiento del condenado y de la evolución de su personalidad...".

D) La jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Vistas las líneas generales con que el Anteproyecto configura la nueva pena y las figuras similares que pueden encontrarse en el Derecho comparado, es también importante recordar que la aplicación práctica de alguna de esas figuras ha sido ya objeto de valoración por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que, en una consolidada jurisprudencia, viene pronunciándose sobre las condiciones para que ese tipo de penas sea compatible con el artículo 3 de la Convención de Roma, que prohíbe las penas y tratos inhumanos o degradantes.

La sentencia de 12 de febrero de 2008, Kafkaris contra Chipre (nº 21906/04) es uno de los pronunciamientos más importantes en esta materia. Comienza en ella el Tribunal recordando que la imposición de una pena de prisión perpetua a un delincuente adulto no es por sí misma contraria al artículo 3 ni a ninguna otra disposición de la Convención (y cita, en este sentido, la decisión de la Comisión Europea de Derechos Humanos de 6 de mayo de 1978, Kotalla c. Países Bajos, nº 7994/77), pero que sí podría serlo en el caso de tratarse de una pena permanente e "incompresible", esto es, que no sea susceptible de reducción (Nivette contra Francia (dec.), nº 44109/08; Stanford contra Reino Unido (dec.), nº 73299/01; Wynne contra Reino Unido (dec.), nº 67385/01).

Para determinar si en un caso determinado una pena permanente puede ser considerada "incompresible", el Tribunal analiza "si puede afirmarse que el condenado a perpetuidad tiene posibilidades de ser liberado. El análisis de la jurisprudencia del Tribunal sobre este punto revela que allí donde el Derecho nacional ofrece la posibilidad de revisar la pena permanente con la finalidad de conmutarla, suspenderla, declarar su remisión o liberar condicionalmente al detenido, se cumplen las exigencias del artículo 3". Así, en un elevado número de asuntos, el Tribunal ha estimado que, "siempre que sea posible una revisión de la condena que abra la puerta a la libertad condicional una vez transcurrido el periodo de seguridad, no cabe afirmar que los condenados a perpetuidad se hayan visto privados de toda esperanza de liberación", y ello es así, añade, "incluso en ausencia de un periodo mínimo de detención incondicional e incluso cuando la posibilidad de una liberación condicional de los condenados a una pena perpetua es limitada", para de esta forma concluir que "una pena permanente no se transforma en "incompresible" por el mero hecho de que en la práctica exista el riesgo de que se cumpla en su integridad. A efectos del artículo 3, basta con que sea reducible de jure y de facto" (Kafkaris contra Chipre, apartado 98).

En consecuencia, si bien la Convención no atribuye de forma general un derecho a la liberación condicional, ni aun siquiera un derecho a la revisión de la pena por las autoridades nacionales, resulta claramente de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo que "la existencia de un dispositivo que permita considerar la cuestión de la libertad condicional es un factor a tener en cuenta para apreciar la compatibilidad de una pena perpetua con respecto al artículo 3. A estos efectos, el Tribunal subraya no obstante que la elección del régimen de justicia penal que efectúa un Estado, incluido el régimen de revisión de las penas y las modalidades de liberación, escapa en principio al control europeo que ejerce, en tanto que el sistema elegido no desconozca los principios de la Convención" (Kafkaris contra Chipre, apartado 99; en el mismo sentido, véase la decisión de inadmisibilidad en el asunto Meixner contra Alemania, de fecha 3 de noviembre de 2009).

El criterio que se desprende de esta jurisprudencia es, por tanto, claro: la pena permanente será conforme a la Convención siempre que no sea "incompresible", esto es, siempre que existan mecanismos previstos para su revisión que ofrezcan al penado un horizonte o esperanza de liberación. El Tribunal Europeo ha sido, por lo demás, particularmente flexible en la interpretación de esta condición: en el propio caso Kafkaris contra Chipre, se entendió que era conforme a la Convención una pena de prisión permanente en la que la única posibilidad de liberación radicaba en el ejercicio del derecho de gracia (de particulares características, eso sí) por las altas autoridades del Estado, un mecanismo que, en principio, ofrece menos "garantías" de liberación (si es que alguna existe) que el sistema de revisión automática de la situación del penado una vez transcurrido un periodo de seguridad más o

menos amplio. Así, dice el Tribunal en la referida sentencia que "ciertamente, una pena como la impuesta al recurrente y que cumple sin indicación de periodo de seguridad genera por sí misma una angustia y una incertidumbre debida a la vida en la cárcel, pero son estos sentimientos inherentes a la naturaleza de la pena infligida y, a la vista de las perspectivas de liberación que ofrece el sistema en vigor, no permiten concluir que exista un trato inhumano o degradante en el sentido del artículo 3" (Kafkaris contra Chipre, apartado 107).

Más allá de las particulares circunstancias de este caso, la jurisprudencia de Estrasburgo subraya que lo importante es la existencia "de iure y de facto" de mecanismos de revisión de la pena, sin perjuicio de que en un caso concreto la liberación pueda no acordarse, aun transcurrido el periodo de seguridad, no solo por la gravedad del delito cometido, sino en atención a la peligrosidad del penado. En este sentido, el Tribunal ha manifestado que, si bien hay que aceptar que "25 años de prisión es un periodo muy largo de privación de libertad, que puede causar ansiedad e incertidumbre al solicitante" (de la revisión), este no se ve privado de toda esperanza de ser liberado y, además, "nada sugiere que la detención continuada le ocasione un sufrimiento mental o físico considerable", y sin que la mera referencia a su avanzada edad sea suficiente a estos efectos (véanse Streicher contra Alemania (dec.), nº 40384/04, y Meixner contra Alemania, antes citado).

A la vista de todo lo anterior, parece evidente que la pena de prisión permanente revisable prevista en el Anteproyecto sometido a dictamen no sería contraria a las exigencias del artículo 3 del Convenio de Roma, en la medida en que, como se vio, articula un completo mecanismo de revisión de la pena que ofrece al condenado a la misma un horizonte de liberación, sin que el hecho de que el elevado periodo de cumplimiento mínimo de la pena que se establece sea suficiente para enervar dicha conclusión.

E) La jurisprudencia del Tribunal Constitucional. El precedente análisis debe completarse con un examen de la nueva pena a la luz de la Constitución española, ya que, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 10.2 CE, hay que recordar que, de acuerdo con una abundante jurisprudencia constitucional, "el único parámetro de control aplicable en los diversos procesos constitucionales es la Constitución, siendo los textos y acuerdos internacionales citados en el art. 10.2 CE una fuente interpretativa que contribuye a la mejor identificación del contenido de los derechos fundamentales, pero sin que pueda pretenderse que un precepto legal infrinja con relevancia constitucional autónomamente el art. 10.2" (véanse, por todas, las sentencias del Tribunal Constitucional 236/2007, de 7 de noviembre y 80/2010, de 26 de octubre de 2010).

El artículo 3 del Convenio de Roma no puede considerarse, por tanto, como canon autónomo de la validez de la nueva pena prevista en el Anteproyecto desde la perspectiva de los derechos fundamentales. Desde una perspectiva de Derecho interno, el canon lo integra, de acuerdo con la jurisprudencia constitucional, el precepto de la Constitución española definidor del derecho o libertad, que en este caso no es sólo el artículo 15 de la Constitución, que prohíbe, al igual que aquel precepto internacional, las penas y los tratos inhumanos o degradantes, sino también el artículo 25.2, de acuerdo con el cual las penas privativas de libertad "estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social y no podrán consistir en trabajos forzados".

No es esta una cuestión absolutamente inédita en la doctrina del Tribunal Constitucional, que ofrece algunas orientaciones claras en esta materia, coincidiendo en grandes líneas, por lo demás, con lo afirmado por el Tribunal de Estrasburgo.

Por lo que respecta, en primer lugar, al artículo 15 CE, existe una nutrida jurisprudencia constitucional acerca de la compatibilidad con dicho artículo de penas extranjeras de prisión permanente revisable a las que se había condenado, en otro país, a un sujeto cuya extradición estaba, por ese y otros motivos, en cuestión.

En relación con las alegaciones de inconstitucionalidad de la pena que debería cumplir el sujeto en el país que formulaba la solicitud de extradición de acordarse esta, el Tribunal Constitucional señala reiteradamente que "a pesar de reconocer que la imposición de una pena de cadena perpetua puede vulnerar la prohibición de penas inhumanas o degradantes del art. 15 CE, a los efectos de la corrección constitucional de las resoluciones judiciales que declaran procedente la extradición para el cumplimiento de una pena de cadena perpetua o para enjuiciar un delito al que previsiblemente se le impondrá esta pena, este Tribunal tiene

declarado que resulta suficiente garantía que las resoluciones judiciales condicionen la procedencia de la extradición a que en caso de imponerse dicha pena, su ejecución no sea indefectiblemente de por vida" (véanse, por todas, sentencias 148/2004, de 13 de septiembre; y 181/2004, de 2 de noviembre, con remisión a las sentencias del TEDH de 7 de julio de 1989, Soering c. Reino Unido; y de 16 de noviembre de 1999, T. y V. c. Reino Unido). El criterio de la revisabilidad parece también aquí, por tanto, determinante.

Hay que recordar, no obstante, que esta jurisprudencia se ha dictado en el contexto de procesos de extradición. Lo que se valora en esas sentencias es, en último término, la constitucionalidad de una norma penal extranjera, o de una actuación de poderes públicos de otro país. En consecuencia, el control que desarrolla el Tribunal Constitucional en esos casos se encuentra limitado a las eventuales "vulneraciones indirectas" de la Constitución española, que exclusivamente alcanza al contenido absoluto de los derechos fundamentales, el único que comporta una proyección ad extra y al que "no pertenecen todas y cada una de las características con las que la Constitución consagra cada uno de ellos, por más que, en el plano interno, todas ellas vinculen inexcusablemente incluso al legislador, en razón de su rango. Sólo el núcleo irrenunciable del derecho fundamental inherente a la dignidad de la persona puede alcanzar proyección universal; pero, en modo alguno podrían tenerla las configuraciones específicas con que nuestra Constitución le reconoce y otorga eficacia" (sentencia 91/2000, de 30 de marzo).

Con todo, el criterio que, en este contexto, mantiene el Tribunal Constitucional plantea pocas dudas: "la calificación como inhumana o degradante de una pena no viene determinada exclusivamente por su duración, sino que depende de la ejecución de la misma y de las modalidades que ésta revista, de forma que por su propia naturaleza la pena no acarree sufrimientos de especial intensidad o provoquen una humillación o sensación de envilecimiento que alcance un nivel determinado, distinto y superior al que suele llevar aparejada la simple imposición de la condena" (entre otras, sentencias 65/1986, de 22 de mayo; 91/2000, de 30 de marzo; y 162/2000, de 12 de junio). Se trata, en definitiva, de la misma interpretación mantenida, en relación con el artículo 3 del Convenio de Roma, por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (por ejemplo, en las de 25 de abril de 1978, Tyrer c. Reino Unido, y de 16 de diciembre de 1999, T. y V. c. Reino Unido), cuyas consideraciones el Tribunal Constitucional considera "plenamente aplicables a la interpretación del art. 15 de la Constitución española".

En segundo lugar, resulta también procedente citar aquí la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el artículo 25.2 CE, en la que se establece que dicho precepto "no expresa un derecho fundamental del ciudadano susceptible de ser invocado en amparo, sino más bien un mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria con objeto de que configure las sanciones penales para que cumplan estos fines de reinserción establecidos en la Constitución sin que se deriven derechos subjetivos del mismo" (entre otras, sentencias 88/1998, de 21 de abril; 204/1999, de 8 de noviembre; y 120/00, de 10 de mayo).

En sus sentencias 39/2012 a 69/2012, de 29 de marzo, el Tribunal Constitucional reprodujo esta doctrina a efectos de declarar la compatibilidad del nuevo criterio de cómputo de las redenciones establecido por la llamada "doctrina Parot" (plasmada, en particular, en la sentencia del Tribunal Supremo nº 197/2006, de 28 de febrero). Aun reconociendo que tal criterio "dificulta objetivamente la posibilidad de reducir automáticamente el cumplimiento efectivo de la pena en determinados supuestos, singularmente aquéllos en los que la duración de las penas acumuladas supera en mucho, aritméticamente, los límites máximos de cumplimiento legalmente establecidos", el Tribunal concluía que "tal criterio no impide que los penados puedan cumplir su condena con arreglo a las previsiones de la legislación penitenciaria vigente que, a través del sistema de individualización científica, la previsión de clasificación en diversos grados, los permisos ordinarios y extraordinarios de salida, las comunicaciones personales, los regímenes de cumplimiento en semilibertad y la posibilidad de obtener la libertad condicional, incluso de forma anticipada, constituyen un elenco de medidas que favorecen y posibilitan la reeducación y reinserción social, si su conducta penitenciaria y su evolución muestra que se hallan en condiciones de hacer vida honrada en libertad". Cabe aquí precisar que, aunque el Tribunal de Estrasburgo se ha pronunciado acerca de esta "doctrina Parot" en su sentencia de 10 de julio de 2012 (pendiente, por lo demás, de recurso ante la Gran Sala de dicho Tribunal), que declaró la existencia de una

violación del artículo 5 del Convenio de Roma por retroactividad del nuevo criterio jurisprudencial, dicha sentencia no se pronunció sobre la compatibilidad de dicho criterio con el artículo 3 de la Convención. La pendencia del citado recurso ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos no exige, por tanto, y en lo que aquí interesa, matizar el pronunciamiento del Tribunal Constitucional en este punto.

A la vista de todo cuanto precede, el Consejo de Estado entiende que la compatibilidad de una pena de prisión permanente con los artículos 15 y 25.2 CE depende, en primer término, de que se articulen posibilidades para su revisión.

Por una parte, tal y como ha indicado el Tribunal Constitucional, el carácter inhumano o degradante de una pena no depende exclusivamente de su duración, sino de su ejecución; en definitiva, de que en esa ejecución se articulen o no posibilidades de liberación anticipada, un requisito que sin duda cumple la pena prevista en el Anteproyecto que, como se ha visto, ofrece al penado la posibilidad de acceder al tercer grado penitenciario, a permisos de salida, a la libertad condicional e incluso a la remisión definitiva de la pena previa verificación de unos requisitos más exigentes de los establecidos para la aplicación de esos beneficios en relación con cualquier otra pena, incluidas las penas de prisión de larga duración.

Por otra parte, esta misma condición de revisibilidad permite afirmar, *mutatis mutandis*, la compatibilidad de la nueva pena de prisión permanente revisable con el artículo 25.2 CE. El precepto, que como bien recuerda el Tribunal Constitucional "no expresa un derecho fundamental del ciudadano susceptible de ser invocado en amparo, sino más bien un mandato dirigido al legislador para orientar la política penal y penitenciaria", dispone que las penas privativas de libertad "estarán orientadas hacia la reeducación y reinserción social", finalidad que no contraría el carácter en principio "permanente" de esta pena, pues el mero hecho de que el condenado a la prisión permanente revisable tenga acceso, aun con requisitos más estrictos, a los mecanismos de revisión de la pena, es revelador de la voluntad del Anteproyecto de orientar también esta pena especialmente grave hacia una -en todo caso eventual- reinserción del penado.

Así lo mantuvo ya este Consejo en su dictamen de 22 de julio de 1999 (nº 1.374/99), relativo a la ratificación del Estatuto de Roma que instituye la Corte Penal Internacional. El artículo 77 del referido Estatuto incluye dentro del catálogo de penas aplicables la de reclusión a perpetuidad. En el referido dictamen, este Consejo afirmó, entre otras cosas, que "los eventuales reparos en cuanto a su admisibilidad desde el orden constitucional vigente decaen hasta un nivel relativo gracias a diversas modulaciones al respecto dentro del propio Estatuto". Entre tales modulaciones, citaba el Consejo de Estado la cláusula de salvaguardia contenida en el artículo 80 del Estatuto (de acuerdo con la cual "nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte"), pero también la flexibilización en la reducción de las penas prevista en el artículo 110 del Estatuto, "cuya revisión -que en todo caso deberá plantearse a los 25 años de prisión en caso de cadena perpetua y podrá volverse a suscitar- denota una posición de principio tendente a la limitación temporal de las penas (cabe recordar que en diversos ordenamientos la reclusión perpetua coexiste con el beneficio de la libertad condicional, sin colisionar, por tanto, con una ejecución de la pena orientada a la reeducación y reinserción social)".

Las consideraciones que se acaban de reproducir, formuladas en términos generales pese a lo preciso de la materia allí analizada, resultan perfectamente aplicables al caso aquí dictaminado. No contradice esta conclusión el pasaje del citado dictamen en el que se indica que "aplicando esta última cláusula de salvaguardia (se refiere a la del artículo 80, antes citado) España, como Estado de ejecución, no vería afectados los principios constitucionales previstos en el artículo 25.2 que -en su entendimiento más extremo y sin tener en cuenta otros mecanismos de interrupción de la ejecución de las penas- podrían conducir a rechazar penas perpetuas por colisionar con la reeducación y reinserción social de los condenados". Esta observación se refiere, evidentemente, al estado de la legislación penal española en el momento en que se emitió el referido dictamen; en todo caso, el inciso relativo a "los mecanismos de interrupción de la ejecución de las penas" hace innecesarias mayores explicaciones al respecto.

Para garantizar la constitucionalidad de la pena, al requisito esencial de la revisibilidad habrían de añadirse, no obstante, otras exigencias, y en particular la de que los mecanismos de revisión de la pena ofrezcan al condenado una posibilidad real de excarcelación en un periodo de tiempo que se considere proporcional a las circunstancias del hecho cometido. Todo ello con independencia, como bien subraya el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de que finalmente esa excarcelación se produzca, algo que no depende exclusivamente de los términos de la Ley, sino también de la conducta del propio penado.

A este respecto, se ha alegado que el régimen de revisión de la prisión permanente revisable y de acceso a la libertad condicional y otros beneficios penitenciarios es excesivamente estricto, y vulneraría por esta razón lo establecido en los artículos 15 y 25.2 CE. En particular, el Consejo General de la Abogacía Española mantiene en su informe que la modificación proyectada es contraria al artículo 25 CE, pues "lo determinante es saber el tiempo máximo de privación de libertad que permite al ser humano hacer efectiva la finalidad reinsertadora de dicha pena", y porque "abunda en el establecimiento de un trato degradante e inhumano a la persona privada de libertad cuya condena sea superior a 15 o 20 años de cárcel".

A juicio del Consejo de Estado, los requisitos que para la revisión de la prisión permanente revisable establece el Anteproyecto cumplen las exigencias de constitucionalidad arriba expuestas pues, por una parte, no puede afirmarse que priven al condenado de una posibilidad real de excarcelación; por otra parte, cabe afirmar que, a excepción del límite absoluto de cumplimiento máximo (que es, de por sí, lo suficientemente extenso como para que prácticamente no influya a estos efectos, y que no es aplicable en el caso de la prisión permanente revisable), el condenado a prisión permanente revisable puede conocer cuál es el tiempo que como máximo habrá de pasar en prisión con un grado de certeza semejante al condenado a cualquier otra pena de prisión, pues en ambos casos el acceso a los beneficios penitenciarios está subordinado a su colaboración y buen pronóstico. Finalmente, el tiempo de cumplimiento efectivo que se exige a efectos de liberación condicional, por ejemplo, resulta proporcional a la extraordinaria gravedad de los delitos para los que se prevé esta pena: "el que matare al Rey o al Príncipe heredero de la Corona" (artículo 485.1 del Código Penal); "los que perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con las organizaciones o grupos terroristas atentaren contra las personas", si causaran la muerte de una persona (artículo 572.2); "el que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España" (artículo 605.1); el que cometa delitos de genocidio si matara, agrediera sexualmente o infligiera lesiones a alguno de los miembros del grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes de que se trate, o delitos de lesa humanidad, si causara la muerte de alguna persona (artículos 607.1.1 y 2 y 607 bis.2.1); el asesinato, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: "que la víctima sea menor de 16 años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, o discapacidad física o mental"; "que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima"; o "que el delito se hubiere cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal" (artículo 140.1); y el asesinato de dos o más personas (artículo 140.2).

Desde la perspectiva constitucional que se viene considerando, no serían determinantes las invocaciones que se han suscitado a lo largo de la instrucción del expediente a propósito de la duración de las condenas privativas de libertad. Nótese, en ese sentido, que tales invocaciones no se refieren, estrictamente consideradas, a la nueva pena de prisión permanente revisable, sino que alcanzan, en realidad, a los sistemas generales de penas, que no han sido cuestionados en los correspondientes foros nacionales e internacionales.

Por lo demás, resulta razonable pensar que el elevado "periodo de seguridad" o tiempo mínimo de cumplimiento efectivo previsto responde no sólo a una finalidad estrictamente punitiva ante delitos, como se ha visto, extremadamente graves y que presentan unas características peculiares, sino también al hecho incuestionable de que el plazo para la reeducación y reinserción social de los sujetos que cometen este tipo de infracciones será presumiblemente mucho más largo que el necesario para lograr una efectiva reeducación y reinserción social de otro tipo de delincuentes. Asimismo, no hay que olvidar que la reinserción no es el único fin que persiguen las penas, en particular las privativas de libertad,

y que el artículo 25.2 CE no se opone a que esos otros objetivos se ponderen con la finalidad de reinserción social.

Desde el punto de vista de la proporcionalidad de la reforma, puede resultar útil comparar las características principales de la figura contenida en el Anteproyecto con otras semejantes que prevén otros países europeos. Así, si se examinan las tres legislaciones europeas a que antes se ha hecho referencia, se llega a la conclusión de que el prelegislador español prevé la introducción de la pena de prisión permanente revisable en supuestos cuantitativa y cualitativamente semejantes a los previstos, en líneas generales, en otras legislaciones (en algunos casos, como el italiano, la pena se extiende a un número más elevado y distinto de supuestos). En cuanto al periodo de seguridad o de cumplimiento mínimo de condena para el acceso a la libertad condicional, solo una de las tres legislaciones examinadas prevé un periodo de extensión equivalente al del Anteproyecto (Italia, con 26 años de periodo de seguridad); sin embargo, no hay que olvidar que, en el caso francés, aunque como regla general el periodo de seguridad de los penados a reclusión a perpetuidad es de 18 o 22 años, según decida el Tribunal, también se prevén algunos casos especialmente graves en los que se elimina toda posibilidad de acceso a los beneficios penitenciarios antes de que se cumplan 30 años en prisión. Asimismo, en el caso alemán, donde el periodo de seguridad en estos casos es de solo 15 años, la libertad condicional se subordina también a requisitos que parecen atribuir un margen bastante amplio de apreciación al Tribunal (que las particulares circunstancias de la culpabilidad del penado no exijan el cumplimiento efectivo de la pena, por una parte, o que la liberación anticipada sea apropiada teniendo en cuenta el interés general de la seguridad pública, por otra).

A la vista de todo lo expuesto no parece, por tanto, que sea posible afirmar que el Anteproyecto introduce una figura especialmente estricta en comparación con otros ordenamientos de nuestro entorno europeo. Los resultados de esta comparación no resultan, no obstante, determinantes, pues la variabilidad de las circunstancias hace que las condiciones impuestas en unos y otros casos no sean comparables en términos absolutos.

A modo de conclusión, cabe señalar, por tanto, que la configuración que el Anteproyecto realiza de la nueva pena de prisión permanente revisable permite entender que la misma se ajusta a los parámetros de constitucionalidad y es compatible con la Convención de Roma.

Por lo demás, la introducción de la prisión permanente revisable responde a una libre opción de política legislativa que, sin embargo, no ha sido suficientemente justificada en el expediente. La exposición de motivos del Anteproyecto y la Memoria apuntan, como se ha visto, distintos argumentos destinados a justificar la constitucionalidad y hasta la proporcionalidad de la medida, pero en ningún momento se apuntan las razones, motivos, causas o circunstancias por las que se ha entendido que una reforma de esta magnitud resulta necesaria en el momento actual.

El Consejo General del Poder Judicial apunta que la instauración de la prisión permanente revisable "no parece que obedezca a la necesidad de poner freno, mediante un mayor grado de disuasión penológica, a una escalada" de los delitos contra la vida humana independiente, pues España no destaca, según los datos estadísticos que aporta, por la alta incidencia de dichos delitos, especialmente si se tiene en cuenta que en los últimos años "la operatividad del principal grupo terrorista ha disminuido de manera drástica, principalmente por la eficaz y abnegada labor de los Cuerpos y Fuerzas de Seguridad", lo que denota, en opinión del órgano de gobierno del Poder Judicial, "que la lucha antiterrorista puede ser plenamente eficaz mediante la conjunción de una serie de medidas de diversa índole, sin necesidad de introducir la PPR en el Código Penal".

Sin perjuicio de lo anterior, no obstante, también podría alegarse la alarma social y valoraciones extremadamente negativas que suscitan las excarcelaciones de condenados por ciertos delitos graves, situaciones que generan una intensa crítica social respecto a nuestro sistema punitivo. Como en todo sistema democrático, nuestro sistema penal es susceptible de mejoras, y no es extraño que en ocasiones genere cierta alarma entre los ciudadanos conocer el resultado punitivo -en apariencia poco severo- que finalmente pueden tener determinadas conductas extremadamente graves y ampliamente difundidas.

Este contexto social puede sin duda avivar o acelerar la decisión del Gobierno de proponer una revisión del sistema de penas del calado de la que ahora se somete a dictamen del

Consejo de Estado, pero tal determinación debe explicarse y motivarse de forma expresa por referencia a las mejoras que tales reformas implicarán en nuestro sistema penal, desde el punto de vista de la víctima y de la propia sociedad. Este Consejo de Estado no puede, por tanto, sino discrepar de la forma en que se ha presentado esta importante decisión de política penal y penitenciaria, e insistir en la necesidad de que una reforma de tal envergadura vaya acompañada de una justificación profunda, detallada y respaldada por datos precisos de las razones que la motivan. En último término, corresponderá en todo caso al legislador valorar la oportunidad de la medida, pero el proyecto de Ley Orgánica que el Gobierno remita a las Cortes Generales debería contener, en su exposición de motivos, una clara referencia a los referidos motivos o circunstancias, y habría de acompañarse de una Memoria justificativa que lo sea verdaderamente en lo que afecta, cuando menos, a este punto.

Octava. Reforma del catálogo de penas

El Anteproyecto (apartados 24º a 32º del artículo único) lleva a cabo una profunda revisión del catálogo de penas, introduciendo las correspondientes modificaciones en la Sección 1ª del Capítulo II, Título III del Código Penal ("De las penas y sus clases"), así como en diversos artículos de la parte especial del Código, revisando las penas que se imponen para determinados delitos.

A continuación se formularán las observaciones correspondientes a todas estas modificaciones, con excepción de la inclusión de la prisión permanente revisable en el catálogo de penas graves (artículo 33.2) y en la lista de penas privativas de libertad (artículo 35), que ya han sido comentadas en el apartado anterior. No obstante, sí se comentarán algunos extremos que afectan al funcionamiento práctico de la nueva pena de prisión permanente revisable.

A) El nuevo catálogo de penas leves. El apartado 25º del artículo único del Anteproyecto da nueva redacción al apartado 4 del artículo 33 del Código Penal, con la finalidad de introducir distintas modificaciones en el catálogo de las penas calificadas como leves.

Se introducen dos cambios dignos de mención:

- En primer lugar, la pena de multa leve pasa de ser "de 10 días a dos meses" a ser "de hasta tres meses". Esta nueva definición, a la que en principio no cabe oponer ninguna objeción, genera sin embargo un problema de coordinación con respecto a la caracterización de la multa como pena menos grave que, de acuerdo con el artículo 33.3.i) del Código Penal (no afectado por el Anteproyecto), es "de más de dos meses". Como resultado de la reforma, pues, las multas de entre dos y tres meses podrían clasificarse como pena menos grave (pues son "de más de dos meses") o como pena leve (pues son inferiores a tres meses). Para evitar este solapamiento, debería modificarse el artículo 33.3.i), de forma que calificase como pena menos grave "la multa de más de tres meses", siendo leve, según el Anteproyecto, toda multa "de hasta tres meses". Si el objetivo de la reforma fuese únicamente eliminar el umbral inferior de 10 días para las multas calificadas como penas leves, bastaría con modificar el apartado 25º del Anteproyecto, de modo que la multa leve fuese "de hasta dos meses".

- En segundo lugar, el Anteproyecto elimina del catálogo de penas leves "los trabajos en beneficio de la comunidad de uno a 30 días", ahora contemplados en el artículo 33.4.h) del Código. Dicha pena, que continúa estando regulada en el artículo 49 del Código Penal, y que se cita entre las penas privativas de derechos del artículo 39 (ninguno de los dos afectado por el Anteproyecto), queda así ya únicamente configurada como pena menos grave, con una duración, conforme al artículo 33.3.k) (al que la reforma tampoco alcanza), "de 31 a 180 días".

El Anteproyecto, sin embargo, modifica también el artículo 40.4 del Código Penal, que se refiere precisamente a la duración de esta pena de trabajos en beneficio de la comunidad. En la nueva redacción que el apartado 25º del artículo único del Anteproyecto da a este precepto, la citada pena pasa, de tener una duración "de un día a un año", a ser "de 31 días a un año". Nada hay que objetar al nuevo límite inferior de duración de esta pena privativa de derechos (31 días), consecuencia de su supresión en el catálogo de penas leves (artículo 33.4). Se aprecia, sin embargo, una falta de consonancia entre el artículo 33.3.k) del Código

Penal (que no se planea modificar), en el que el límite máximo de duración de dicha pena continúa fijándose en 180 días, y el nuevo artículo 40.4 que, como se ha visto, pasaría a fijarlo en un año. Debería, pues, bien modificarse el artículo 33.3.k) para subir el límite superior de 180 días a un año, o bien, a la inversa, cambiar el apartado 29º del artículo único del Anteproyecto, de modo que el artículo 40.4 disponga que la citada pena tendrá una duración "de 31 a 180 días".

B) Tercer grado y permisos de salida en la pena de prisión permanente revisable. Los apartados 27º y 28º del artículo único del Anteproyecto dan nueva redacción al artículo 36 del Código Penal, actualmente dedicado a la pena de prisión, y al que se añade la regulación de ciertos aspectos de la prisión permanente revisable.

El apartado 27º del artículo único modifica la redacción de los apartados 1 y 2 de este artículo. La nueva redacción del apartado 1 se dedica, en los términos que más arriba se indicaron, a la pena de prisión permanente revisable. El nuevo apartado 2 reproduce los apartados 1 y 2 del vigente artículo 36, relativos a la pena de prisión, sin introducir cambios sustantivos.

En consecuencia, la atención debe centrarse en la nueva redacción que el Anteproyecto da al apartado 1 del actual artículo 36 del Código Penal, relativo a las condiciones de acceso al tercer grado y al disfrute de los permisos de salida por los condenados a pena de prisión permanente revisable. De acuerdo con el Anteproyecto, en estos supuestos, "la clasificación del condenado en el tercer grado deberá ser autorizada por el Tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, y no podrá efectuarse: a. Hasta el cumplimiento de veinte años de prisión efectiva, en el caso de que el penado lo hubiera sido por un delito del Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código. b. Hasta el cumplimiento de quince años de prisión efectiva, en el resto de los casos".

El criterio que parece haberse tenido en cuenta para la fijación de dichos umbrales temporales es el del cumplimiento de la mitad de la condena (requisito que se establece, en el régimen general, para la progresión al tercer grado: artículo 36.2), aplicado a un número de años distinto en función de si el delito es de terrorismo (letra a) o no: en el primer caso, se parte de una condena "imaginaria" de 40 años (20 años sería la mitad, tal como prevé la letra a); en los restantes, de 30 años (siendo la mitad los 15 años previstos en la letra b).

Tal y como ha observado en su informe el Consejo General del Poder Judicial, "el establecimiento de una mayor dilación temporal para el acceso al tercer grado, a causa de la peculiar tipología del delito, supone una quiebra de la sistemática seguida por el Código Penal, pues si bien es cierto que el vigente artículo 36.2 prevé un régimen más severo para ciertos delitos -entre ellos, los relacionados con el terrorismo- de cara a obtener la clasificación en el tercer grado, la mayor rigurosidad enunciada no implica más tiempo de prisión efectiva, sino que el requisito relativo al cumplimiento de la mitad de la pena sea obligatorio, en esos casos, mientras que para el resto de delitos se prevea con carácter potestativo". Por esta razón, puede resultar sorprendente que delitos sancionados con la misma pena de prisión permanente revisable (lo que en sí supone un nivel de gravedad semejante y, si se quiere, máximo) tengan un régimen de cumplimiento distinto.

Pero, además, este apartado 1 del artículo 36 se refiere también a los permisos de salida de que podrán disfrutar los condenados a la pena de prisión permanente revisable, estableciendo como condición para ello que el penado haya cumplido "un mínimo de doce años de prisión, en el caso previsto en la letra a), y ocho años de prisión, en el previsto en la letra b)". Si ponemos estos umbrales temporales en relación con la regla que establece la Ley Orgánica General Penitenciaria para el régimen general de permisos de salida (cumplimiento de un cuarto de la condena), veremos que las condenas "virtuales" a las que se habría aplicado esta regla para lograr tales resultados difieren, sorprendentemente, de las que se habrían tomado como base para el cálculo del tiempo mínimo de cumplimiento en el acceso al tercer grado: 32 años, para el supuesto general de la letra b (8 es la cuarta parte de 32), y 48 años para los delitos terroristas de la letra a (pues 12 es la cuarta parte de dicha cifra). Los parámetros aparentemente utilizados para determinar las condiciones de acceso al tercer grado y al disfrute de permisos de salida son, por tanto, diferentes. En línea con lo observado por el Consejo General del Poder Judicial, y para asegurar una cierta proporcionalidad en la concepción de las reglas de la nueva prisión permanente revisable, el

Consejo de Estado considera que sería conveniente establecer como referente, a efectos de calcular el cumplimiento de la cuarta parte de condena, la misma cifra que se haya tomado para el cálculo correspondiente al acceso al tercer grado.

Por lo demás, cabe indicar que la introducción, en esta nueva redacción del artículo 36.1, de una previsión especial para el régimen de permisos de salida, que exceptúa lo establecido en el artículo 47 de la Ley Orgánica General Penitenciaria y en el artículo 154 de su Reglamento, requerirá realizar las correspondientes adaptaciones en dichas normas.

C) Progresión al tercer grado por motivos humanitarios. En relación con el apartado 28º del artículo único del artículo único, lo primero que ha de observarse es que el Anteproyecto introduce un nuevo apartado con el número 4, cuando el artículo 36 carece actualmente de apartado 3 y el apartado 27º del artículo único del Anteproyecto tan solo da redacción a los apartados 1 y 2 del artículo 36.

Este nuevo apartado del artículo 36 (que deberá ser, en consecuencia, el número 3) introduce un régimen especial para la progresión al tercer grado penitenciario de los condenados a cualquiera de las penas de prisión contempladas en este artículo, incluida la prisión permanente revisable, cuando concurren motivos humanitarios. Nada hay que objetar al contenido de este artículo, si bien su redacción podría mejorarse, optándose por la alternativa, más clara y sintética, que propone el Consejo General del Poder Judicial en su informe: "En todo caso, el Tribunal podrá autorizar, previo informe del Ministerio Fiscal, la progresión al tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal, cuando el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, valorando especialmente la escasa peligrosidad de aquél".

D) La llamada pena de alejamiento. El apartado 32º del artículo único del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 57, relativo a la imposición de las prohibiciones contempladas en el artículo 48. Las modificaciones que se introducen en este artículo son de pequeña entidad, y están destinadas a añadir referencias a delitos leves y a suprimir las que se hacen a las faltas.

Cabe, sin embargo, realizar algunas reflexiones en relación con la medida que en lenguaje forense se califica "pena de alejamiento" respecto de la víctima, sus familiares o las personas que se determinen judicialmente, a la que se refiere el artículo 48.2 del Código y cuya imposición está regulada en el artículo 57.2, que el Anteproyecto reproduce sin apenas cambios, como se ha indicado.

Este artículo 57.2, cuya redacción vigente fue introducida por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, establece la imposición preceptiva de la pena consistente en la prohibición de aproximarse a la víctima, o a aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, quedando en suspenso, respecto de los hijos, el régimen de visitas, comunicación y estancia que, en su caso, se hubiese reconocido en sentencia civil. Dice el artículo 57.2 que dicha pena "se acordará, en todo caso" en los supuestos de los delitos mencionados en el primer párrafo del apartado 1 de este artículo "cometidos contra quien sea o haya sido el cónyuge, o sobre persona que esté o haya estado ligada al condenado por una análoga relación de afectividad aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, o sobre los menores o incapaces que con él convivan o que se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, o sobre persona amparada en cualquier otra relación por la que se encuentre integrada en el núcleo de su convivencia familiar, así como sobre las personas que por su especial vulnerabilidad se encuentran sometidas a su custodia o guarda en centros públicos o privados".

El Consejo General del Poder Judicial apunta en su informe que "hubiera sido conveniente que, aprovechando la reforma de este artículo, se hubiera abordado la cuestión de la imposición preceptiva de la pena de prohibición de aproximarse en los delitos de violencia doméstica, que si bien fue declarada constitucional en la STC 60/2010, de 29 de octubre, no puede desconocerse que provoca problemas en determinados supuestos, dada la repercusión negativa de esta pena sobre la víctima y restricción de sus derechos, por lo que parece más adecuado el sistema anterior a la LO 15/2003, de 25 de noviembre, donde la accesoria de alejamiento sólo se imponía si, a juicio del órgano judicial, fuera necesaria en el caso concreto atendiendo a la gravedad de los hechos o al peligro que el autor represente".

El Consejo de Estado no coincide completamente con este planteamiento del Consejo General del Poder Judicial.

Por una parte, el Tribunal Constitucional ha confirmado, como ya se indicó, la constitucionalidad de la vigente redacción del artículo 57.2 del Código Penal. La sentencia del Tribunal Constitucional 60/2010, de 7 de octubre, descartó que la imposición forzosa de la pena accesoria de alejamiento lesionase el principio de personalidad de las penas, el derecho de la víctima a no padecer indefensión, el principio de proporcionalidad de las penas, así como la libertad para elegir residencia y circular libremente por el territorio nacional.

Merece la pena reproducir las consideraciones que el Tribunal Constitucional realiza, a modo de conclusión, en los fundamentos jurídicos 21 y 22 de la referida sentencia: "21. (...) procede destacar ahora que el grado en que esa norma satisface las exigencias que se derivan de los principios constitucionales cuya protección constituye la finalidad de la medida que contiene resulta particularmente intenso. Y ello es así por dos motivos. De una parte, no puede dejar de resaltarse la extraordinaria relevancia constitucional de los bienes jurídicos que el legislador pretende proteger mediante la conminación penal que se deriva del art. 57.2 CP, que remiten a posiciones jurídicas específicamente protegidas por disposiciones constitucionales expresas (art. 15 CE, art. 17 CE, art. 18 CE, etc.). De otra parte, mediante este precepto el legislador pretende proteger esas posiciones jurídicas fundamentales frente a agresiones que razonablemente le merecen un especial desvalor, tanto porque, en la mayor parte de los supuestos contemplados en su presupuesto de hecho, se caracterizan por ser agresiones violentas, como por materializarse en el seno de relaciones afectivas, de convivencia o de tipo familiar o cuasifamiliar. La particular relevancia de los bienes jurídico-constitucionales aludidos, así como la circunstancia de que las agresiones descritas por el art. 57.2 CP, en virtud del modo y el contexto en el que se producen, se hagan acreedoras de un mayor desvalor para el legislador penal determina que sea asimismo mayor la contribución de la medida que este precepto contiene a la protección de los fines que con ella se persiguen. De igual modo, estos dos factores permiten concluir que la especial intensidad de la restricción de los principios y derechos que resultan afectados negativamente por dicha medida se corresponde con el alcance, asimismo considerable, de las exigencias que se derivan de los principios a los que sirve. 22. (...) desde la posición institucional que le es propia a este Tribunal, para poder apreciar la inconstitucionalidad de las decisiones del legislador que expresan el resultado de juicios de ponderación entre principios constitucionales es preciso que las razones derivadas de aquellos a los que éste haya otorgado menor peso sean de una tal intensidad que resulten capaces de desplazar no sólo a las que se derivan de los principios opuestos, sino también a las exigencias procedentes de los principios de democracia y pluralismo político, especialmente intensas en relación con la formulación normativa de la política criminal. Esas exigencias conducen, según hemos señalado ya, a que sólo quepa declarar la inconstitucionalidad, por su desproporción, de la ley penal cuando el exceso o desequilibrio imputado a la medida que incorpore resulte verdaderamente manifiesto o evidente. En otras palabras, mientras que cualquier desajuste entre las dos variables objeto de recíproca valoración en este estadio de control puede dar lugar a un reproche al legislador desde el punto de vista de la legitimidad externa u oportunidad de la medida adoptada, para que esa desproporción adquiera relevancia constitucional ha de tratarse de un exceso verdaderamente patente y manifiesto".

Junto a este importante pronunciamiento del Tribunal Constitucional, cabe recordar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado también, con ocasión de una cuestión prejudicial planteada por la Audiencia Provincial de Tarragona en el marco de un proceso donde había de aplicarse el artículo 57.2 del Código Penal, que la imposición de una medida de alejamiento preceptiva con una duración mínima, prevista como pena accesoria por el Derecho Penal de un Estado miembro, a los autores de violencia en el ámbito familiar, no infringe los artículos 2, 3 y 8 de la Decisión Marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativo al estatuto de la víctima en el proceso penal, y ello aun en el supuesto de que las víctimas de esa violencia se opongan a la aplicación de tal medida (sentencia de 15 de septiembre de 2011, Gueye, asuntos acumulados C-483/09 y C1/10).

En los fundamentos jurídicos de la sentencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea afirma, en resumen, que el derecho procesal a ser oída, "en el sentido del artículo 3, párrafo primero, de la Decisión marco, no confiere a la víctima ningún derecho en cuanto a la determinación de las clases ni la graduación de las penas aplicables a los autores de los

hechos en virtud de las normas del Derecho penal nacional" (apartado 60), y recuerda que "la protección penal contra los actos de violencia doméstica que establece un Estado miembro en ejercicio de su potestad sancionadora no sólo tiene por objeto la protección de los intereses de la víctima tal como ésta los percibe, sino también la protección de otros intereses más generales de la sociedad" (apartado 61). Asimismo, subraya que "la obligación, en cuanto tal, de imponer una medida de alejamiento conforme al Derecho material controvertido en los procesos principales no está incluida en el ámbito de aplicación de la Decisión marco, por lo que no puede apreciarse a la luz de lo dispuesto en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea" (apartado 69).

Descartada así toda duda sobre la constitucionalidad de esta previsión legal, y afirmada su compatibilidad con el Derecho de la Unión Europea, entiende el Consejo de Estado que resulta oportuno, tal y como hace el Anteproyecto, mantenerla en vigor, pues su corta vigencia no permite tener aún un balance completo de las consecuencias de su aplicación ni, en definitiva, determinar si existe un desajuste entre las dos variables objeto de recíproca valoración que pueda dar lugar "a un reproche al legislador desde el punto de vista de la legitimidad externa u oportunidad de la medida", por emplear las palabras del Tribunal Constitucional en su sentencia 60/2010, antes referida.

A juicio del Consejo de Estado, subsisten plenamente las razones que motivaron la introducción de la referida preceptividad, esto es, la especial necesidad de protección que, incluso en contra de su propia voluntad, requieren las víctimas de estos delitos que, por cometerse en el ámbito familiar y tener frecuentemente como víctimas a personas que tienen una fuerte relación de dependencia respecto al autor del delito, presentan unas características singulares. Conviene, por tanto, mantener su vigencia en tanto no existan datos ciertos que permitan afirmar que la restricción de los principios y derechos negativamente afectados por la imposición obligatoria del alejamiento resulta en un número elevado de casos desproporcionada con respecto a los fines que la misma persigue.

Sin perjuicio de todo lo anterior, no hay que eludir el hecho de que, dada la elevada casuística en esta materia, la regla de la preceptividad podría en ocasiones resultar excesivamente rígida y, en consecuencia, altamente contraproducente para la resocialización de los condenados por maltratos en el ámbito familiar cuando se den determinadas circunstancias. Se ha citado en el expediente el supuesto, especialmente sensible, de los hijos mayores que maltratan a los padres: las dependencias que frecuentemente padecen y su inmadurez (pueden ser muy jóvenes, pese a ser penalmente responsables) suponen que el alejamiento respecto de los padres puede obstaculizar, y hasta impedir, su rehabilitación. El carácter obligatorio del alejamiento responde, como ya se indicó, a la necesidad de evitar toda arbitrariedad en esta materia y a la dificultad de apreciar, en el estrecho margen temporal disponible, si la medida es o no necesaria; por ello entiende el Consejo de Estado que debe mantenerse como regla general. Ello no impediría, sin embargo, valorar la posibilidad de moderar levemente su aplicación, con carácter muy excepcional y caso a caso, cuando resulte evidente que la no imposición del alejamiento mejoraría extraordinariamente las posibilidades de resocialización del penado o, incluso, cuando esa resocialización sólo pueda lograrse exceptuando la preceptividad del alejamiento que, en todo caso, y por los motivos más arriba expuestos, debe seguir constituyendo la regla general.

Novena. Revisión del régimen de aplicación de las penas

La proyectada reforma legal penal también abarca al actual régimen de aplicación de las penas y afecta, entre otros extremos relevantes, al desenvolvimiento de la nueva pena de prisión permanente revisable. Por lo tanto, el Anteproyecto aborda en este punto al igual que se ha comentado ya en la anterior consideración de este dictamen, algunos extremos que completan el dibujo general que de esa nueva pena se examinó en un previo apartado de la presente consulta.

A) Determinación de la pena inferior en grado. El apartado 35º del artículo único del Anteproyecto da nueva redacción a los dos apartados del artículo 71 del Código Penal. Resulta errónea, por tanto, la indicación de que "se modifica el apartado 1 del artículo 71". Debería decir: "Se modifica el artículo 71".

En el apartado 1, relativo a la determinación de la pena inferior en grado, se conserva la disposición de que "los jueces o tribunales no quedarán limitados por las cuantías mínimas

señaladas en la Ley a cada clase de pena, sino que podrán reducirlas en la forma que resulte de la aplicación de la regla correspondiente", eliminándose el inciso final, en el que se precisaba que lo anterior no suponía la degradación a falta.

El Consejo General del Poder Judicial ha manifestado que la desaparición de este inciso, consecuencia de la eliminación de las faltas, deja sin solventar la cuestión de cuál será en estos casos la naturaleza del delito a efectos, por ejemplo, de la duración de las medidas previstas en el artículo 48, en relación con el artículo 57.1. Entiende el Consejo de Estado, sin embargo, que la nueva redacción no impide interpretar el precepto en el sentido de que la degradación penológica acordada al amparo de lo establecido en el mismo no implica, lógicamente, un cambio de naturaleza del delito cometido, que seguirá siendo grave, menos grave o leve en función de cuál sea la pena asociada al tipo.

En el apartado 2 de ese artículo, el Anteproyecto reemplaza la remisión que la redacción actual hacía a la sección 2ª del Capítulo II del Título III, incorporando los criterios de sustitución de las penas de prisión inferiores a tres meses por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente contenidos en la vigente redacción del artículo 88, al que se da, junto al resto de la referida sección 2ª, un nuevo contenido.

B) Nueva regulación del delito continuado. El Consejo de Estado coincide, en líneas generales, con las críticas que el Consejo General del Poder Judicial ha vertido en su informe en relación con la revisión del régimen del delito continuado que realiza el apartado 36º del artículo único del Anteproyecto, al dar nueva redacción al artículo 74 del Código Penal.

La principal objeción que cabe formular a la nueva redacción del artículo 74 radica en su falta de correspondencia respecto a los objetivos que, según la propia exposición de motivos del Anteproyecto, la reforma de esta figura persigue.

En relación con los supuestos de continuidad delictiva y de concurso de delitos, efectivamente, dice la parte expositiva del Anteproyecto (apartado IV) que la reforma tiene la finalidad de "evitar las consecuencias arbitrarias que se plantean en la actualidad, en la que la figura del delito continuado -a la que se ha ido renunciando en el Derecho comparado- conlleva la aplicación de unos límites penológicos que pueden dar lugar a penas arbitrarias en algunos supuestos de reiteración delictiva. Con esta finalidad, se limita la aplicación de la figura; y se revisa el sistema de fijación de las penas (...). De este modo se evita la situación actual, en la que de modo no infrecuente, la reiteración delictiva no tiene reflejo en la agravación de la pena ya impuesta por uno o varios delitos semejantes ya cometidos".

Nada hay que oponer, en primer término, a la nueva precisión de que las acciones u omisiones susceptibles de ser calificadas como delito continuado deben ser temporalmente cercanas, un requisito que precisa los contornos de la figura, y que ya viene exigiendo la jurisprudencia. Por el contrario, el requisito de la cercanía espacial, que también añade el Anteproyecto, no parece tan determinante como el temporal para la apreciación del elemento subjetivo o propósito unitario que define al delito continuado, y su exigencia podría implicar una excesiva limitación de la figura, dejando fuera de esta clasificación a acciones con una clara unidad de acción.

Mayores objeciones suscitan las nuevas reglas sobre la pena aplicable al delito continuado. En la vigente redacción del artículo 74.1 se dispone que su autor será castigado "con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado". En la redacción propuesta por el Anteproyecto, por el contrario, se prevé la imposición de "una pena superior a la pena mínima que habría sido impuesta en el caso concreto para la infracción más grave y que no exceda de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones". Al margen de este último límite, que resulta lógico, lo cierto es que la nueva regulación propuesta no parece que garantice los objetivos de agravación de la pena y de ausencia de arbitrariedad en su fijación que, según la exposición de motivos, se perseguían. Tal y como ha señalado el Consejo General del Poder Judicial, la reforma, "lejos de implicar un inexorable incremento del reproche penal, lo que posibilita es un mayor grado de discrecionalidad en la fijación de la pena, ya que los únicos límites que constriñen el arbitrio judicial consisten en la superación, siquiera sea en su más exigua expresión, de la pena mínima aplicable a la infracción más grave, y, por otro lado, que la pena finalmente

impuesta no exceda de la suma de las penas correspondientes a cada uno de los delitos que integra la continuidad".

Lo anterior es especialmente cierto cuando se trata de delitos continuados contra el patrimonio. El nuevo artículo 74.1 se limita a precisar que, en estos casos, "se impondrá la pena teniendo en cuenta el perjuicio total causado", eliminando las precisiones del vigente artículo 74.2, en el que se añade que "el Juez o Tribunal impondrá, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere perjudicado a una generalidad de personas". Al suprimirse la referencia expresa a esta posibilidad de agravación en estos casos de los denominados "delitos masa" se abre la puerta a una mayor arbitrariedad, contraria a los objetivos enunciados en la exposición de motivos.

A la vista de todo lo anterior, el Consejo de Estado considera que podría valorarse la posibilidad de una revisión de la regulación del delito continuado que propone el Anteproyecto.

Por último, no puede dejar de observarse, como hace el Consejo General del Poder Judicial, que la exclusión de las ofensas contra la indemnidad o la libertad sexual que hace la nueva redacción del artículo 74.2, aun debiendo ser positivamente valorada, puede resultar ineficaz en una multiplicidad de ocasiones, pues la jurisprudencia viene calificando como un solo delito aquellos casos en los que se producen varios ataques contra la libertad sexual de una misma persona en un mismo ámbito espacio-temporal, en una misma situación y como consecuencia de una pluralidad de acciones, por lo que -entiende- "no cabría hablar en estos casos ni de pluralidad de delitos ni de delito continuado, sino de uno solo que absorbe en la infracción penal más grave las que son menos" (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de diciembre de 2006). Si la voluntad del Anteproyecto es, como parece, evitar que los autores de este tipo de ataques contra la indemnidad o la libertad sexual de las personas puedan beneficiarse de las reglas del delito continuado, deberían modificarse al efecto los tipos penales correspondientes.

C) Nueva regulación del concurso de delitos. El Anteproyecto lleva también a cabo una revisión del régimen del concurso de delitos.

En primer lugar, el Anteproyecto introduce algunas modificaciones puntuales en la redacción de los apartados 1 y 2 del artículo 77, para adaptarlos al nuevo contexto de desaparición de las faltas. En esa adaptación se han cometido, no obstante, algunos errores formales, que deberían corregirse: en el apartado 1 se ha cambiado la referencia a "dos o más infracciones" por la de "dos o más delitos", pero a continuación se ha dejado el resto de la frase en femenino, referido a aquellas ("dos o más delitos, cuando una de ellas sea medio necesario para cometer la otra"); en el apartado 2 se ha optado por mantener el término "infracciones" sin sustituirlo, como en el apartado anterior, por el de delitos, lo que no resulta jurídicamente inexacto (otros artículos del Anteproyecto, de hecho, optan por la misma solución), pero resulta algo incongruente con la solución adoptada en el apartado 1.

El Anteproyecto no modifica la definición del concurso contenida en el apartado 1 ni las reglas aplicables al concurso ideal, ahora contenidas en el apartado 2, reproduciendo sin apenas cambios lo establecido al respecto en el vigente artículo 77. Se opta, sin embargo, por establecer un régimen diferenciado para el llamado concurso medial, ahora sometido a las mismas reglas que el concurso ideal. A estos efectos, se da nueva redacción al apartado 3 del artículo 77, disponiendo que, en el caso de concurso medial (cuando uno de los delitos cometidos constituya medio necesario para cometer el otro), "se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el Juez o Tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior".

Esta solución permitiría, tal y como indica la exposición de motivos, una mejor "individualización de la pena" en los concursos reales de carácter medial, pues, al hacerse únicamente referencia a "una pena superior en grado", el órgano judicial contará con un mayor margen de actuación para llevar a cabo esa individualización. Ahora bien, no hay que perder de vista que el resultado de la reforma sería la aplicación, al concurso ideal, de la

pena superior a la prevista para el delito más grave de los cometidos, en tanto que el concurso medial podría sancionarse con cualquier pena superior a la correspondiente, en el caso concreto, para ese mismo delito más grave. Al no preverse en el apartado 2, a diferencia del apartado 3, que la pena de referencia es "la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave", el concurso ideal podría resultar sancionado con una pena superior, pues para aplicar la regla del apartado 3 bastaría con elevar un mínimo la pena concreta aplicable, en ese caso, para la infracción más grave. A la vista de lo anterior, el Consejo de Estado considera que, si el objetivo del Anteproyecto en este punto fuese, como parece también deducirse del apartado IV de la exposición de motivos, "evitar las consecuencias arbitrarias que se plantean en la actualidad", el apartado 3 del artículo 77 debería prever la imposición de la pena "superior en grado" a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y no simplemente "una pena superior".

D) Acceso al tercer grado y suspensión de la pena en caso de penados por varios delitos, estando uno de ellos castigado con prisión permanente revisable. El apartado 41º del artículo único del Anteproyecto introduce en el Código Penal un nuevo artículo 78 bis, destinado a regular las condiciones para la progresión al tercer grado y la suspensión de la pena para los penados por varios delitos, cuando uno de ellos esté castigado con prisión permanente revisable.

Con carácter previo, cabe apuntar la existencia de una errata al comienzo del nuevo artículo, donde se repite dos veces "en los casos".

El nuevo precepto establece el número mínimo de años de prisión que el penado debe haber cumplido en cada uno de los distintos supuestos allí contemplados, número que depende de la combinación de penas que en cada caso se le hayan impuesto (apartado 1) y, en su caso, del tipo de delito cometido (en particular, si se trata de delitos de terrorismo, se agravan las condiciones: apartado 3). Para todos estos casos, el precepto establece también el mínimo de años de prisión que debe haber extinguido el penado para que se suspenda la ejecución del resto de la pena (apartado 2 y párrafo segundo del apartado 3).

Se perciben, sin embargo, algunas diferencias de criterio en la fijación de estos umbrales de cumplimiento respecto a las previsiones de otros artículos del Código, con el resultado de que en algunos casos se impone, para el acceso al tercer grado o la suspensión, un requisito de extinción de condena menos o igual de exigente que el establecido para supuestos de menor gravedad.

En primer lugar, algunas previsiones de los apartados 1 y 3 del nuevo artículo 78 bis podrían resultar contradictorias con la letra a) del párrafo segundo del artículo 78.2.

En la nueva redacción propuesta por el apartado 40º del artículo único del Anteproyecto, el artículo 78.2, reproduciendo en líneas generales lo previsto en la redacción vigente del artículo 78.3, establece que el acceso al tercer grado penitenciario para los presos condenados por delitos de terrorismo o cometidos en el seno de organizaciones criminales sólo se producirá "cuando quede por cumplir una quinta parte del límite máximo de cumplimiento de la condena". En el caso de que el penado en cuestión hubiese sido condenado por dos o más delitos de terrorismo y alguno de ellos esté castigado con prisión de más de 20 años (pero no prisión permanente revisable), el límite máximo de cumplimiento efectivo será, de acuerdo con el artículo 76.1.d) del Código, de 40 años, lo que implica que dicho condenado podría acceder al tercer grado una vez cumplidos 32 años de prisión (cuando queden por cumplir 8 años, la quinta parte de 40).

Si se va a continuación al nuevo artículo 78 bis, se observa que este establece un régimen menos o igual de exigente para el acceso al tercer grado de un condenado por varios delitos de terrorismo, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, cuando alguno de ellos haya sido castigado con pena de prisión permanente revisable, lo que evidentemente implica una mayor gravedad de los hechos que los sancionados en el caso contemplado en el artículo 78.2, del que quedarían excluidos los supuestos en que se haya impuesto una condena de prisión permanente revisable, dada la mayor especialidad del artículo 78 bis. De acuerdo con el apartado 3 de este nuevo artículo 78 bis, en el caso de autores de delitos de terrorismo, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento para el acceso al tercer grado de clasificación serán de: 24 años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos, uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente

revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años y sea inferior a 25 años; 32 años de prisión, cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total de 25 años. Solo en este último supuesto de imposición de, al menos, dos prisiones permanentes revisables, se llega al requisito general de 32 años de prisión para el acceso al tercer grado en delitos de terrorismo (artículo 78.2). Debería, pues, corregirse esta incoherencia, bien elevando los umbrales del artículo 78 bis.3, bien rebajando el establecido en el artículo 78.2, párrafo segundo, letra a).

En segundo lugar, la lectura del nuevo artículo 78 bis pone también de relieve la existencia de una incongruencia entre lo establecido en su apartado 2, letra a), que exige al penado condenado por varios delitos, cuando uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total de entre 5 y 25 años, haber extinguido un mínimo de 25 años de prisión para lograr la suspensión de la ejecución del resto de la pena, y lo dispuesto en el artículo 92.1.a) (en la nueva redacción dada por el apartado 53º del artículo único del Anteproyecto), que para la suspensión de la ejecución de la pena de prisión permanente revisable, en general (cuando no se acumule con otras o se acumule con penas de prisión que no excedan en total de cinco años, caso no contemplado en el artículo 78 bis) exige que el penado haya cumplido, en todo caso, veinticinco años de su condena. Se deja abierta, por tanto, la posibilidad de exigir los mismos años de prisión para la suspensión de varias penas, incluida una de prisión permanente revisable (pues se habla de "un mínimo de 25"), que los que en todo caso han de exigirse cuando únicamente se haya impuesto esta. De nuevo, tal desajuste debería corregirse, pues en otro caso podría llegarse a resultados en los que la imposición, junto a la prisión permanente revisable, de otras penas de prisión que pueden ser de hasta 25 años no tenga consecuencia alguna en las condiciones para la suspensión de la condena.

Décima. Revisión del régimen de suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad

Otro de los aspectos que la proyectada reforma penal aborda en relación con el vigente régimen de las penas es el relativo a su suspensión y sustitución, suscitando las previsiones del Anteproyecto diversos comentarios que pasan a formularse por separado.

A) Observaciones generales sobre el nuevo régimen de suspensión de las penas privativas de libertad. Otra de las grandes novedades del Anteproyecto sometido a dictamen radica en la profunda revisión de la regulación de la suspensión y la sustitución de las penas privativas de libertad que lleva a cabo.

Con la finalidad, dice la exposición de motivos, de dotar a esa regulación de "una mayor flexibilidad y facilitar una tramitación más rápida de esta fase inicial de la ejecución de las penas de prisión", el Anteproyecto introduce profundas modificaciones en el Capítulo III del Título III del Código Penal.

Además de modificar sustancialmente los criterios aplicables para conceder la suspensión, como después se verá, e introducir toda una serie de reformas de distinto alcance en la regulación de la suspensión, la sustitución y la libertad condicional, se elimina la actual distinción entre suspensión y sustitución de la pena con el objetivo de evitar decisiones sucesivas "que son objeto de reiterados recursos de reforma y apelación", de nuevo según palabras de la exposición de motivos. Se mantiene, por tanto, la figura de la suspensión, en su doble modalidad de suspensión ordinaria y suspensión para el caso de delincuentes drogodependientes, y la sustitución de la pena pasa a convertirse en una nueva modalidad de ese régimen unitario de suspensión.

El Consejo Fiscal observa en su informe que la motivación de la reforma plasmada en la exposición de motivos "adolece de cierta artificiosidad, pues la actual regulación de los institutos de la suspensión condicional y la sustitución de penas, tan estrechamente conectados, no impide al penado invocar en unidad de acto la aplicación de ambos, ni exime al juez o tribunal de la obligación de dar respuesta a ambas pretensiones, tal y como se reconoce en la STC 176/2007, de 23 de julio". Sin perjuicio de esta posibilidad, nada impide al legislador configurar ahora una suspensión de carácter unitario. No obstante, tal y como ha indicado el Consejo General del Poder Judicial, para que esa unicidad de concepto tenga reflejo en la práctica, la reforma penal proyectada debería ir acompañada de la

correspondiente reforma procesal, introduciéndose los cambios que sean necesarios en la Ley de Enjuiciamiento Criminal para hacer efectivos los objetivos indicados en la exposición de motivos.

B) Observaciones sobre la estructura del Capítulo III, Título III del Código Penal. Antes de analizar el contenido sustantivo de esta profunda reforma del régimen de suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad han de hacerse algunas observaciones en relación con la estructura del Capítulo III del Título III, que seguirá conteniendo las disposiciones en esta materia.

En primer lugar, ha de notarse que la propia rúbrica del Capítulo III, "Formas substitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad y de la libertad condicional", no parece adaptarse a la nueva configuración que el Anteproyecto pretende hacer de la suspensión y la sustitución, lo que llama la atención, dada la importancia que la exposición de motivos confiere a este cambio, y a la trascendencia que sin duda tiene al afectar a categorías tradicionales del Derecho Penal español. Para guardar coherencia con lo indicado en la parte expositiva del Anteproyecto, y en el propio contenido material de la reforma, el Capítulo debería titularse "Suspensión de las penas privativas de libertad y libertad condicional".

También debe revisarse la estructura del referido Capítulo III, que actualmente cuenta con cuatro Secciones: La Sección 1ª, "De la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad" (artículos 80 a 87); la Sección 2ª, "De la sustitución de las penas privativas de libertad" (artículos 88 y 89); la Sección 3ª, "De la libertad condicional" (artículos 90 a 93); y la Sección 4ª, "Disposiciones comunes" (artículo 94). El Anteproyecto sólo modifica esta estructura en su apartado 54º del artículo único, el cual dispone que "la Sección 4ª del Capítulo III del Título II del Libro I, "Disposiciones comunes", pasa a ser su Sección 3ª". Llama mucho la atención esta previsión, que transforma la Sección 4ª en Sección 3ª sin haber antes eliminado ninguna de las Secciones anteriores, pero desconcierta todavía más que se afirme enfáticamente querer subsumir la figura de la sustitución dentro del régimen común de la suspensión y que después se mantenga una sección con la rúbrica "De la sustitución de las penas privativas de libertad", máxime si se tiene en cuenta que el único precepto que estaría ya incluido en esa Sección (el artículo 88, pues el 89 se deroga expresamente y queda sin contenido) solo se refiere a un supuesto específico de sustitución, la denominada sustitución por expulsión del territorio español.

Debería, pues, mantenerse lo dispuesto en el apartado 54º del artículo único del Anteproyecto, pero suprimiéndose también la Sección 2ª y añadiéndose la previsión de que la Sección 3ª pasa a ser la nueva Sección 2ª del Capítulo, disposiciones que sí contenían anteriores versiones del Anteproyecto pero que parece haberse olvidado en la versión sometida a dictamen.

Se efectúen o no estos cambios, debería darse nueva redacción al artículo 94 a efectos de modificar la remisión que este hace a la Sección 2ª del Capítulo III a efectos de definir quiénes se consideran como "reos habituales" (bastaría con indicar "a los efectos previstos en este Capítulo"). Por otra parte, el párrafo segundo de este artículo contiene una referencia a la "sustitución de la pena conforme al artículo 88" que ya no parece correcta en atención al nuevo contenido de dicho artículo.

C) Régimen ordinario de suspensión. El apartado 42º del artículo único del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 80 del Código Penal, al que se incorporan las disposiciones sobre el régimen ordinario de suspensión de las penas privativas de libertad (no superiores a dos años o, en el caso contemplado en el apartado 6, no superiores a 5 años) ahora dispersas en distintos preceptos del Código, con importantes modificaciones.

1. Resolución de suspensión. El cambio más importante es el que afecta a los criterios que deben inspirar la resolución judicial de suspensión. Frente a la escueta redacción del vigente artículo 80.1, que únicamente prevé que "en dicha resolución se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra éste", la nueva redacción de ese apartado 1 dispone lo siguiente:

"Los Jueces o Tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el

penado de nuevos delitos. Para adoptar esta resolución, el Juez o Tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, la personalidad del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo por reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas".

La nueva redacción es, para empezar, mucho más exhaustiva, pero puede considerarse al mismo tiempo continuista e innovadora. Continuista, en la medida en que, si bien literalmente ya no se hace referencia, como en la redacción vigente, a la "peligrosidad criminal" del sujeto, en realidad dicho criterio se encuentra implícito en la referencia a su conducta posterior al hecho, sus circunstancias personales y sociales y los efectos que quepa esperar de la suspensión y de las medidas que en su caso se impongan. Innovadora, pues si bien el nuevo artículo 80.1 hace referencia a los "antecedentes" del sujeto, no se tendrán ya en cuenta -al menos formalmente- los procedimientos penales que puedan estar abiertos contra él, ni tampoco, según indica el apartado 2, condición 1ª, "los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros". Esta precisión insiste, por lo demás, en el criterio de la peligrosidad que, como se ha dicho, solo formalmente se ha eliminado del artículo 80. Con ella se autoriza al órgano judicial a ignorar aquellos antecedentes que, a su juicio, no resulten significativos de una tendencia futura a la reiteración del delito. A juicio del Consejo de Estado, se trata de una opción no exenta de riesgos para la seguridad jurídica pues, en ausencia de equipos técnicos de apoyo al juez o tribunal, la valoración de la peligrosidad entraña un alto grado de subjetividad, y cabe prever que se produzcan pronunciamientos heterogéneos para casos idénticos o similares. Por ello, sería más prudente limitar la discrecionalidad judicial con criterios objetivos: por ejemplo, por referencia a condenas por delitos menos graves de duración no superior a un año.

La referencia a "las circunstancias del hecho cometido" es, por otra parte, una mención que está en consonancia con la previsión del nuevo artículo 80.4, que, de conformidad con el principio de prevención general, establece que "no se suspenderá la ejecución de las penas privativas de libertad superiores a un año cuando aquélla resulte necesaria para asegurar la confianza general en la vigencia de la norma infringida por el delito". No obstante, y al margen de la defectuosa redacción de este precepto (el "aquélla" debería reemplazarse por "la pena"), cabe subrayar que resulta en cierta medida redundante, pues esta circunstancia aparece ya cubierta por el criterio de "las circunstancias del hecho cometido" contenido en el artículo 80.1, e innecesario, pues la suspensión de la pena es, en todo caso, una decisión judicial de carácter discrecional, y no un derecho del penado.

Por lo demás, entiende el Consejo de Estado que la toma en consideración de "la personalidad del penado", como indica el artículo 80.1, puede resultar inadecuada, salvo que se precise que debe fundarse en un informe psico-social de peligrosidad criminal, por ejemplo. En otro caso, sería preferible sustituir esa mención por la de "circunstancias personales" del penado (que se añadirían a sus circunstancias familiares y sociales). Así lo hace ya, por ejemplo, la nueva redacción del artículo 80.3.

Finalmente, el Consejo de Estado recuerda que este precepto debería expresamente precisar, de conformidad con lo que viene siendo exigido en la jurisprudencia constitucional, que la resolución por la que se acuerde o deniegue la suspensión deberá hacerse previa audiencia de las partes y del Ministerio Fiscal, pues dicha audiencia "constituye una exigencia constitucional ineludible que deriva directamente de la prohibición constitucional de indefensión (art. 24.1 CE)", siendo tal exigencia tanto más relevante en los casos en que lo que se dilucida es el cumplimiento efectivo de una pena de prisión mediante el ingreso del condenado en centro penitenciario (véase, en este sentido, la STC 248/2004, de 20 de diciembre de 2004, así como las sentencias del TEDH de 24 de octubre de 1979, asunto Winterwerp c. los Países Bajos, § 60; de 21 de octubre de 1986, caso Sánchez Reisse c. Suiza, § 12; de 12 de diciembre de 1991, asunto Toht c. Austria, § 84; de 23 de septiembre de 2004, asunto Kotsaridis c. Grecia, § 29).

2. Requisitos de la suspensión. El apartado 2 del artículo 80 regula las condiciones que deben cumplirse para que pueda acordarse la suspensión. Son, con algunas modificaciones, las contenidas actualmente en el vigente artículo 81 del Código Penal: que el condenado haya delinquirido por primera vez, que las penas impuestas no sean superiores a dos años, y que se

hayan satisfecho las responsabilidades civiles, previsión a la que ahora se añade la de que se haya hecho efectivo el comiso.

La satisfacción de la responsabilidad civil es la condición más afectada por la reforma, pues el Anteproyecto añade que "este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el comiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido". Actualmente, el artículo 81.3ª exige "que se hayan satisfecho las responsabilidades civiles que se hayan originado, salvo que el Juez o Tribunal sentenciador, después de oír a los interesados y al Ministerio Fiscal, declare la imposibilidad total o parcial de que el condenado haga frente a la misma", lo que introduce un sistema de comprobación previa que, según la exposición de motivos, "resulta ineficaz y poco ágil, y dificulta que las decisiones sobre la suspensión de la pena puedan ser adoptadas en el mismo momento en que se dicta sentencia". Por ello, el Anteproyecto aspira a "introducir un sistema inverso al actual", de modo que el pago de la responsabilidad civil siga siendo una de las condiciones para la suspensión, "pero es la ocultación de bienes o el hecho de no aportar información sobre los disponibles o de no facilitar el decomiso acordado lo que determina la revocación de la suspensión ya acordada", de acuerdo con la nueva redacción del artículo 86.1.4).

Pese a lo loable del objetivo de celeridad, cabe poner en cuestión la eficacia de la solución adoptada por el Anteproyecto, pues si el penado no procediese inmediatamente a la satisfacción de las responsabilidades civiles, la investigación de su situación patrimonial, al igual que ocurre en la actualidad, será inevitable a efectos de determinar si es "razonable esperar" -como indica la nueva redacción del artículo 80.2- que los citados compromisos económicos serán cumplidos. Otra solución, consistente en conceder la suspensión de forma sistemática, cualquiera que sea la situación económica del penado y sin perjuicio de una posterior revocación si se demostrase que no pagó habiendo podido hacerlo, no parece correcta, pues en tal caso la satisfacción de las responsabilidades civiles dejaría de ser, pura y simplemente, una condición para dejar en suspenso la ejecución de la pena, pese a lo establecido en el artículo 80.1.

3. Supuestos especiales de suspensión. El apartado 3 del artículo 80 pasa a regular una modalidad mixta de suspensión y sustitución semejante a la actualmente prevista en el segundo párrafo del artículo 88.1 del Código Penal. Dispone así la nueva redacción propuesta para el artículo 80.3 lo siguiente: "Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1ª y 2ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen. En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización del perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumplimiento de las prestaciones a que se refiere el número 1) del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refieren los números 2) o 3) del mismo precepto".

De esta forma, lo que el vigente artículo 88.1 configura como un caso de sustitución de una pena de prisión por una pena de multa y/o por trabajos en beneficio de la comunidad, con automatismo en cuanto a los módulos de sustitución (establecidos en el primer párrafo del artículo), pasa ahora a ser un supuesto de suspensión de la ejecución de la pena con imposición de una multa o de trabajos en beneficio de la comunidad (de forma alternativa), pero no en su condición de penas (reguladas en los artículos 49 y 50 a 53 del Código), sino como medidas del nuevo artículo 84, cuyas disposiciones (límites en los módulos de "sustitución") constituyen, en principio, el único límite a la decisión jurisdiccional sobre el importe de la multa o la duración de los trabajos. En línea con lo señalado en el informe del Consejo General del Poder Judicial, considera el Consejo de Estado que sería preferible limitar algo más el margen de discrecionalidad judicial en este punto, identificando criterios de conversión o, al menos, unos límites mínimos. Por otra parte, sería aconsejable unificar la terminología de este artículo 80.3 con la empleada en el referido artículo 84, pues resulta algo confuso identificar como "las prestaciones a que se refiere el número 1) del artículo 84" lo que este define como "el acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación".

4. Plazo de la suspensión. El apartado 43º del artículo único del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 81 del Código, que se dedica al plazo de suspensión de la ejecución de

la pena. El primer párrafo de este artículo pasa así a disponer que "el plazo de suspensión será de dos a cinco años para las penas privativas de libertad inferiores a dos años, y de tres meses a un año para las penas leves...".

En la medida en que la suspensión de la ejecución es únicamente aplicable respecto a las penas privativas de libertad, debería aclararse cuáles son las "penas leves" a que hace referencia este artículo; si se refiere a la localización permanente de un día a tres meses (artículo 33.4.g), que es la única pena privativa de libertad susceptible de ser calificada como pena leve, debería decirse expresamente.

Por otra parte, la referencia a "las penas privativas de libertad inferiores a dos años" podría reemplazarse por la de "penas privativas de libertad no superiores a dos años", en correspondencia con lo establecido en el artículo 80.1.

5. Prohibiciones y deberes a los que puede condicionarse la suspensión. El apartado 45º del artículo único del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 83 del Código Penal, en el que se enumeran las prohibiciones y deberes a cuyo cumplimiento puede condicionarse la suspensión de la ejecución de la pena "cuando ello resulte necesario para evitar el peligro de comisión de nuevos delitos".

La nueva redacción reproduce el elenco de deberes y prohibiciones ya contenido en el vigente artículo 83, añadiendo algunas novedades y modificaciones, respecto a las que cabe formular las siguientes observaciones: En primer lugar, el artículo recoge la "prohibición de aproximarse a la víctima o a aquéllos de sus familiares u otras personas que se determine por el Juez o Tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos" (1ª), y a continuación la de "establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando se trate de individuos de los que pueda sospecharse que pueden facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos" (2ª). El nuevo precepto no contempla, sin embargo, la imposición de una prohibición de comunicación con la víctima o sus familiares, a la que sí hace referencia el vigente artículo 83.2ª. Debería, por tanto, cubrirse este vacío en la versión final del Anteproyecto.

Asimismo, en la prohibición 1ª cabría mejorar la redacción en el siguiente sentido: "Prohibición de aproximarse a la víctima, sus familiares u otras personas que determine el Juez o Tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos"; y en la 2ª debería precisarse que las "sospechas" a las que hace referencia deben estar basadas en los hechos previstos en la sentencia pues, como ha observado el Consejo General de la Abogacía, "no es posible prohibir el contacto con terceras personas con ocasión de meras sospechas o conjeturas, no relacionadas en sentencia, bajo el pretexto de una protección del infractor".

El Anteproyecto incorpora también la posibilidad de imponer al penado el deber de "mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo sin autorización del Juez o Tribunal". El vigente artículo 83.3ª se refiere a la prohibición de "ausentarse sin autorización del juez o tribunal del lugar donde resida", formulación que cubre más claramente las ausencias ocasionales o temporales. Aunque cabría entender que estas están incluidas en el último inciso de la nueva redacción, podría precisarse que la prohibición de "abandonar" el lugar de residencia a la que se hace referencia se extiende también a ausencias temporales, con una redacción semejante a la siguiente: "mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente de él sin autorización del Juez o Tribunal".

Por último, podría completarse la nueva referencia al deber de "participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes" (7ª) con una mención a "otros comportamientos adictivos".

6. Mediación, multa o trabajos en beneficio de la comunidad como condiciones para la suspensión. El artículo 84, al que da nueva redacción el apartado 46º del artículo único del Anteproyecto, completa el elenco de condiciones a cuyo cumplimiento puede subordinarse la suspensión de la ejecución de la pena con otras tres "prestaciones o medidas": 1) el cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación; 2) el pago de una multa; y 3) la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, especialmente cuando

resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor.

La inclusión de estas tres medidas en un precepto distinto al artículo 83, donde con carácter general se enumeran las prohibiciones y deberes que pueden imponerse al penado en el momento de la suspensión, merece ser analizada.

Tal tratamiento independiente puede entenderse en el caso de la multa y de los trabajos en beneficio de la comunidad, que en la versión vigente del Código Penal son penas que pueden imponerse en el marco del instituto de la sustitución (artículo 88.1). En el Anteproyecto pasan a ser, aparentemente, simples "prestaciones o medidas" a imponer al condenado en el caso de suspensión de la ejecución de la pena, pero lo cierto es que su contenido punitivo sigue siendo muy intenso. Prueba de ello es el artículo 86.3 que, en la redacción dada por el Anteproyecto, prevé que, en el caso de revocación de la suspensión, "el Juez o Tribunal abonará a la pena los pagos y la prestación de trabajos que hubieran sido realizados o cumplidos conforme a sus apartados 2 y 3". Estas medidas conservan, por tanto, su carácter "sustitutivo" de la pena, y no puede ser de otra forma, pues lo contrario llevaría a resultados contrarios al principio de non bis in idem. Esta especial naturaleza punitiva justifica, por tanto, que la multa y los trabajos se incluyan en un artículo diferente.

Se entiende menos, por el contrario, la asimilación de estas dos "medidas" excepcionales a la consistente en el cumplimiento del acuerdo alcanzado en virtud de mediación, novedad que introduce el Anteproyecto, si no es porque tal deber se encuentra contemplado, junto con la imposición de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad, en el régimen excepcional de suspensión regulado en la nueva redacción del artículo 80.3. El número 1) del artículo 84, por tanto, podría formar parte de la lista del artículo 83, limitándose el artículo 84 a contemplar de forma independiente, por sus especiales características, la multa y los trabajos en beneficio de la comunidad.

Por otra parte, el precepto establece unos criterios orientadores para la imposición del pago de multa o de trabajos en beneficio de la comunidad. Lejos de los módulos de conversión o sustitución automáticos que prevé el vigente artículo 88.1, la nueva redacción del artículo 84 establece que corresponde al Juez o Tribunal determinar, en atención a las circunstancias del caso, la extensión de la multa o la duración de los trabajos, transformando los actuales módulos de conversión en límites máximos: la multa "no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión"; y la duración de los trabajos en beneficio de la comunidad no podrá exceder "de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión". Lo que antes era regla general se transforma así en máximo, con lo que la suspensión podría acordarse mediante la imposición del pago de una multa de cuantía inferior a la resultante con la aplicación del régimen todavía hoy vigente, o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad por un periodo más breve.

Ciertamente, la imposición de dichas prestaciones puede verse acompañada, siempre que sea proporcional, por otras prohibiciones o deberes de las incluidas en el artículo 83; sin embargo, si a esta atenuación del régimen de suspensión se une el hecho de que en principio, nada obsta a que toda la pena pendiente de suspensión pueda cumplirse con la medida sustitutoria de multa o trabajos, puede llegarse fácilmente a la conclusión de que el periodo de suspensión pierde gran parte de su eficacia disuasoria. Por esta razón, en línea con lo observado por el Consejo Fiscal en su informe, el Consejo de Estado entiende que sería conveniente limitar la aplicación de las medidas de multa o trabajos, de modo que su imposición sólo pueda comprender una porción de la pena suspendida (no más de la mitad o dos tercios del total de la condena, por ejemplo), dejando un remanente suficiente de pena suspendida que sólo se extinguiría al producirse la remisión. Igualmente, como propone el Consejo Fiscal, en los supuestos de violencia de género, la suspensión debería poder condicionarse a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad, pero no al pago de una multa, tal y como establece el tercer párrafo del vigente artículo 88.1. La imposición de una multa al penado podría, en estos casos, producir un efecto perjudicial, desde el punto de vista económico, para la víctima y otros miembros de la unidad familiar, efecto indirecto de la suspensión que sería conveniente evitar.

7. Modificación de la suspensión. El apartado 47º del artículo único del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 85 del Código Penal, introduciendo la posibilidad de modificar la decisión relativa a la suspensión de la ejecución de la pena para, a la vista de la modificación

de las circunstancias valoradas, imponer prohibiciones, deberes o prestaciones distintos de los inicialmente acordados, aplazar su cumplimiento o modificarlos.

El Consejo de Estado entiende que una modificación de las prohibiciones, deberes o medidas impuestas como condición para la suspensión de la pena sólo debería poder acordarse cuando el condenado las haya incumplido. Tal posibilidad se contempla, como después se verá, en el apartado 2 del nuevo artículo 86 del Código Penal, que permite acordar esa modificación, en lugar de la revocación de la suspensión, cuando solo se haya producido un incumplimiento que no sea "grave o reiterado". Fuera de tal supuesto, y tal y como indica el Consejo General del Poder Judicial, "la variación de las circunstancias que llevaron a un juicio positivo sobre la suspensión -y en consecuencia negativo de la peligrosidad del condenado-, y determinaron la imposición de determinados deberes u obligaciones, podrá justificar la eliminación o minoración de las reglas de conducta impuestas si aquella variación pone de manifiesto que la peligrosidad del penado ha desaparecido; o cuando por la modificación de sus circunstancias personales, familiares o económicas las reglas de conducta resulten excesivas o desproporcionadas -en palabras del artículo 83-. Pero tal modificación de circunstancias (...) no puede justificar una agravación de las reglas de conducta condicionantes de la suspensión de la pena concedida, cuando el penado esté cumpliendo las impuestas, pues ante tal obediencia lo único que le cabe esperar es la remisión definitiva llegado el término de la suspensión...".

8. Revocación de la suspensión. El apartado 48º del artículo único modifica el artículo 86, que se dedica ahora a la revocación de la suspensión, sometiéndola a condiciones más estrictas. Así, por ejemplo, la comisión de cualquier nuevo delito durante el periodo de suspensión no basta ya para revocar la misma, pues se exige que "ello ponga de manifiesto que la expectativa en que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida". Asimismo, el incumplimiento de los deberes y prohibiciones del artículo 83, o de las medidas del artículo 84, deberá ser "grave y reiterado" para dar lugar a la revocación de la suspensión; si existiera un incumplimiento, pero no reuniera dichas características, la revocación deja paso a la imposición de nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, a la modificación de las ya impuestas, o a la prórroga del plazo de suspensión (artículo 86.2).

El Anteproyecto parece, por tanto, perseguir el objetivo de facilitar que el penado conserve, en la medida de lo posible, su situación de suspensión de la pena, limitando la revocación de la misma a casos extremos. A juicio del Consejo de Estado, una medida de estas características puede ser valorada positivamente, máxime si se tiene en cuenta que la suspensión es una medida reservada a delincuentes primarios u ocasionales con un bajo perfil de peligrosidad. Sin embargo, ha de observarse que una modificación de esta relevancia en el régimen de la revocación de la suspensión debería hacerse constar en la exposición de motivos y en la Memoria que acompaña al Anteproyecto, con indicación expresa de la finalidad que con ella se persigue y de los motivos que la informan.

Sin perjuicio de lo anterior, ha de resaltarse que el artículo 86.1.1 prevé la revocación de la suspensión siempre que el penado "cometa un nuevo delito durante el periodo de suspensión". A falta de otra previsión en contrario, esta previsión podría incluir el supuesto de que aquél cometiese un delito leve o imprudente, supuestos que el artículo 80, al regular la suspensión de la ejecución, excluye expresamente de aquellos delitos cuya anterior comisión impide obtener el beneficio. Lo anterior da pie a plantearse, por tanto, la compatibilidad de lo establecido en ambos preceptos, cuya redacción debería revisarse, dados los problemas de interpretación que en otro caso podrían generarse.

Por lo demás, el Anteproyecto prescinde, en la regulación de la revocación, del tratamiento diferenciado que en la actualidad se da a las penas por delitos relacionados con la violencia de género. De acuerdo con lo establecido en el vigente artículo 84.2, en estos casos, cualquier incumplimiento de algunas de las prohibiciones o deberes (alejamiento y programas formativos, en líneas generales) determina automáticamente la revocación de la suspensión. El Consejo de Estado considera que debería reconsiderarse el sometimiento de estos supuestos al nuevo régimen general de suspensión, en el que sería necesario, por ejemplo, un incumplimiento "grave y reiterado" de la obligación de no aproximarse a la víctima para que pudiera revocarse la suspensión, y un quebrantamiento puntual de la obligación de alejamiento sólo daría lugar a la modificación de las prohibiciones o deberes impuestos. Las especiales características de estos delitos, en los que no es raro que el

penado disfrute de una suspensión, por tratarse mayoritariamente de delincuentes primarios, pero en los que una violación puntual de la obligación de alejamiento tiene con frecuencia un resultado fatal, podrían aconsejar aplicarles el régimen especial de revocación previsto en la vigente redacción del Código Penal.

9. Remisión de la pena tras la suspensión. El apartado 49º del artículo único del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 87 del Código Penal, que pasa a regular las condiciones que deben cumplirse para que pueda acordarse la remisión de la pena, reproduciendo, con algunos cambios, las previsiones contenidas en los vigentes artículos 85.2 y 87.5.

En línea con la observación ya realizada en relación con el artículo 86.1.1, debe aquí de nuevo subrayarse la falta de articulación que parece existir entre el artículo 80.2.1ª que, como se vio, excluye los delitos leves y los imprudentes de entre aquellos que impiden obtener el beneficio de suspensión de la condena, y el artículo 87.1 y 2, que se refieren a la remisión de la pena "transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber delinquido el sujeto", sin ninguna precisión adicional. Para evitar dificultades interpretativas, sería necesario aclarar si el silencio del prelegislador en este punto se debe a la voluntad de someter la remisión de la condena a condiciones distintas de las impuestas para acceder a la concesión de la suspensión.

Por otra parte, en su tercer apartado, el nuevo artículo 87 pasa a disponer lo siguiente: "El Juez o Tribunal acordará la revocación de la suspensión y ordenará la ejecución de la pena conforme a lo dispuesto en el apartado 1) del artículo 86.1, cuando el penado hubiera sido condenado con posterioridad a la finalización del plazo de suspensión por un delito cometido con anterioridad a la misma. En este caso, la revocación de la suspensión solamente podrá ser acordada si no hubiera transcurrido más de un año desde la terminación del plazo de suspensión, y deberá acordarse dentro del plazo de seis meses desde la firmeza de la sentencia de condena". Con carácter previo, cabe observar que, en la medida en que este apartado 3 contempla un supuesto específico de revocación de la suspensión, tendría mejor acomodo en el artículo 86. Sin perjuicio de lo anterior, el Consejo de Estado debe cuestionar la conveniencia de una medida de revocación de la suspensión que interviene con posterioridad a la finalización del plazo de la misma.

10. Sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio español. El apartado 50º del artículo único del Anteproyecto lleva a cabo una completa revisión del régimen de sustitución de la pena de prisión por expulsión del territorio español en el caso de penados que no sean de nacionalidad española.

Esta posibilidad, actualmente regulada en el vigente artículo 89 del Código Penal, es la única modalidad de sustitución de penas propiamente dicha que conserva el Anteproyecto, que introduce en su régimen de aplicación importantes novedades. Se da para ello nueva redacción al artículo 88, derogando el vigente artículo 89, que quedaría sin contenido.

a) El tipo de penas que puede ser objeto de sustitución. De entre las novedades que propone el Anteproyecto en esta materia cabe destacar, en primer lugar, la relativa al tipo de penas que pueden ser objeto de sustitución. En el vigente artículo 89 del Código Penal, se prevé la sustitución por expulsión de todas las penas privativas de libertad inferiores a seis años (apartado 1), en tanto que las penas superiores a seis años deberán cumplirse al menos en sus tres cuartas partes o hasta obtener el tercer grado, pudiendo entonces sustituirse por expulsión el resto de la pena que quedase por cumplir (apartado 3). El Anteproyecto, en cambio, extiende la posibilidad de sustitución por expulsión a todas las penas de prisión de más de un año (nuevo artículo 88.1), pero cuando la pena fuese de más de tres años se prevé que el Juez acuerde "la ejecución de todo o parte de la pena, en la medida en que resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito" (nuevo artículo 88.2).

La exclusión de las penas inferiores a un año, por una parte, resulta coherente con lo establecido en el artículo 57.2 de la Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España y su integración social, que permite acordar la expulsión administrativa cuando el extranjero "haya sido condenado, dentro o fuera de España, por una conducta dolosa que constituya en nuestro país delito sancionado con pena privativa de libertad superior a un año, salvo que los antecedentes penales hayan sido

cancelados". Por otra parte, tal y como ha indicado el Consejo General del Poder Judicial, el hecho de que el límite de la expulsión sustitutiva sin previo cumplimiento pase de seis a tres años resulta adecuado "en atención a la modificación de la penalidad de los delitos de tráfico de sustancias estupefacientes operada por LO 5/2010, de 22 de junio, que vino a establecer como pena del tipo básico de tráfico de drogas con sustancias que causa grave daño a la salud, la pena de prisión de tres a seis años". Este tipo de consideraciones, especialmente pertinentes, deberían no obstante figurar en la Memoria que acompaña al Anteproyecto, para una mejor justificación de las reformas que este propone.

b) El automatismo en la sustitución por expulsión. El nuevo artículo 88.1 y 2 suscita, no obstante, algunas dudas cuando se observan conjuntamente dichos apartados con el primer párrafo del apartado 3, en el que se contemplan las razones que permitirían no sustituir la pena por expulsión: "no procederá la sustitución cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada".

Ciertamente, la redacción de este nuevo apartado 3, más concreta que la del vigente artículo 89, permitiría afirmar que el Anteproyecto lleva a cabo una aparente eliminación del carácter preceptivo que a la sustitución por expulsión parece atribuir el vigente artículo 89 del Código Penal. Y es que, aunque el Anteproyecto sigue configurando la expulsión como la regla general (de hecho, el artículo 88.1 dice que las penas "serán sustituidas"), esta puede excepcionarse en los supuestos contemplados en el apartado 3, más precisos que la abstracta referencia del vigente artículo 89.1 y 3 a que el Juez o Tribunal, "de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España". Se introduce expresamente, en definitiva, el criterio de la proporcionalidad que debe presidir la decisión del órgano jurisdiccional, junto a los demás elementos que deberán inspirar esta, sin perjuicio de reconocerle un adecuado margen de discrecionalidad, que permita conciliar la citada decisión con el necesario respeto a los derechos fundamentales de la persona del penado que pueden estar en cuestión en estos casos.

En una primera aproximación, esta modificación merece ser positivamente valorada, en la medida en que está dirigida a disminuir la preceptividad de la sustitución y a recordar que su adopción debe respetar, entre otros, el criterio de la proporcionalidad. Como ya se indicó en el dictamen de 29 de octubre de 2010, la propia jurisprudencia (SSTS de 8 de julio, 28 de octubre y 21 de diciembre de 2004, de 24 de julio de 2006, de 11 de octubre de 2005, de 17 de diciembre de 2008 y de 29 de junio de 2012, entre otras muchas) viene manifestándose en contra del automatismo en la aplicación del artículo 89 del Código Penal, y a favor de 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. Moustaquim), 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.

Ahora bien, la regulación proyectada, aun presentando esta importante ventaja, tiene el defecto de que no da cabida a otras circunstancias, distintas de los derechos del propio penado, pero que también podrían justificar el cumplimiento de la pena en España. En otras palabras, el Anteproyecto prevé la no aplicación de la expulsión sustitutiva cuando resulte desproporcionada para el penado, pero no cuando sea conveniente por motivos de prevención general, esto es, por emplear la propia expresión del Anteproyecto, cuando "resulte necesario para asegurar la defensa del orden jurídico y restablecer la confianza en la vigencia de la norma infringida por el delito", circunstancia que el artículo 88.2 invoca a efectos de modular el tiempo de una condena superior a tres años que puede cumplirse con expulsión sustitutiva, pero no a efectos de excluir de plano y en cualquier caso tal sustitución, en particular cuando se trate de penas de entre uno y tres años. Esta posibilidad, por el contrario, sí estaría contemplada en la vigente formulación del artículo 89.1 y 3,

cuando hace referencia a que el Juez o Tribunal exceptúe la sustitución cuando "de forma motivada, aprecie razones que justifiquen el cumplimiento de la condena en un centro penitenciario en España". A la vista de todo lo anterior, el Consejo de Estado entiende que debería reconsiderarse la redacción del párrafo primero del artículo 88.3, pues la propuesta por el Anteproyecto podría dar lugar a situaciones en las que la expulsión generase una sensación de impunidad contraria al objetivo de defensa del orden jurídico arriba mencionado.

c) La eliminación de la audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal. En otro orden de cosas, hay que destacar que el Anteproyecto elimina, en la nueva redacción del artículo 88 (apartados 1 y 2), la audiencia al Ministerio Fiscal y a las restantes partes personadas, que sí se contempla en el vigente artículo 89 (apartados 1 y 3). A juicio del Consejo de Estado, la eliminación de este trámite no se ha justificado suficientemente, y las partes y el Ministerio Fiscal deberían poder expresar su opinión en relación con la adopción de esta importante decisión de sustitución de la pena por expulsión.

d) El tipo de extranjeros a los que alcanza la expulsión. Pero la principal novedad que introduce el Anteproyecto en esta nueva redacción del artículo 88 radica en el hecho de que la expulsión sustitutiva puede alcanzar a cualquier extranjero, y no únicamente a aquellos que no residan legalmente en España, como ocurre en la actualidad. Esta modificación plantea importantes interrogantes, en la medida en que la expulsión penal pueda afectar a ciudadanos de la Unión Europea o sus familias que, como es sabido, disfrutaban del derecho a residir y desplazarse libremente por el territorio de la Unión.

El Anteproyecto trata de responder a esta objeción al introducir, en el apartado 3 del artículo 88 del Código Penal, la cautela de que "cuando se trate de un ciudadano de la Unión Europea solamente procederá su expulsión cuando el delito cometido, a la vista de sus circunstancias personales y sus antecedentes, ponga de manifiesto la existencia de una probabilidad elevada de comisión en el futuro de nuevos delitos por los que se pueda imponer una pena de más de tres años de prisión". Por las razones que a continuación se expondrán, esta precisión no resulta, a juicio del Consejo de Estado, suficiente para garantizar el respeto a las previsiones del Derecho de la Unión Europea en esta materia.

Las condiciones de ejercicio de los citados derechos de libre circulación y residencia (consagrados en el artículo 20.2.a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea), y sus eventuales limitaciones, se regulan en la Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros. De conformidad con el artículo 27.1 de esta Directiva, "los Estados miembros podrán limitar la libertad de circulación y residencia de un ciudadano de la Unión o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, por razones de orden público, seguridad pública o salud pública", razones que "no podrán alegarse con fines económicos". Además, de acuerdo con el artículo 27.2, "las medidas adoptadas por razones de orden público o seguridad pública deberán ajustarse al principio de proporcionalidad y basarse exclusivamente en la conducta personal del interesado. La existencia de condenas penales anteriores no constituirá por sí sola una razón para adoptar dichas medidas. La conducta personal del interesado deberá constituir una amenaza real, actual y suficientemente grave que afecte a un interés fundamental de la sociedad. No podrán argumentarse justificaciones que no tengan relación directa con el caso concreto o que se refieran a razones de prevención general".

A continuación, la Directiva 2004/38 contempla específicamente las condiciones en que un Estado miembro puede adoptar una decisión de expulsión del territorio nacional respecto a un ciudadano europeo o a un miembro de su familia. El artículo 28.1 dispone que, antes de tomar una decisión de este tipo por razones de orden público o seguridad pública, "el Estado miembro de acogida deberá tener en cuenta, en particular, la duración de la residencia del interesado en su territorio, su edad, estado de salud, situación familiar y económica, su integración social y cultural en el Estado miembro de acogida y la importancia de los vínculos con su país de origen". Hasta aquí, las condiciones de motivación exigidas por la Directiva 2004/38 respecto de la decisión de expulsión no distan mucho de las cautelas contenidas en los dos párrafos del nuevo apartado 3 del artículo 88 (el primero aplicable respecto a

cualquier extranjero; el segundo específico, como se indicó, respecto a ciudadanos de la Unión Europea).

Sin embargo, ha de tenerse en cuenta que el artículo 28 de la Directiva añade también, en su apartado 2, que "el Estado miembro de acogida no podrá tomar una decisión de expulsión del territorio contra un ciudadano de la Unión Europea o un miembro de su familia, independientemente de su nacionalidad, que haya adquirido un derecho de residencia permanente en su territorio, excepto por motivos graves de orden público o seguridad pública", y el apartado 3 dispone que "no se podrá adoptar una decisión de expulsión contra un ciudadano de la Unión, excepto si la decisión se basa en motivos imperiosos de seguridad pública tal que definidos por los Estados miembros, cuando éste: a) haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores, o b) sea menor de edad,..." (subrayados añadidos). Las anteriores previsiones resultan aplicables tanto a una expulsión administrativa como, en virtud de la remisión que efectúa el artículo 33 de la Directiva 2004/38, cuando la orden de expulsión tenga carácter penal. En resumen, por tanto, el Derecho de la Unión Europea condiciona la legalidad de la expulsión de ciudadanos europeos a la invocación de "motivos graves de orden público o seguridad pública", o incluso a "motivos imperiosos" si el interesado ha residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores a la decisión de expulsión.

En la medida en que el Anteproyecto no efectúa ninguna diferencia entre las condiciones para la expulsión penal de un ciudadano de la Unión que supere los diez años de residencia en España a que hace referencia la Directiva y la de aquellos que no cumplan tal requisito, asimilando totalmente ambos grupos (es más, el factor de la residencia tendrá en la decisión de expulsión de un ciudadano de la Unión el mismo peso que para la decisión de expulsión del nacional de un tercer Estado), la compatibilidad de la nueva redacción del artículo 88 con las disposiciones de la Directiva ha de hacerse por referencia al régimen más estricto de los establecidos en la Directiva, por el que se exige la invocación de "motivos imperiosos de orden público o seguridad pública".

De acuerdo con una abundante jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, "si bien, esencialmente, los Estados miembros disponen de libertad para definir, con arreglo a sus necesidades nacionales, que pueden variar de un Estado miembro a otro y de una época a otra, las exigencias de orden público y de seguridad pública, no obstante tales exigencias, en particular como justificación de una excepción al principio fundamental de la libre circulación de las personas, deben interpretarse en sentido estricto, de manera que su alcance no puede ser determinado unilateralmente por cada Estado miembro sin control de las instituciones de la Unión Europea" (véanse, en particular, las sentencias de 10 de julio de 2008, Jipa, C-33/07, Rec. p. I-5157, apartado 23; de 17 de noviembre de 2011, Gaydarov, C-430/10, apartado 32, y Aladzhov, C-434/10, apartado 34; y de 22 de mayo de 2012, P.I., C-348/09, apartado 23).

Hasta el momento, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha tenido ocasión de acotar el concepto de "motivos imperiosos de seguridad pública" del artículo 28, apartado 3, de la Directiva 2004/38, por referencia a la comisión de dos tipos de delitos: la lucha contra la criminalidad asociada al tráfico de estupefacientes mediante banda organizada (sentencia de 23 de noviembre de 2010, Tsakouridis, C-145/09), así como las "infracciones penales extremadamente graves que lesionan intereses individuales jurídicamente protegidos como la autonomía sexual, la vida, la libertad o la integridad física, cuando existe un elevado riesgo de que reincidan cometiendo otras infracciones de naturaleza semejante" (sentencia de 22 de mayo de 2012, P.I., C-348/09). En ambos casos, la comisión de este tipo de delitos podría justificar, dice el Tribunal, una medida de expulsión de un ciudadano de la Unión que haya residido en el Estado miembro de acogida durante los diez años anteriores, siempre que "la forma de comisión de tales infracciones presente características especialmente graves, extremo éste que incumbe verificar al tribunal remitente basándose en un examen individualizado del asunto del que conoce". Por otra parte, tal y como tiene declarado la jurisprudencia arriba citada, "al someter toda medida de expulsión en los supuestos a que se refiere dicha disposición a la concurrencia de "motivos imperiosos" de seguridad pública, concepto que es considerablemente más estricto que el de "motivos graves", en el sentido del apartado 2 de este artículo, el legislador de la Unión ha pretendido claramente circunscribir las medidas fundadas en dicho apartado 3 a "circunstancias excepcionales", como se advierte en el vigesimocuarto considerando de dicha Directiva". El concepto de

"motivos imperiosos de seguridad pública" "supone no sólo la existencia de menoscabo de la seguridad pública, sino, además, que tal menoscabo presente un nivel particularmente elevado de gravedad, como lo refleja el uso de la expresión "motivos imperiosos" (sentencia Tsakouridis, antes citada, apartados 40 y siguientes; sentencia P.I., apartados 19 y siguientes).

La jurisprudencia ha aplicado el concepto de "motivos imperiosos de orden público o seguridad pública", en definitiva, a delitos de una extremada gravedad. El Anteproyecto, sin embargo, permite en todo caso la expulsión en casos en que el delito cometido ha sido castigado con penas de prisión de más de tres años de duración, con lo que podrían incluirse en su ámbito de aplicación delitos que están lejos de presentar las "características especialmente graves" que exige la jurisprudencia europea. El hecho de que, en el caso de ciudadanos de terceros Estados, la expulsión sea posible también para delitos de menor gravedad no implica de por sí que la expulsión de ciudadanos de la Unión sólo pueda hacerse por motivos "graves" o "imperiosos". La mera consideración de este elemento del ámbito de aplicación de la medida podría llevar, por sí mismo, a la conclusión de que el Anteproyecto no garantiza que en todos los casos los motivos de orden público o seguridad pública invocados serán "imperiosos", ni tan siquiera "graves", tal y como exige la Directiva 2004/38. El tenor literal del artículo 88 implica, desde este punto de vista, un elevado grado de inseguridad jurídica que hace al precepto incompatible con el Derecho de la Unión.

A la vista de lo anterior, el Consejo de Estado considera que las previsiones del artículo 88.3, párrafo segundo, del Código Penal, en la redacción propuesta por el Anteproyecto, no resultan suficientes para garantizar que la expulsión penal sustitutiva de penas de prisión impuestas a ciudadanos de la Unión Europea respetará en todo caso las condiciones establecidas al efecto en la normativa de la Unión. Dicho párrafo introduce un criterio de proporcionalidad no muy distinto al exigible para la expulsión penal de nacionales de terceros Estados y, pese a la limitación de su ámbito de aplicación a delitos algo más graves (sancionados con penas de más de tres años de prisión, en lugar de uno), está muy alejado de la estricta exigencia de invocación de motivos graves o, en su caso, imperiosos, de orden público o seguridad pública. Si se decidiese mantener el criterio de aplicar la expulsión penal sustitutiva a ciudadanos europeos (decisión que, por lo demás, no aparece suficientemente explicada ni motivada en la Memoria ni en la exposición de motivos), el referido precepto habrá de ser objeto de una nueva redacción que verifique las condiciones exigidas en la Directiva 2004/38.

Para finalizar con este punto, cabe realizar una última precisión. Y es que parece evidente que una expulsión sustitutiva, medida frente a la que le estaría "protegiendo" el Derecho de la Unión Europea, podría en muchos casos resultar más beneficiosa para el condenado que el cumplimiento de una pena de prisión en España. Sin embargo, y más allá del debate sobre la renunciabilidad de los derechos que comporta la ciudadanía europea, entiende el Consejo de Estado que la expulsión, aun voluntaria, de ciudadanos europeos condenados en España a penas de prisión podría ser contraria al principio de cooperación leal entre los Estados miembros que consagra el artículo 4.3 del Tratado de la Unión Europea, pues no ha de olvidarse que dicha expulsión implica situar al delincuente, en situación de libertad total, en la frontera de su país de origen.

A la vista de que los reparos anteriormente avanzados están conectados con el cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, la observación que se formula en el presente apartado d) tiene carácter esencial a efectos de lo dispuesto en el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado, aprobado por el Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, sin perjuicio del amplio margen del que se dispone para atenderla.

e) La transgresión de la expulsión y el ingreso en centro de internamiento. En fin, el Consejo de Estado quiere reiterar dos observaciones que ya formuló en su dictamen de 29 de octubre de 2009, y que afectan a sendas cuestiones en las que el Anteproyecto ahora dictaminado no hace sino reproducir lo establecido en el vigente Código Penal y en el Anteproyecto dictaminado en 2009: se trata de las previsiones del nuevo artículo 88.6 sobre los efectos de la transgresión por el extranjero expulsado de la prohibición de regreso a España (vigente artículo 89.4), y de las reglas, que ahora pasarían al artículo 88.7, sobre ingreso en un centro de internamiento de extranjeros con carácter cautelar (vigente artículo 89.6).

Por lo que respecta a la primera de las dos cuestiones reseñadas, cabe de nuevo objetar al hecho de que el Anteproyecto no contemple ningún mecanismo para que, en atención al tiempo transcurrido - y, por consiguiente, al 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.

Por lo que respecta al régimen de internamiento cautelar, previsto en el nuevo artículo 88.7, ya en el citado dictamen de 29 de octubre de 2009 se planteó "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"", recomendándose "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".

11. Régimen de la libertad condicional: modificación de los artículos 90, 91 y 92. La proyectada reforma legal penal alcanza a varios extremos del actual régimen de la libertad condicional.

a) La nueva naturaleza jurídica de la libertad condicional. Se propone asimismo en el Anteproyecto una modificación del régimen de la libertad condicional que, aunque no afecta en gran medida a sus presupuestos de aplicación, implica un profundo cambio de naturaleza jurídica para esta institución.

Así, el Anteproyecto comienza por caracterizar la libertad condicional como una más de las modalidades de suspensión de la ejecución de la pena, que afectaría a la parte de ésta pendiente de cumplimiento. De acuerdo con esta idea, la nueva redacción del artículo 90.1 del Código Penal dice expresamente que el Juez de Vigilancia Penitenciaria "acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado", formulación que no se utiliza en la versión vigente del Código Penal.

Pero este cambio de configuración jurídica de la libertad condicional no solo afecta al lugar donde se sitúa su regulación en el Código Penal o a la forma en que se hace referencia a la misma, sino que constituye una verdadera transformación de su naturaleza jurídica, con importantes consecuencias prácticas.

En primer lugar, la nueva caracterización de la libertad condicional lleva consigo la aplicación de las reglas sobre cómputo del plazo de suspensión (artículo 82.2), prohibiciones y deberes a las que se puede condicionar (artículo 83), posibilidad de modificación de las condiciones por alteración sobrevenida de las circunstancias (artículo 85) y revocación de la suspensión (artículo 86), tal y como se desprende de la remisión que expresamente efectúa la nueva redacción del artículo 90.5 del Código Penal.

En segundo lugar, considerar la libertad condicional como una modalidad de la suspensión permite aplicar la nueva regla de que el tiempo transcurrido en libertad condicional no sea computado como tiempo de cumplimiento de la condena, en el caso de que, como consecuencia de la revocación de aquélla, haya que proceder a ejecutar la parte de la pena aún pendiente de cumplimiento (artículo 90.6 del Código Penal, en la redacción del Anteproyecto; en sentido contrario, el vigente artículo 93.1).

Difícilmente cabría mantener tras esta reforma, pues, como ahora hace el artículo 72.1 de la Ley Orgánica General Penitenciaria, que la libertad condicional sea el último grado o fase del sistema de ejecución de las penas privativas de libertad, según el sistema de individualización científica. Para que la legislación penitenciaria sea acorde con la nueva legislación penal, por tanto, el Anteproyecto debería prever una modificación de esa caracterización legal.

Una lectura atenta de la exposición de motivos puede llevar a la conclusión de que este cambio de naturaleza jurídica está precisamente motivado por la decisión de no computar el tiempo en libertad condicional como tiempo de cumplimiento de condena, pues la única referencia expresa que esa parte expositiva del Anteproyecto hace a la nueva configuración

de la libertad condicional se expresa en los siguientes términos: "por esta razón, el régimen de la libertad condicional pasa a estar regulado, en gran parte, por remisión a la regulación de la suspensión de la ejecución de la pena". A la vista de este inciso, y del silencio que guarda el resto del Anteproyecto y la propia Memoria justificativa, cabe razonablemente preguntarse si el cambio de naturaleza de la libertad condicional que postula el Anteproyecto, que podría afectar a algunos de los tradicionales conceptos del Derecho Penal y Penitenciario español con la consiguiente desorientación de los operadores jurídicos, resultaba indispensable para lograr los principales objetivos perseguidos. A este respecto cabe recordar que una previsión semejante se contiene ya, bien es cierto que para el ámbito limitado de los delitos de terrorismo, en el vigente artículo 93.3 del Código Penal, sin que la introducción de esta regla (que se realizó mediante la modificación del Código operada por Ley Orgánica 7/2003, de 30 de junio) obligase a alterar la naturaleza y regulación general de la institución de que aquí se trata. A lo anterior cabe añadir, por último, que el cambio consistente en la falta de cómputo del tiempo pasado en libertad condicional podría plantear graves problemas prácticos desde la perspectiva de la retroactividad de la ley penal más favorable al reo, problemas particularmente difíciles de solucionar en un sistema que gravita sobre una unidad de ejecución o tratamiento que puede englobar penas impuestas en diversas condenas y por hechos cometidos también en distintos momentos temporales.

b) La competencia del Juez de Vigilancia Penitenciaria. En primer lugar, el Anteproyecto incurre en una cierta indecisión cuando se trata de determinar el órgano competente para adoptar las distintas decisiones relativas a la libertad condicional. En pura lógica, y esta es la solución consagrada hoy en el Código Penal y en el artículo 76.2.b) de la Ley Orgánica General Penitenciaria, esta competencia corresponde a los Jueces de Vigilancia Penitenciaria que, en la medida en que efectúan todo el seguimiento de la ejecución de la pena, son quienes disponen de mejor información sobre los distintos elementos que, de acuerdo con la Ley, han de valorarse a efectos de la concesión o la revocación de aquella.

Siendo este un elemento aparentemente tan claro del régimen de la libertad condicional, resulta sorprendente que el Anteproyecto, tras disponer claramente al comienzo del artículo 90.1 que "el Juez de Vigilancia Penitenciaria acordará la suspensión de la ejecución del resto de la pena de prisión y concederá la libertad condicional al penado" y reafirmar esta competencia, en relación con otras decisiones, en los artículos 90.3, 90.4 y 90.5, se refiera al "Juez o Tribunal" (cabe entender que sentenciador) en el segundo párrafo del artículo 90.1, en el segundo párrafo del artículo 90.2, el artículo 90.7 y en el artículo 91.1 y 2. Debería, por tanto, aclararse cuál es el órgano competente en todos estos casos.

c) La eliminación del informe pronóstico. La letra c) del artículo 90.1 exige, para acordar la suspensión, que el penado "haya observado buena conducta", sin referencia alguna al "informe pronóstico final" del artículo 67 de la Ley Orgánica General Penitenciaria. En su lugar, el párrafo segundo del precepto establece que "para resolver sobre la suspensión de la ejecución del resto de la pena y concesión de la libertad condicional, el Juez o Tribunal valorarán la personalidad del penado, sus antecedentes, las circunstancias del delito cometido, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse afectados por una reiteración en el delito, su conducta durante el cumplimiento de la pena, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas". A juicio del Consejo de Estado, no se ve razón para prescindir de dicho informe, fruto de la experiencia y preparación técnica de la Junta de Tratamiento, y que podría resultar imprescindible para valorar adecuadamente algunos de los criterios fundamentadores de la decisión judicial que el Anteproyecto introduce, como es la personalidad del penado, su conducta durante el cumplimiento de la pena, la posibilidad de reiteración delictiva e incluso los efectos que quepa esperar de la excarcelación y de las medidas que se impongan. La existencia de un pronóstico individualizado, efectuado por los equipos técnicos implicados en el seguimiento del penado durante el cumplimiento de su pena, ofrece mayores garantías que la valoración independiente que efectúe el órgano judicial.

d) El cómputo de la libertad condicional. Sorprende que, como consecuencia de la remisión que el nuevo artículo 90.5 realiza a las reglas sobre el cómputo de la suspensión contenidas en el artículo 82.2 del Código Penal (nueva redacción), la libertad condicional pase a computarse "desde la fecha de la resolución que la acuerda", y no desde el momento de la excarcelación, como sería deseable. Este Consejo de Estado ha tenido ocasión de constatar

que, en ocasiones, entre esa decisión por la que se concede la libertad condicional y la efectiva salida de prisión del penado transcurre un periodo más largo de lo que sería razonable (lo que, lógicamente, tiene consecuencias indemnizatorias: véase, a este respecto, el dictamen nº 24/2010, de 25 de enero de 2010); dado que el periodo pasado en libertad condicional no computaría ya como tiempo de cumplimiento de la condena, en el caso de que dicha libertad condicional fuese revocada, se llegaría al sorprendente resultado de que el tiempo efectivamente pasado en prisión por ese penado como consecuencia del citado retraso no le sería tenido en cuenta a efectos de determinar la parte de la pena aún pendiente de cumplimiento.

e) La libertad condicional en caso de prisión permanente revisable. El apartado 53º del artículo único del Anteproyecto modifica el artículo 92 del Código Penal, que se dedica a la "suspensión de la ejecución de la prisión permanente revisable".

Sin perjuicio de las observaciones que en apartados anteriores se hicieron respecto a los requisitos necesarios para acceder a dicha suspensión (y su necesaria coordinación con lo establecido en otros preceptos para supuestos de menor gravedad), puede observarse lo siguiente:

En primer lugar, el nuevo artículo 92 se refiere expresamente, como ya se indicó, a la "suspensión de la ejecución de la prisión permanente revisable". Dado que una suspensión ordinaria de esta pena es, por su propia naturaleza, imposible, es evidente que el precepto se refiere a la concesión de la libertad condicional, por lo que cabe plantearse si no sería más claro utilizar ese término, salvo que se considere incompatible, de nuevo, con las especiales características de esta pena.

En segundo lugar, hay que subrayar que en este caso el Anteproyecto opta por conferir la competencia para pronunciarse sobre la suspensión a quien identifica como "el Tribunal". Tratándose de la prisión permanente, y dadas, de nuevo, sus especiales características, no habría inconveniente en establecer una competencia especial y distinta a la de las restantes penas, pero, dada la falta de claridad de que adolece el Anteproyecto en este punto, debería determinarse con toda precisión.

Por último, el tercer párrafo del artículo 92.1 pasa a establecer que "el Tribunal resolverá sobre la suspensión de la pena de prisión permanente revisable tras un procedimiento oral contradictorio en el que intervendrán el Ministerio Fiscal y el penado, asistido por su abogado". A juicio del Consejo de Estado, sería oportuno plantear la posibilidad de oír también a la víctima en este procedimiento contradictorio, cuando menos en el caso de los delitos terroristas a que se refiere el apartado 2 del mismo artículo.

Undécima. Reforma de las medidas de seguridad

Otro de los grandes ejes vertebradores de la reforma legal penal que ahora se dictamina es el que se refiere a la profunda reconsideración que el Anteproyecto acomete en relación con las medidas de seguridad.

Al igual que otras materias ya consideradas, la que ahora se aborda incluye diversos extremos que merecen una atención particularizada.

A) Observaciones generales sobre la reforma de las medidas de seguridad. El Anteproyecto introduce también grandes modificaciones en la regulación de las medidas de seguridad. Dos son las novedades más importantes previstas en el Anteproyecto: la peligrosidad como fundamento de las medidas de seguridad y la evolución hacia un sistema dualista de consecuencias penales.

1. La peligrosidad como fundamento de las medidas de seguridad. En primer lugar, tal y como indica la exposición de motivos, el fundamento de las medidas de seguridad se hace residir casi exclusivamente en la peligrosidad del autor. En esta línea, el apartado 56º del artículo único del Anteproyecto añade al artículo 95.1 del Código Penal, entre los presupuestos que deben concurrir para la imposición judicial de una medida de seguridad, el de "que la imposición de una medida de seguridad resulte necesaria para compensar, al menos parcialmente, la peligrosidad del sujeto", requisito que viene así a añadirse a los otros dos ya previstos en la vigente redacción del precepto (que el sujeto haya cometido un hecho previsto como delito; y que del hecho y de las circunstancias personales del sujeto pueda

deducirse un pronóstico de comportamiento futuro que revela la probabilidad de comisión de nuevos delitos).

En línea con la idea de que las medidas de seguridad no están fundadas en la gravedad del delito, sino en la peligrosidad del autor, el Anteproyecto abandona la regla de que las medidas de seguridad no puedan ser más graves que las penas aplicables al delito cometido, derogando la previsión contenida en el vigente artículo 95.2, de acuerdo con el cual las medidas privativas de libertad sólo pueden imponerse cuando el delito cometido estuviese sancionado con una pena de la misma naturaleza.

No obstante, la nueva redacción de este artículo 95.2 introduce una modulación, al disponer que "la medida de seguridad que se imponga deberá ser proporcionada a la gravedad del delito cometido y de aquéllos que se prevea que pudiera llegar a cometer, así como a la peligrosidad del sujeto" y, en la misma línea, la nueva redacción del artículo 97.1 dispone que "cuando existan varias medidas igualmente adecuadas para prevenir de modo suficiente la peligrosidad del sujeto y solamente una de ellas resulte necesaria, se impondrá la que resulte menos grave".

2. La evolución hacia un sistema dualista de penas y medidas de seguridad y la desaparición del régimen vicarial. El Anteproyecto culmina la evolución hacia un sistema dualista de consecuencias penales, en el que penas y medidas de seguridad pueden imponerse conjuntamente, complementándose y sin que por ello se produzca una infracción del principio non bis in idem. Se supera así, dice la exposición de motivos, el sistema monista históricamente asumido por nuestros Códigos Penales, en los que siempre se articuló un sistema de respuesta única frente al delito o al delincuente, de forma que al delincuente culpable se le impone una pena, y al sujeto no responsable que comete un delito (inimputable) se le podía imponer una medida de seguridad cuando la comisión del delito había puesto de manifiesto su peligrosidad.

Este sistema monista fue ya objeto de una apertura inicial con la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, que por primera vez introdujo una medida de seguridad, la libertad vigilada, aplicable a delincuentes que no fuesen calificables de inimputables o semiimputables, pero en los que concurriese un perfil específico de peligrosidad. La reforma de 2010 declaró aplicable esta medida de libertad vigilada exclusivamente a delincuentes sexuales especialmente peligrosos y terroristas, pero abrió así ya la puerta a una eventual extensión futura de esta medida en otros supuestos, que son los que se contemplan en el Anteproyecto ahora sometido a dictamen.

El Anteproyecto prevé también una eliminación parcial del sistema vicarial actualmente vigente, de acuerdo con el cual primero se cumple la medida de seguridad, cuyo tiempo se abona a la pena. De conformidad con la idea de que la medida de seguridad está exclusivamente fundada en la peligrosidad del sujeto, la reforma prevé también que su cumplimiento se produzca de forma independiente al de la pena (véanse, por ejemplo, los apartados 2 y 3 del artículo 101, en la nueva redacción del Anteproyecto). El sistema vicarial sobrevive, no obstante, en los casos en que la pena se acompañe de una medida de internamiento de las reguladas en los artículos 98, 99 o 100 del Código Penal (nueva redacción). En estos casos, el Anteproyecto establece que la medida se ejecutará antes que la pena, y que el tiempo de cumplimiento de aquella se abonará como tiempo de cumplimiento de la pena, aunque solo "hasta el límite de las tres cuartas partes de la duración de la misma" (artículo 101.1).

Respecto a las dudas constitucionales que pudiera suscitar un sistema de medidas de seguridad postpenitenciarias, en particular por la duración total que pudiera llegar a alcanzar la condena al acumularse largas penas de prisión con el periodo de libertad vigilada, cabe recordar, como ya hizo este Consejo de Estado en su dictamen de 29 de octubre de 2009, 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 inculpativo, 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)".

3. Observaciones generales sobre la estructura del Título IV. Para introducir todas estas reformas, y otras muchas de carácter puntual, el Anteproyecto da nueva redacción a todo el Título IV del Libro I del Código Penal, que tiene por objeto la regulación de las medidas de seguridad.

En la vigente redacción del Código Penal, este Título IV tiene una estructura en Capítulos y Secciones que el Anteproyecto no modifica: el Capítulo I se refiere a "las medidas de seguridad en general" (artículos 95 a 100), y el Capítulo II regula "la aplicación de las medidas de seguridad", subdividiéndose a su vez en dos Secciones, la Sección 1ª, "de las medidas privativas de libertad" (artículos 101 a 104) y la Sección 2ª, "de las medidas no privativas de libertad" (artículos 105 a 108).

El Anteproyecto, que introduce modificaciones en todos estos artículos y crea tres artículos nuevos (103 bis, 104 bis y 104 ter), rompe con la referida estructura del Título IV, pues las reglas sobre aplicación de las medidas privativas de libertad (internamiento en centro psiquiátrico, educativo especial y de deshabitación) quedan en los artículos 98, 99 y 100, integrados en el Capítulo I, cuando deberían estar en el Capítulo II, y la regulación de la mayor parte de la libertad vigilada (apartados 103 bis, 104, 104 bis y 104 ter) se encontraría en principio en la Sección 1ª del Capítulo II, pese a tratarse de una medida no privativa de libertad.

Resulta indispensable, en consecuencia, realizar en el Anteproyecto las correspondientes adaptaciones de la estructura del Título IV, para que este refleje adecuadamente el contenido de cada una de sus divisiones.

B) El nuevo catálogo de medidas de seguridad. El Anteproyecto introduce algunas modificaciones en el catálogo de medidas de seguridad contenido en el artículo 96 del Código Penal, respecto a las que cabe formular varias observaciones.

Resulta desconcertante, en primer lugar, que el artículo 96.2 incluya entre las medidas privativas de libertad, junto al internamiento en centro psiquiátrico, el internamiento en centro de educación especial y el internamiento en centro de deshabitación, la llamada custodia de seguridad. En versiones anteriores del Anteproyecto, se realizaba una regulación completa de esta medida de seguridad importada del Derecho alemán, regulación que fue objeto de duras críticas en los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal. Sin embargo, la versión del Anteproyecto sometida a dictamen parece haber abandonado la idea de introducir esta figura en el Derecho Penal español, pues la citada regulación ha desaparecido de su texto, y se han eliminado los párrafos de la exposición de motivos que se dedicaban a esta importante reforma. Pese a ello, la custodia de seguridad aparece mencionada dos veces, casi de forma incidental, en el texto del Anteproyecto: por una parte, en este artículo 96.2, que contiene el catálogo general de medidas de seguridad; y, por otra parte, en el artículo 102.2, que establece expresamente una periodicidad de dos años para la revisión por el Juez de Vigilancia Penitenciaria de la custodia de seguridad.

Si, como indica la Memoria, durante la tramitación del Anteproyecto se ha cambiado de criterio y no se pretende ya introducir la custodia de seguridad, debería eliminarse del Anteproyecto toda referencia directa o indirecta a la misma. En particular, su cita en el catálogo de medidas de seguridad, como un cascarón vacío sin regulación alguna, podría atentar gravemente contra el principio de legalidad.

Por lo que afecta a las medidas no privativas de libertad, la nueva redacción del artículo 96.2 cita la libertad vigilada, la prohibición de ejercicio de actividad profesional, la privación del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores, la privación del derecho a la tenencia y porte de armas y la expulsión del territorio nacional de extranjeros. Se ha eliminado la referencia a la custodia familiar contenida en el vigente artículo 96.2.4ª, probablemente porque esta pasa a ser contemplada como una de las obligaciones que pueden formar parte del contenido de la libertad vigilada (nuevo artículo 104 bis.1.14ª). Si tal fuera la razón, no se entendería por qué el artículo 96.2 sigue haciendo referencia, como medidas de seguridad

independientes, a la privación del derecho a conducir vehículos de motor o ciclomotores y a la privación del derecho a la tenencia y porte de armas, pues ambas han sido también incorporadas como parte del contenido posible de la libertad vigilada en el nuevo artículo 104 bis.1 (10ª y 16ª), no estando incluidas en el vigente artículo 106 del Código Penal. El Anteproyecto debería, por tanto, revisar esta enumeración de las medidas no privativas de libertad para dotarla de una mayor coherencia interna.

C) El internamiento en centro psiquiátrico, centro educativo especial o centro de deshabitación. La nueva redacción de los artículos 98 a 100 introduce distintas modificaciones en el régimen de internamiento en centro psiquiátrico, centro educativo especial o centro de deshabitación.

1. Requisitos para la aplicación de la medida. Dada la nueva redacción del artículo 95, nada impediría, tras la reforma, imponer estas medidas de internamiento como consecuencia de la comisión de delitos que no estén sancionados en abstracto con una pena privativa de libertad. En línea con el nuevo fundamento de las medidas de seguridad, antes analizado, los artículos 98, 99 y 100 recogen precisamente ese criterio de la peligrosidad del sujeto, aunque lo hacen con formulaciones distintas.

En el caso del internamiento en un centro psiquiátrico, el artículo 98.1 dispone que podrá acordarse el internamiento del sujeto (con eximente total o parcial por anomalía o alteración psíquica: artículo 20.1º del Código) "si tras efectuarse una evaluación exhaustiva del mismo y de la acción que llevó a cabo, exista base suficiente para concluir que, debido a su trastorno, es posible prever la comisión por aquél de nuevos delitos de gravedad relevante", considerando como tales "aquéllos para los que esté prevista la imposición de una pena máxima igual o superior a tres años de prisión". El artículo 99, por el contrario, dispone que el internamiento en un centro educativo especial del inimputable o semiinimputable (con eximente total o parcial por alteraciones en la percepción: artículo 20.3º del Código) procederá cuando, tras efectuarse idéntica evaluación del sujeto y de la acción, "exista base suficiente para concluir que, debido a su trastorno, es posible prever la comisión por aquél de nuevos delitos y que, por tanto, supone un peligro para la sociedad".

Entiende el Consejo de Estado que la opción por una u otra modalidad de internamiento depende exclusivamente de las características personales del sujeto al que se va a aplicar: a los exentos de responsabilidad criminal o semiinimputables por anomalía o alteración psíquica (artículo 20.1º del Código Penal) puede imponérseles el internamiento en centro psiquiátrico, y el internamiento en centro educativo especial podrá imponerse a los declarados exentos de responsabilidad criminal o semiinimputables por sufrir alteraciones en la percepción (artículo 20.3º). No se entiende, por ello, que el primero se limite a los supuestos en que el sujeto haya cometido delitos "de gravedad relevante", penados con más de tres años de prisión, requisito que no se exige para el segundo, máxime cuando a ambos tipos de internamiento les son aplicables las mismas reglas (por remisión del artículo 99.2).

El internamiento en centro de deshabitación se reserva a quienes cometiesen un delito "a causa de su grave adicción al alcohol, a las drogas tóxicas, estupefacientes, sustancias psicotrópicas u otras que produzcan efectos análogos, y se prevea que se pueda evitar así que cometa nuevos delitos". A diferencia de lo que hace el vigente artículo 103.1, el Anteproyecto (nueva redacción del artículo 100.1) desvincula la medida de la eximente del artículo 20.2º (estado de intoxicación plena por consumo de sustancias o síndrome de abstinencia), lo que haría aplicable esta medida de internamiento a los imputables en quienes concurra la circunstancia reseñada. Esta modificación resulta razonable a la vista de algunos pronunciamientos del Tribunal Supremo, que han considerado posible aplicar esta medida en los casos en que, no apreciándose la eximente del artículo 20.2º, sí se aplica en sentencia la atenuante de drogadicción, con el argumento de que "dada la identidad del supuesto de hecho y la identidad de la consecuencia respecto de la amplitud de la atenuación de la pena (cuando la atenuante del art. 21,2ª se aprecia como muy cualificada), carecería de toda justificación una diversidad de consecuencias que excluyera la aplicación de una medida de seguridad" (STS 23 de noviembre de 2000, 17 de julio de 2002, 23 de septiembre de 2002).

2. Duración de las medidas de internamiento en centro psiquiátrico o en centro educativo especial. De conformidad con el apartado 3 del artículo 98 (en relación con el artículo 99.1), el internamiento en centro psiquiátrico o en centro educativo especial "no podrá tener una

duración superior a cinco años", con la posibilidad, no obstante, de que el Juez o Tribunal acuerde su prórroga "por periodos sucesivos de cinco años" en un procedimiento contradictorio iniciado a petición del Ministerio Fiscal, previa propuesta de la Junta de Tratamiento. Las prórrogas podrán acordarse si, transcurrido el periodo anterior de internamiento, "no concurren las condiciones adecuadas para acordar la suspensión de la medida y, por el contrario, el internamiento continúa siendo necesario para evitar que el sujeto que sufre la anomalía o alteración psíquica cometa nuevos delitos a causa del mismo".

A juicio del Consejo de Estado, la fijación de prórrogas con una duración invariable de cinco años en todos los casos constituye una disposición innecesariamente rígida, pues no hay que excluir que en algún caso se considere que un periodo más corto de internamiento adicional podría producir los efectos esperados. Sería preferible, por ello, indicar que el internamiento puede prolongarse por periodos sucesivos de duración (cada uno de ellos) no superior a cinco años.

3. El consentimiento previo necesario para el internamiento en centro de deshabitación. Como ya se indicó, el Anteproyecto desvincula el internamiento en centro de deshabitación de la exigencia del artículo 20.2º, siendo también aplicable a los imputables. Esta extensión del ámbito de la medida ha de valorarse positivamente, como ya se ha indicado, pero plantea algunos problemas en la formulación que hace el Anteproyecto, al no preverse, en la nueva redacción del artículo 100, el consentimiento previo del interesado para el sometimiento al tratamiento de desintoxicación que se llevará a cabo en el centro. Dicho consentimiento no es necesario en el caso de los inimputables, pero sí en el caso de los sujetos penalmente responsables. Como ha indicado el Consejo General del Poder Judicial, esa decisión voluntaria del sujeto aparece "como corolario del derecho del paciente al consentimiento informado, recogido en la Ley 41/2002, y la posibilidad de rechazar el tratamiento".

D) Revisión de las medidas de seguridad impuestas. El nuevo artículo 102 del Código Penal plantea, en primer lugar, la duda de si resulta exclusivamente aplicable a las medidas de seguridad privativas de libertad (por estar incluido en la Sección 1ª del Capítulo II del Título IV del Libro I, como ya se indicó) o también a las no privativas de libertad. Debería, por tanto, aclararse este punto con la revisión de la estructura del Título IV a que más arriba se hizo referencia.

La atribución al Juez de Vigilancia Penitenciaria de la competencia para revisar periódicamente la medida de seguridad y decidir, dentro del plazo de duración fijado por el Juez o Tribunal sentenciador, mantener su ejecución, suspenderla o decretar su cese ha de valorarse positivamente, dada la definición legal de éste como juez de la ejecución de las penas y medidas de seguridad (artículo 94 de la Ley Orgánica del Poder Judicial). Su decisión, no obstante, debería ser susceptible de recurso.

E) Revocación de la suspensión de la medida privativa de libertad. El apartado 64º del artículo único del Anteproyecto indica que "se introduce un nuevo artículo 103", cuando debería decir "se modifica el artículo 103", pues el vigente artículo 103, al que se da nueva redacción (y que pasa a regular la revocación de la suspensión de la ejecución de la medida privativa de libertad), no está derogado.

F) Imposición de la medida de libertad vigilada. El Anteproyecto lleva a cabo una nueva regulación de la medida de libertad vigilada, que fue introducida en el Código Penal mediante la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio. Las dos modificaciones principales que se proponen son una importante ampliación del ámbito de aplicación de esta medida de seguridad y el carácter facultativo que, como regla general, pasa a tener su imposición. A ambas novedades se hará referencia a continuación.

En primer lugar, el Anteproyecto opta por una considerable extensión del ámbito de aplicación de la medida de libertad vigilada para imputables, que actualmente sólo se puede imponer a los condenados por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales (artículo 192.1 del Código Penal) o por delitos de terrorismo (artículo 579.3). El Anteproyecto mantiene la previsión de la libertad vigilada en estos casos, y pasa también a preverla en los siguientes tipos, modificando al efecto los correspondientes artículos del Código: delitos contra la vida (artículo 140 bis); lesiones leves o maltrato de obra a mujer víctima de violencia de género (artículo 153.5); lesiones (artículo 156 ter); detenciones ilegales y secuestros (artículo 168 bis); trata de seres humanos (artículo 177 bis.12); delitos contra la

libertad sexual (artículo 192.1); hurto (artículo 236 bis); robo (artículo 242 bis); extorsión (artículo 243.2); utilización ilegítima de vehículo de motor (artículo 244.5); apropiación indebida (artículo 252 bis); receptación y blanqueo de capitales (artículo 304 bis); delitos contra la seguridad colectiva (artículo 385 quinquies); y delitos contra el orden público (artículo 580 bis).

De esta forma, la libertad vigilada, que con la reforma de 2010 desbordó los presupuestos que anteriormente limitaban su aplicación al tratamiento específico de estados de peligrosidad a inimputables y semiimputables, ha tenido su "campo de pruebas" en el ámbito de los delitos de terrorismo y contra la libertad e indemnidad sexuales, proponiéndose ahora una extensión muy importante de su aplicación a la que el Consejo de Estado no tiene, en línea de principio, nada que objetar.

Pese a ello, no puede sino dejarse de observarse que la Memoria que acompaña al Anteproyecto resulta, también en este punto, extraordinariamente parca, al limitarse a indicar que "se amplían los supuestos en los que se puede imponer la libertad vigilada después de la pena de prisión", para después indicar que esta "actualmente solamente estaba prevista para delitos sexuales", lo que no resulta totalmente exacto, pues la reforma de 2010 la introdujo también, como se ha visto, para condenados por delitos de terrorismo. Sería deseable, pues, que la Memoria indicase las razones por las que se ha decidido esta extensión, valorando también, de modo muy especial y a la vista de los medios disponibles, aquellos que deberían afectarse a la actuación pública para que la mencionada extensión fuese efectiva. En ese sentido, el Consejo de Estado entiende que sería altamente desaconsejable que una extensión de la medida de libertad vigilada suscitase unas expectativas sociales que no pudiesen luego cumplirse con los medios disponibles.

Ese mayor razonamiento de la Memoria también debería alcanzar a los criterios que se han seguido para seleccionar los delitos a los que pasará a aplicarse la medida de seguridad de libertad vigilada. En relación con esta segunda cuestión, el Consejo General del Poder Judicial llama la atención sobre el hecho de que delitos más graves como la tortura o el maltrato habitual en el ámbito familiar queden fuera de esta medida de seguridad, cuando por ejemplo respecto de este último (artículo 173) "sí se contempla la posibilidad de la libertad vigilada cuando se trata de una única lesión leve o el maltrato en el ámbito familiar" (artículo 153.5).

En todos los supuestos referidos, la imposición de la libertad vigilada se sujeta a otros dos requisitos contemplados, junto a la previsión en el tipo, en la nueva redacción que el Anteproyecto da al artículo 104.1: que se haya impuesto al sujeto una pena de más de un año de prisión (letra b)), y que se cumplan los requisitos de los números 2 y 3 del artículo 95.1, que en resumen implican la existencia de un pronóstico de peligrosidad (letra c)). La mera previsión de estos requisitos transforma la libertad vigilada en una medida de imposición facultativa, que decidirá el Juez o Tribunal a la vista de las referidas condiciones. El Consejo de Estado no puede sino valorar positivamente esta opción del Anteproyecto, acorde con el fundamento de las medidas de seguridad, que reside en la peligrosidad del autor del delito, y no en la gravedad del hecho cometido.

Supone este un importante cambio en la actual concepción de la libertad vigilada, pues el vigente artículo 106.2 del Código Penal prevé, como regla general, su imposición con carácter preceptivo ("el Juez o Tribunal deberá imponer en la sentencia la medida de libertad vigilada (...) siempre que así lo disponga de manera expresa este Código"), y los dos preceptos de la parte especial en los que se prevé dicha imposición solo configuran ésta como facultativa en casos de menor gravedad del delito en cuestión: así, el artículo 192.1 dispone, en relación con los delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, que se impondrá preceptivamente la libertad vigilada, siendo únicamente facultativa, "en atención a la peligrosidad del autor" cuando se trate de un solo delito cometido por un delincuente primario, y la misma solución adopta el artículo 579 en relación con los delitos de terrorismo.

El Anteproyecto ha puesto buen cuidado en insistir en este nuevo carácter facultativo: por una parte, el artículo 104.1 dice expresamente que el Juez o Tribunal "podrá imponer" una medida de libertad vigilada cuando se cumplan los requisitos arriba referidos; por otra parte, esta misma expresión ("se les podrá imponer") se utiliza en los distintos preceptos de la parte especial del Código Penal donde se prevé la imposición de esta medida. Parece tratarse, por lo demás, de una opción de redacción consciente, pues en las versiones

anteriores del Anteproyecto el artículo 104.1 decía "el Juez o Tribunal impondrán", y solo el último texto, ahora sometido a dictamen, introduce el verbo poder; por otra parte, el artículo 192.1 del Código se ha modificado para, entre otras cosas, prever que la imposición de la libertad vigilada sea en todo caso facultativa en los supuestos de delitos contra la libertad y la indemnidad sexuales. En el caso de los delitos de terrorismo, por el contrario, el Anteproyecto sigue manteniendo el carácter preceptivo de la imposición de la libertad vigilada, salvo en el caso de los delincuentes primarios, pues no se modifica la redacción del artículo 579. Las especiales características de estos delitos pueden sin duda justificar que la medida de libertad vigilada se rija en estos casos por una previsión excepcional y diferente a la regla, como consecuencia de la aplicación de una suerte de presunción de peligrosidad de los sujetos que cometen este tipo de delitos, salvo en el caso de delincuentes primarios. Una vez más, sin embargo, se echa de menos en la Memoria una explicación detallada de los motivos del mantenimiento de este régimen excepcional.

Por último, el carácter preceptivo de la imposición de la libertad vigilada se mantiene también, aparentemente, en los tres supuestos especiales que prevé la nueva redacción del artículo 104.2: inimputables o semiinimputables; suspensión de la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad; y cumplimiento del plazo máximo de duración de la medida de seguridad privativa de libertad, cuando la libertad vigilada resulte necesaria para compensar el riesgo de comisión de nuevos delitos. Efectivamente, el apartado 2 del artículo 104 utiliza, en contraposición al apartado anterior, la expresión "se impondrá"; no obstante, esa aparente preceptividad queda mitigada, en los supuestos contemplados en las letras a) y b), por las previsiones, respectivamente, de que se cumplan los requisitos del artículo 95.1 del Código Penal (pronóstico de peligrosidad), o que "resulte necesario para compensar el riesgo de comisión de nuevos delitos". En esos dos casos, por tanto, el Juez o Tribunal dispone de un cierto margen de maniobra para decidir si impone o no la medida de libertad vigilada. Esto no es así, sin embargo, en el supuesto contemplado en la letra b) de ese mismo apartado 2, que taxativamente dispone que la medida de libertad vigilada se impondrá "cuando se suspenda la ejecución de una medida de seguridad privativa de libertad"; en este caso, la libertad vigilada tendrá, como máximo, una duración de cinco años, de conformidad con lo establecido en la nueva redacción del artículo 102.1.c). Se establece así un cierto automatismo, una preceptividad que, en la práctica, situará al Juez de Vigilancia Penitenciaria ante la alternativa de decretar el cese de la medida o suspender su ejecución pero sujetando al interesado, en este último caso, a una medida de libertad vigilada. A juicio del Consejo de Estado, esta previsión podría resultar algo rígida, por lo que cabría reconsiderarla con vistas a permitir soluciones intermedias.

G) Contenido de la medida de libertad vigilada. El apartado 67º del artículo único del Anteproyecto introduce un nuevo artículo 104 bis, en el que se regula el contenido concreto de la medida de libertad vigilada mediante una enumeración de las obligaciones y condiciones que aquella podrá llevar consigo, y que se amplían y modifican con respecto a las actualmente establecidas en el vigente artículo 106.1 del Código Penal.

En relación con este precepto, sorprende en primer término que se haya eliminado la definición legal de la libertad vigilada ("la libertad vigilada consistirá en el sometimiento del condenado a control judicial a través del cumplimiento por su parte de alguna o algunas de las siguientes medidas") que, amén de resultar especialmente didáctica, permite un mayor respeto de las exigencias del principio de legalidad.

En segundo lugar, no puede sino resaltarse el hecho de que, aunque la imposición de la libertad vigilada siga correspondiendo al Juez o Tribunal (presumiblemente en la sentencia, aunque ya no se dice expresamente, como sí lo hace el vigente artículo 106.2 del Código Penal), y se prevé una revisión de las circunstancias que dieron lugar a su imposición (nueva redacción del artículo 105), no se disponga ya expresamente que la determinación del contenido de la medida se haga al aproximarse el momento extintivo de la pena y a la vista de la propuesta formulada al efecto por el Juez de Vigilancia Penitenciaria.

Efectivamente, el vigente artículo 106.2 del Código dispone, en su apartado 2, que "al menos dos meses antes de la extinción de la pena privativa de libertad, de modo que la medida de libertad vigilada pueda iniciarse en ese mismo momento, el Juez de Vigilancia Penitenciaria, por el procedimiento previsto en el artículo 98, elevará la oportuna propuesta al Juez o Tribunal sentenciador, que, con arreglo a dicho procedimiento, concretará, sin perjuicio de lo

establecido en el artículo 97, el contenido de la medida fijando las obligaciones o prohibiciones enumeradas en el apartado 1 de este artículo que habrá de observar el condenado". El Consejo de Estado considera especialmente acertado este modo de proceder: la medida de libertad vigilada se impone en la sentencia, pero la determinación de su contenido se hace al aproximarse la fecha de extinción de la pena, presumiblemente en atención a cuáles sean las circunstancias del penado y su concreto pronóstico de peligrosidad en ese momento posterior, que no tienen por qué coincidir con las del momento de la condena, y con la colaboración del Juez de Vigilancia Penitenciaria, cuyo especial conocimiento de dichas circunstancias debe ser especialmente valorado. Debería, por ello, valorarse la posibilidad de conservar estas previsiones en el Anteproyecto que, en la redacción propuesta, elimina las competencias de propuesta y la función impulsora de ese procedimiento que actualmente se atribuyen al Juez de Vigilancia Penitenciaria y podría obligar a determinar ab initio el contenido de la medida (sin perjuicio de la posibilidad de su revisión, prevista en el artículo 105).

H) Revisión de la medida de libertad vigilada. El apartado 69º del artículo único del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 105 del Código Penal. En él se hace referencia a la revisión por el Juez o Tribunal de la ejecución "de la medida de seguridad impuesta". Aunque esta referencia genérica podría hacer pensar que las disposiciones de este artículo serán aplicables para la revisión de cualquier medida de seguridad, ello supondría un solapamiento con las previsiones del artículo 102, que en su nueva redacción trataría precisamente de la revisión de las medidas de seguridad (apartado 63º del artículo único del Anteproyecto). El hecho de que tanto el artículo precedente como el siguiente, traten sobre la libertad vigilada, y el que el apartado 2 de este artículo 105 se refiera a algunas de las medidas del artículo 104 bis inclinan a pensar que el precepto se refiere exclusivamente a la revisión de la ejecución de la medida de libertad vigilada. Debería, pues, indicarse expresamente en su texto.

I) Expulsión de extranjeros sustitutiva de medidas de seguridad privativas de libertad. El apartado 72º del artículo único del Anteproyecto da nueva redacción al artículo 108 del Código Penal, que regula la posibilidad de sustituir las medidas de seguridad privativas de libertad que fueran impuestas a un ciudadano extranjero por la expulsión del territorio nacional en términos idénticos a los del artículo 88 del Código, en la redacción dada por el Anteproyecto. El hecho de que en un caso la expulsión sustituya a una pena y en otro a una medida de seguridad no altera las conclusiones a las que se llegaron en el apartado dedicado a analizar el referido artículo 88 (apartado 50º del artículo único del Anteproyecto), que pueden estimarse aquí, por tanto, íntegramente reproducidas.

Duodécima. El comiso

El apartado X de la exposición de motivos del Anteproyecto presenta las importantes modificaciones que este último introduce en el actual régimen del comiso, que se contienen en los apartados 80º a 85º y 191º del artículo único y en las disposiciones transitoria sexta y finales segunda, números 1 a 5, tercera y cuarta, y que abordan la regulación sustantiva y procesal del comiso y las actuaciones a practicar en relación con la ejecución en España de comisos ordenados en otros Estados.

A) La regulación sustantiva unitaria del comiso. Afirma el mencionado apartado X de la exposición de motivos del Anteproyecto que, frente a la actual situación, en la que el comiso está regulado, de un lado, en la parte general del Código Penal (Título V de su Libro I, artículos 127 y 128), y, de otro, en la regulación de los delitos contra la salud pública (Capítulo III del Título XVII de su Libro II, artículos 368 a 378), con la proyectada reforma penal "la regulación del comiso es sistematizada y desarrollada con carácter general para todos los delitos".

Ese propósito es fielmente ejecutado por los apartados 80º a 85º del artículo único del Anteproyecto, que dando nueva redacción al actual artículo 127 del Código Penal e incorporando a ese texto legal los nuevos artículos 127 bis, ter, quáter, quinquies y sexies (y no seis, como figura en el texto que se dictamina), recogen una regulación general del comiso. De hecho, el ulterior apartado 191º del artículo único del Anteproyecto, que reformula el artículo 374 del Código Penal -referido a los delitos contra la salud pública- contiene una remisión a esa regulación general, a la que añade algunas especialidades.

Consisten estas en las singularidades que se aplican a la destrucción de las sustancias estupefacientes intervenidas, con excepción de la conservación de las muestras y de los casos especiales apreciados por los órganos judiciales intervinientes, y en la adjudicación íntegra al Estado de los bienes decomisados, que no pueden aplicarse a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito o de las costas judiciales. Tal y como habrá ulteriormente ocasión de comentar, esas singularidades resultan justificadas en atención a las notas que caracterizan a los bienes que se decomisan como consecuencia de los delitos contra la salud pública, de modo que ha de notarse que el primero de los objetivos que el Anteproyecto se propone en relación con el comiso está satisfactoriamente alcanzado e instrumentado.

Planteándose la proyectada reforma legal penal una regulación general del comiso, resulta necesario que esta parte del Anteproyecto sea revisada para dejar claro que el comiso se extiende, en todos los casos, a lo bienes, medios o instrumentos con que se haya perpetrado o ejecutado el delito, y a las ganancias provenientes del mismo, ya que, en varias ocasiones, los artículos comentados omiten la alusión a esas ganancias. Esta circunstancia afecta, por ejemplo, a los proyectados artículos 127 bis y 127 quáter del Código Penal.

Desde esa misma óptica deben revisarse las remisiones que se contienen a ese régimen en algunos tipos penales específicos. Algunas de esas remisiones pueden suprimirse, tal y como la exposición de motivos del Anteproyecto (apartado XXIV) explicita y su disposición derogatoria, número 2, hace en relación con el artículo 431, que se ocupa del comiso de las dádivas y recompensas en los delitos de cohecho, que forman parte de los comentados bienes, medios o instrumentos con que se perpetran o ejecutan los delitos en cuestión. Más dudoso es que tal supresión deba alcanzar a otros prácticos del Código Penal, como es su actual artículo 385 bis del Código Penal, que recoge el comiso del vehículo a motor o ciclomotor en los delitos contra la seguridad vial, puesto que es menos claro que tales vehículos o ciclomotores encajen, propiamente hablando, en la categoría de los referidos bienes, medios o instrumentos.

B) El comiso ampliado. En los términos en que está configurado, que se recogen en la proyectada nueva redacción del artículo 127 del Código Penal, el comiso se refiere a los bienes, medios e instrumentos con que se haya preparado o ejecutado un delito y a las ganancias provenientes del mismo.

No obstante, la regulación actualmente vigente prevé que, en caso de que no fuera posible el comiso de tales bienes, podrá acordarse el comiso de otros que, perteneciendo a los responsables del delito, alcancen un valor equivalente al de los elementos decomisados (artículo 127, número 3, del Código Penal).

El Anteproyecto mantiene esas previsiones y las extiende, ya que se cuida de precisar que el comiso de esos otros bienes de valor equivalente procederá "incluso (si estos son) de origen lícito", tanto en lo que se refiere a acordar el comiso (nueva redacción del aludido artículo 127, número 33) como a ejecutarlo (nuevo artículo 127 quinquies del Código Penal, previsto por el apartado 84º del artículo único del Anteproyecto).

La legislación penal actualmente vigente también contempla un caso en que no se está ya ante una sustitución de los bienes con los que hacer frente a un comiso, sino, propiamente hablando, de una auténtica ampliación del comiso. Se ciñe éste al ámbito de las actuaciones de organizaciones y grupos criminales y terroristas y consiste en la posibilidad de ampliar el decomiso a los bienes, efectos y ganancias procedentes de las actividades delictivas cometidas en ese marco, precisándose que tal procedencia se extenderá al patrimonio de todas y cada una de las personas condenadas por tales actividades (artículo 127, número 1, segundo párrafo, del Código Penal).

El Anteproyecto extiende el ámbito de aplicación de ese comiso ampliado, desligándolo de ese campo concreto de las actividades delictivas de organizaciones y grupos criminales y terroristas. En concreto, el apartado 81º de su artículo único propone introducir un nuevo artículo 127 bis en el Código Penal, que contemplaría la posibilidad de que el órgano judicial que acordase el comiso como consecuencia de condenar a una persona por uno de los delitos recogidos en ese precepto acuerde también el comiso de otros bienes y efectos de la persona condenada "cuando aprecie indicios suficientes que permitan presumir que los bienes y efectos provienen de actividades delictivas similares a aquéllas por las que es condenada",

con el límite de que tal ampliación del comiso no procederá "cuando las actividades delictivas similares de las que provengan los bienes y efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada".

A sugerencia del Consejo Fiscal, la versión final del Anteproyecto amplió sustancialmente la lista de los delitos por los que una condena de una persona pueda desencadenar esa ampliación del comiso de sus bienes.

El Consejo General del Poder Judicial ha destacado que el comiso ampliado está recogido 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, cuyo artículo 3.2 dispone: "Cada Estado miembro tomará las medidas necesarias para que se pueda proceder al decomiso al amparo del presente artículo como mínimo cuando: a) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien b) un órgano jurisdiccional nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes de que se trata provienen de actividades delictivas similares desarrolladas por la persona condenada durante un período anterior a la condena por la infracción a que se refiere el apartado 1 del presente artículo, que el órgano jurisdiccional considere razonable a la vista de las circunstancias del caso concreto, o bien c) se tenga constancia de que el valor de la propiedad es desproporcionado con respecto a los ingresos legales de la persona condenada y un órgano judicial nacional, basándose en hechos concretos, está plenamente convencido de que los bienes en cuestión provienen de la actividad delictiva de la persona condenada".

No obstante, es importante recordar que esa Decisión Marco se recogió ya en nuestro Código Penal mediante la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, ya que los delitos previstos en el artículo 3.1 de tal Decisión Marco son los cometidos en el seno de organizaciones y grupos criminales y terroristas.

Por lo tanto, lo que el Anteproyecto propone ahora es una extensión del régimen del decomiso ampliado que no responde directamente al cumplimiento de la aludida Decisión Marco sino a una libre decisión del legislador español.

En los términos en que está formulada, tal ampliación del comiso se produciría en relación con bienes y efectos afectos a unas actividades que, aunque son similares a las que se han juzgado, no han sido todavía enjuiciadas. Así lo acredita el apartado número 3 del propuesto nuevo artículo 127 bis, que sienta que "si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el Juzgado o Tribunal valorará el alcance del comiso anterior acordado al resolver sobre el comiso en el nuevo procedimiento".

En los términos y casos en que el comiso ampliado está recogido en la aludida Decisión Marco, se parte de estar ante organizaciones y grupos criminales y terroristas, lo que facilita esa medida tan intensa de inmisión en el patrimonio de unas personas, puesto que, al ser ya delictiva la pertenencia a uno de esos grupos u organizaciones, se produce una suerte de presunción de ilicitud del patrimonio de sus integrantes.

No obstante, las circunstancias no son las mismas cuando ese comiso ampliado se extiende a otros ámbitos subjetivos, en los que no se cuenta, al menos con la misma claridad, con la aludida presunción de ilicitud de todos los bienes de una persona condenada.

Tal circunstancia se debilita aún más si se tiene en cuenta que el proyectado nuevo artículo 127 bis del Código Penal permite ampliar el comiso por el desarrollo de "actividades delictivas similares" a las listadas, empleando un calificativo (similares) que, tal y como han destacado el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal, no parece concordar con los principios de tipicidad y legalidad que rigen en el ámbito penal.

En ese sentido, es ilustrativo recordar que, cuando la reforma del Código Penal de 2010 recogió la Decisión Marco 2005/212/JAI, evitó utilizar la aludida fórmula. En esa misma línea, también resulta llamativo el contraste entre otros términos del Anteproyecto (indicios

suficientes y permitan presumir) frente a los que figuran en la Decisión Marco (plenamente convencido y basándose en hechos concretos).

En tales circunstancias, una primera posibilidad es la apuntada por el referido Consejo General, que ha propugnado que la extensión del comiso ampliado utilice los mismos términos empleados por la Decisión Marco, es decir, menciones al pleno convencimiento de los órganos judiciales y a la existencia de hechos concretos que lleven a tal convencimiento. Sin embargo, esa posibilidad deja todavía planteadas las objeciones que suscita la terminología "actuaciones delictivas similares".

Son claras las especiales circunstancias que concurren en casos como los previstos en el proyectado artículo 127 bis del Código Penal, en los que los órganos intervinientes pueden encontrarse ante un entramado o secuencia de conductas posiblemente delictivas, en las que no sea fácil asignar cada bien o efecto empleado con una sola y singular actividad o en las que los responsables traten deliberadamente de enturbiar las relaciones entre los bienes y efectos usados y las diversas conductas que llevan a cabo.

Por ello, una línea de reacción a considerar consistiría en que los órganos intervinientes trataran de ampliar el espectro de imputaciones y acusaciones que formulen, lo que conllevaría que dispondrían de más tipos penales desde los que contemplar el entramado de actuaciones enjuiciadas y los comisos aplicables.

En todo caso, y en relación con la posibilidad que el Anteproyecto suscita de extender o ampliar el comiso de los bienes de los afectados, este Consejo considera que, frente a los términos recogidos en el Anteproyecto y en atención a las dudas y objeciones anteriormente formuladas, la extensión o ampliación del comiso debería dirigirse respecto de todos los bienes y efectos que aparezcan directa o indirectamente relacionados con los hechos que se estén enjuiciando.

Así entendida, la reforma penal podría contemplar dos ámbitos del comiso:

- De un lado, el de los bienes, efectos y ganancias directa y específicamente vinculados con los hechos enjuiciados (nueva redacción del artículo 127 del Código Penal), con la posibilidad ya comentada de extender tal comiso a otros bienes de valor equivalente en los casos en que el comiso de los bienes inicialmente identificados deviniera imposible.
- De otro, el comiso de los bienes, efectos y ganancias indirecta pero objetivamente vinculados con las actividades y hechos enjuiciados (nuevo artículo 127 bis del Código Penal).

Esa diferenciación podría utilizar los mimbres que brinda la aludida Decisión Marco, es decir, el recurso a los hechos concretos que vinculen indirectamente bienes, efectos y ganancias del encausado con los hechos que se están enjuiciando. En tal tipo de operaciones, entiende este Consejo que es especialmente útil el último de los supuestos contemplados en tal Decisión Marco, es decir, los casos en que el patrimonio del enjuiciado sea desproporcionado en comparación con sus fuentes legales de ingresos, que ya aparecen recogidos por el párrafo final del proyectado nuevo artículo 127 bis, número 1.

Esa reorientación del Anteproyecto en este punto es compatible, por otra parte, con otras de sus previsiones, como es la del apartado número 3 de ese nuevo artículo 127 bis que estipula que "si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el Juzgado o Tribunal valorará el alcance del comiso anterior acordado al resolver sobre el comiso en el nuevo procedimiento".

Dentro de las diferentes soluciones que podría acoger el Anteproyecto, las anteriores reservas a su formulación actual ("actuaciones delictivas similares") están conectados con principios de índole constitucional acerca de la reacción penal. En consecuencia, y de conformidad con los criterios que este Consejo tiene ya establecidos y a los que se hizo anteriormente alusión, los reparos que acaban de formularse tienen carácter de observación esencial, en el concreto sentido en que tal término es utilizado por el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

C) El comiso sin condena. Esa posibilidad ya está contemplada actualmente en el artículo 127, número 4, del Código Penal, que la ciñe a que no se haya impuesto una pena por estar

la persona enjuiciada exenta de responsabilidad criminal o por haberse esta extinguido, siempre que esté demostrada la situación patrimonial ilícita.

En esos casos, se produce un cambio sustancial de la naturaleza clásica del comiso. En efecto, siendo éste clásicamente una consecuencia accesoria de una responsabilidad penal, en los supuestos que ahora se consideran, el comiso se impone sin que exista una declaración de responsabilidad penal, de modo que el comiso pasa a ser, en realidad, una consecuencia accesoria de unos hechos delictivos.

El apartado 82º del artículo único del Anteproyecto mantiene la posibilidad de que se acuerde el comiso aunque no medie sentencia de condena y refiere tal eventualidad a los casos en que "el sospechoso o acusado haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos" y a aquellos en que "el sospechoso o acusado se encuentre en rebeldía y exista el peligro de que puedan prescribir los hechos imputados o por los que se le acusa".

Compartiendo una apreciación crítica también avanzada por el Consejo General del Poder Judicial, resulta excesivo que tal comiso pueda extenderse a los bienes de los meramente "sospechosos", de modo que debiera ceñirse a los acusados, que son aquellos a los que se refiera la existencia de unos hechos delictivos que puedan acarrear el comiso de unos bienes a pesar de no existir declaración de responsabilidad penal al respecto.

Esta observación tiene carácter esencial, en el concreto sentido contemplado por el Reglamento Orgánico del Consejo de Estado.

Por último, se aprecia un cierto desorden en la enunciación de los casos incluidos en el primer inciso de ese nuevo precepto penal. Este recoge, como posibilidades alternativas, el fallecimiento del acusado o su afección por una enfermedad crónica que ponga en peligro su enjuiciamiento, a lo que se añade el dato de que exista riesgo de prescripción de los hechos. Con independencia de que la prescripción se refiere a las responsabilidades y no a los hechos, la enfermedad crónica debiera enunciarse como el evento que pueda desencadenar, alternativamente, la imposibilidad de enjuiciamiento o la posibilidad de prescripción de las responsabilidades.

D) El comiso de bienes transmitidos a terceros. Tal eventualidad está actualmente contemplada de modo indirecto por el inciso final del artículo 127, número 1, del Código Penal, al establecer que el comiso no procederá en los casos en que los bienes pertenezcan a un tercero de buena fe, que no responda del delito y que los haya adquirido legalmente.

La reforma que ahora se dictamina aborda con mayor detalle esta cuestión (apartado 83º del artículo único del Anteproyecto, que introduce un nuevo artículo, 127 quáter, en el Código Penal), admitiendo el comiso de bienes transferidos a terceros en los casos en que no puedan decomisarse bienes de las personas penalmente responsables y los bienes y efectos a decomisar hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al del mercado a un tercero de mala fe.

Se trata, en último término, de profundizar en previsiones que se dirigen a salvaguardar el comiso en cuanto consecuencia accesoria de los delitos, evitando las maniobras que traten de eludirlo, de modo que se avanza un juicio favorable al respecto.

El Consejo General del Poder Judicial ha destacado que ese reforzamiento lleva al extremo de evitar tener que declarar previamente la nulidad de la transmisión realizada de mala fe y ha apuntado la necesidad de que, en trance de acordarse el comiso de esos bienes transferidos a terceros, se prevea, al menos, la necesidad de oír a estos últimos, garantía que este Consejo entiende también necesaria.

E) El destino final de los bienes decomisados. Se ocupa ahora de esta cuestión el artículo 127, número 5, del Código Penal, que prevé que, de ser de lícito comercio, los bienes decomisados se venderán, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado, salvo que la Ley prevea otra cosa. Para el supuesto de que no sean de lícito comercio, se les dará el destino legal o reglamentariamente previsto y, en su defecto, se inutilizarán.

Frente a ello, el apartado número 3 del proyectado nuevo artículo 127 sexies del Código Penal (apartado 85º del artículo único del Anteproyecto) parece invertir los términos de la cuestión al disponer que los bienes decomisados por resolución firme "salvo que deban ser destinados al pago de indemnizaciones a las víctimas, serán adjudicados al Estado, que les dará el destino que se disponga legalmente". Para el caso concreto de los efectos decomisados en relación con delitos contra la salud pública, una de las reglas especiales contenidas en la reforma del artículo 374 del Código Penal reitera la ya contenida actualmente en ese precepto, que consiste en prever que esos efectos "que no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito, ni de las costas procesales, serán adjudicados íntegramente al Estado".

Por lo que hace a la regla general sobre el destino de los bienes decomisados, el Anteproyecto deja sin determinar los casos en que podrán aplicarse a saldar las responsabilidades civiles del penalizado, lo que supone una indeterminación que requerirá interpretaciones a la hora de aplicar ese precepto, que es, en el criterio de este Consejo, una solución peor que la actualmente existente, que se estima, por tanto, preferible.

Por lo que hace a la regla especial aplicable a los bienes decomisados en relación con delitos contra la salud pública, la negativa a que puedan tener esa finalidad indemnizatoria se basa en que existen mecanismos y regulaciones ad hoc a propósito del destino de tales bienes y de su afectación al desarrollo de ciertas políticas públicas, como es el caso del Fondo de bienes decomisados por tráfico ilícito de drogas y otros delitos relacionados (Ley 17/2003, de 29 de mayo, y disposiciones de desarrollo).

F) El tratamiento procesal del comiso. Los 5 primeros apartados de la disposición final segunda del Anteproyecto actualizan la regulación procesal aplicable al comiso.

A tales efectos, dan nueva redacción a los artículos 367 quater, quinquies, sexies y septies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Por su parte, la disposición transitoria sexta del Anteproyecto aborda el procedimiento contradictorio a seguir para decretar el comiso de unos bienes, efectos y ganancias sin que medie una sentencia condenatoria. Este Consejo reputa anómalo que, al abordar tal procedimiento, la mencionada disposición transitoria sexta disponga que se aplicará "hasta la entrada en vigor de la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal". Tanto por razones de sana técnica legislativa, como por la ausencia de previsiones concretas acerca de la entrada en vigor de esa nueva Ley Procesal Penal, se estima preferible que el Anteproyecto inserte dentro de la actual Ley de Enjuiciamiento Criminal las normas que sean necesarias a propósito de la materia que aborda su actual disposición transitoria sexta.

También en relación con esa regulación procesal, la disposición final tercera del Anteproyecto se ocupa de la ejecución de resoluciones de comiso dictadas en otros Estados. A tales efectos, y reconociendo la preferible aplicación de los convenios internacionales que España tenga suscritos con los correspondientes Estados, esa disposición final contiene unas reglas convencionales acerca del destino de los bienes que se hallen, la cobertura de los gastos en que se haya incurrido para localizarlos, la distribución del resultado procedente de su disposición y la protección de los bienes integrantes del patrimonio histórico español.

Dentro de la diversidad de criterios que pudieran seguirse en esa materia, las reglas y soluciones recogidas en el Anteproyecto son aceptables.

G) Los órganos especializados en relación con los bienes decomisados. A lo largo de las disposiciones procesales que acaban de comentarse, el Anteproyecto prevé la existencia de órganos especializados en ese ámbito de actuación, como son la Oficina de Gestión de Bienes Decomisados y la Oficina de Recuperación de Activos. 1. La Oficina de Gestión de Bienes Decomisados. Esta aparece mencionada en las nuevas redacciones que el Anteproyecto da a los artículos 367 quater, quinquies, sexies y septies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, atribuyéndole las siguientes potestades:

- Instar de los órganos judiciales la realización de los bienes decomisados.
- Solicitar de los órganos judiciales su autorización para la utilización provisional de los bienes decomisados.

- Resolver acerca de la adjudicación del uso de tales bienes y sobre las medidas de conservación que deban adoptarse.

Se trata de potestades que tratan de coadyuvar al buen uso y destino de los bienes decomisados, haciendo frente a los problemas que derivan del elevado número y diversidad de Juzgados y Tribunales que pueden acordar el decomiso de bienes y de los muy distintos medios de los que disponen para gestionar la conservación de tales efectos. De ambas circunstancias tiene cumplida noticia este Consejo con ocasión de dictaminar los numerosos casos en que se suscitan reclamaciones de responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia sobre la base del deficiente modo en que han sido utilizados y conservados los bienes decomisados.

Desde la experiencia que deriva de esas actuaciones, este Consejo de Estado quiere enfatizar que, junto a la centralización de actuaciones y criterios que puede llevar a cabo la nueva Oficina prevista, será también crucial que se la dote de los medios adecuados para que pueda incidir con eficacia en el modo en que se desarrollan las actuaciones de conservación, utilización y disposición de los bienes decomisados. A la vista de la importancia que este Consejo atribuye a la creación de la mencionada Oficina, será crucial el modo en que el Gobierno haga uso de la habilitación que la disposición final cuarta del Anteproyecto le concede para que, antes del 30 de junio de 2015, apruebe las disposiciones reglamentarias que recojan la estructura, organización, funcionamiento y actividad de tal Oficina. 2. La Oficina de Recuperación de Activos. El apartado número 5 de la disposición final segunda del Anteproyecto contempla que los Juzgados y Tribunales, a instancia del Ministerio Fiscal, pueden encomendar a esa Oficina la localización de los efectos, bienes e instrumentos con que se hayan preparado o ejecutado los delitos y de las ganancias provenientes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización criminal.

El párrafo segundo de esa norma añade que "dicha Oficina tendrá la consideración de Policía Judicial y su organización y funcionamiento se regularán reglamentariamente". Tal previsión apunta a que la mencionada Oficina formará parte de los medios auxiliares al servicio de la Administración de Justicia, pareciendo claro que esa formulación del Anteproyecto no es muy afortunada, ya que lo que trata de expresarse es que la aludida Oficina se integrará dentro de la Policía Judicial.

Decimotercia. Delitos de homicidio

Los apartados 93º a 97º del artículo único del Anteproyecto contienen las modificaciones que se propugnan en relación con las diversas formas del delito de homicidio, afectando a los artículos 138 a 140 y 142 del Código Penal e introduciendo en él un nuevo artículo (140 bis).

Dejando a un lado este último precepto, que se centra en aplicar la medida de seguridad de libertad vigilada a los delitos de homicidio, procede examinar, por separado, las restantes novedades del Anteproyecto.

A) El delito básico de homicidio. La nueva redacción que el apartado 93º del artículo único del Anteproyecto da al artículo 138 del Código Penal se centra en introducir un nuevo apartado número 2 en ese precepto, de modo que su tenor actual pasa a integrar el apartado número 1.

Ese nuevo apartado número 2 se ocupa de los casos en que el delito básico de homicidio se castigará con la pena superior en un grado a la prevista para ese delito (prisión de diez a quince años), recogiendo, en concreto, dos supuestos:

- De un lado, aquellos en los que concurren las circunstancias del artículo 140, número 1, del Código Penal. Tal y como indica la Memoria, esas circunstancias que cualifican el delito básico de homicidio han sido introducidas para atender una de las sugerencias que el informe del Consejo Fiscal hizo al examinar la nueva redacción de ese artículo 140. Al ser tales circunstancias otra de las novedades introducidas por el Anteproyecto a propósito del tipo agravado del delito de asesinato, serán examinadas en el siguiente apartado de la presente consideración.

- De otro, aquellos que los hechos constitutivos de un delito básico de homicidio representen, al mismo tiempo, un delito de atentado contra la autoridad y sus agentes del artículo 550 del Código Penal.

La exposición de motivos del Anteproyecto justifica esa novedad en brindar una especial protección a los integrantes de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, lo que es, desde luego, un motivo que la política criminal puede tomar en consideración a la hora de revisar la configuración de los delitos de homicidio. Así se aprecia, por otra parte, en otros ordenamientos penales comparados, de modo que se avanza un juicio favorable al respecto.

B) El delito básico de asesinato. Las novedades al respecto se contienen en el apartado 94º del artículo único del Anteproyecto y tienen una estructura formal similar a la que se ha comentado a propósito del tipo básico del homicidio.

En efecto, estructurado actualmente el artículo 139 del Código Penal en un único apartado con tres incisos, el Anteproyecto introduce en ese artículo dos apartados. El primero de ellos (número 1) recoge el actual tenor de ese precepto, con algunas importantes modificaciones, mientras que el nuevo apartado (número 2), coincide con el actual artículo 140.

Por lo que hace al apartado número 1 del proyectado artículo 139, recoge las tres clásicas circunstancias que cualifican al delito de asesinato frente al tipo básico de homicidio (alevosía, precio, recompensa o promesa y ensañamiento) e introduce dos relevantes cambios:

- De un lado, amplía la respuesta penal al delito de asesinato, de modo que, frente a la actual pena de prisión de quince a veinte años, le aplica una pena de prisión de quince a veinticinco años.

El Consejo General del Poder Judicial se ha mostrado crítico con tal ampliación, reputándola de excesiva y afirmando que puede "hacer ilusoria la exigencia de la determinación de la pena en el precepto penal inherente al principio de legalidad penal".

Ese principio de legalidad penal ha venido ininterrumpidamente cumpliéndose con normas de rango legal que contemplan un cierto abanico de las penas previamente fijadas para las conductas que se estiman merecedoras de sanción penal.

Por otra parte, y en relación con el máximo de la pena de prisión que se aplicará al asesinato (veinticinco años), ha de recordarse que ya está contemplado actualmente por el artículo 140 del Código Penal para los casos en que concurra más de una de las circunstancias que cualifican al asesinato frente al tipo básico del homicidio, si bien esa pena agravada (prisión de veinte a veinticinco años) recoge el mismo abanico de cinco años de la pena destinada al tipo básico de asesinato.

En consecuencia, la cuestión se centra en determinar si es desmedido el abanico de diez años en una pena de prisión que va desde quince a veinticinco años.

Se trata, obviamente, de un relevante cambio en los criterios de política criminal que nuestro ordenamiento aplica al delito de asesinato, por lo que resulta sorprendente la parca justificación que se encuentra en el material incorporado al expediente. De hecho, la exposición de motivos y la Memoria del Anteproyecto se limitan a indicar al respecto que "se amplía el marco penal dentro del cual los Tribunales deben fijar la pena justa".

En tales circunstancias, entiende este Consejo que la ampliación de los márgenes dentro de los que se desenvolverá la pena de prisión en un delito de asesinato deben ponerse en relación con la diversidad de circunstancias que cualifican ese tipo penal frente al delito básico de homicidio.

Es claro que no ha sido la concurrencia de más de una de esas circunstancias la causa que ha originado la novedad que ahora se comenta. Se recordó anteriormente que nuestro Código Penal contiene, actualmente, dos tipos diferenciados de asesinato, con penas distintas (prisión de quince a veinte años y de veinte a veinticinco años, respectivamente), basándose esa diferenciación precisamente en que concurra solo una o más de una de las indicadas circunstancias. A ello ha de añadirse que la nueva redacción propuesta para el artículo 139 del Código Penal seguirá contemplando ese hecho, ya que, mientras que su apartado número 1 se ocupa de la concurrencia de una de esas circunstancias, su apartado número 2 trata de los casos en que se dé más de una de ellas.

La diferencia en este punto radica en que, mientras que, en la actualidad, la prisión de más de veinte años y hasta veinticinco sólo puede aplicarse cuando concurra más de una de las

comentadas circunstancias, con la proyectada reforma del aludido artículo 139 podría aplicarse la prisión hasta de veinticinco años dándose una sola de tales circunstancias.

En consecuencia, es quizá la atención a la diversidad de casos que pueden presentarse a propósito de esas circunstancias y al grado en que estas pueden presentarse lo que ha llevado al texto que ahora se informa a incluir esa sustancial ampliación de los márgenes en que habrá de fijarse una pena especialmente grave de prisión.

Reiterando que es de todo punto necesario que una decisión de ese tipo venga acompañada de una adecuada y detallada explicación, que no se ha ofrecido en este caso, no advierte este Consejo datos que desaconsejen abiertamente la novedad ahora comentada.

- De otro, el Anteproyecto añade una nueva circunstancia que cualifica al asesinato frente al delito básico de homicidio, que consiste en que se cause la muerte de una persona "para facilitar la comisión de otro delito o para evitar que se descubra". Esa segunda novedad del Anteproyecto ha sido criticada por el Consejo Fiscal, aduciendo que provocará "delicados problemas concursales de difícil resolución a la hora de calificar el delito facilitado o encubierto y podría incluso lesionar el principio non bis in idem".

En relación con la posible afectación al principio esencial non bis in idem, es de notar que la nueva circunstancia conecta el asesinato con la comisión de otro delito, de modo que está contemplando los casos en que concurran en el comportamiento de una persona dos ilícitos penales distintos (el asesinato y ese otro delito). Así entendida, la nueva circunstancia se desenvolvería en el terreno del concurso real de delitos, no apreciándose que ponga en peligro el respeto al mencionado principio penal.

Cuestión distinta es la mayor o menor dificultad de apreciar cuando se dé ese concurso real de delitos o de comprobar si se ha causado la muerte de una persona con la finalidad de facilitar la comisión de otro delito o de evitar su descubrimiento. Se estará, pues, ante un problema, posiblemente arduo, de prueba más que de calificación del concurso, sin que se adviertan datos que recomienden vivamente prescindir de esa nueva circunstancia calificadora del delito de asesinato.

C) El tipo agravado del delito de asesinato. El Anteproyecto (apartado 95º de su artículo único, que da nueva redacción al artículo 140 del Código Penal) introduce un tipo agravado de asesinato, al que aplica la nueva pena de prisión permanente revisable, que se caracteriza porque la muerte se haya causado concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

- Ser la víctima menor de 16 años o persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad física o mental.

El Consejo General del Poder Judicial ha entendido que esta primera circunstancia se opondría al principio non bis in idem, aduciendo que "buena parte de los supuestos a los que se refiere la menor de edad o persona especialmente vulnerable terminarían en la alevosía en atención a la construcción jurisprudencial de la misma".

Con independencia de los términos en que los Tribunales han ido progresivamente configurando y aplicando la circunstancia de la alevosía, es claro que una reforma legal que introduzca un tipo agravado de delito en atención, entre otras circunstancias, a la menor edad y otras circunstancias personales de las víctimas afectará a esa configuración de la alevosía y a su desenvolvimiento dentro de los tipos penales del asesinato.

Más en concreto, de aprobarse el cambio legal que ahora se informa, la alevosía pasaría a ser la circunstancia que cualifica la muerte de una persona, situando su respuesta penal en sede de asesinato y no de homicidio, mientras que la determinada minoridad de edad y otras circunstancias personales serían circunstancias que calificarían un tipo agravado de asesinato. Es claro que la alevosía podría seguir invocándose en relación con ese tipo penal agravado, pero ya no sería en cuanto circunstancia que delimita las fronteras entre el homicidio y el asesinato sino como una circunstancia general agravante de la pena que correspondería a un tipo ya reforzado de asesinato. Por lo tanto, no habría una doble atención a la alevosía para definir dos tipos penales (asesinato y asesinato calificado) y, en todo caso, no se advierte que corra peligro el principio non bis in idem, ya que no cabría la doble y simultánea aplicación de esos dos tipos penales.

Por todo ello, no se comparte esa posición contraria del Consejo General del Poder Judicial a la primera de las circunstancias que calificarían el tipo agravado de asesinato.

Todavía a propósito de tal circunstancia, aunque acotada a la minoridad de edad, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal han coincidido en destacar la discordancia de criterios que el Código Penal aplicaría en relación con la minoridad de edad como elemento a tener en cuenta en la definición de las respuestas penales, invocando, en concreto, que, frente a la edad de 13 años que la iniciativa legislativa toma en consideración en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual y en los delitos de prostitución y explotación sexual, el tipo agravado de asesinato recurre a los 16 años sin ofrecer una justificación al respecto.

Esa diferencia de edades se verá afectada por la reforma penal que ahora se dictamina, ya que, como habrá posteriormente ocasión de comentar, el umbral de 13 años se ve modificado por las novedades que se proponen en materia de abusos sexuales, prostitución y corrupción de menores.

En todo caso, y por lo que concierne al actual umbral de los 13 años, es utilizado por el Código Penal para agravar la reacción penal en los aludidos delitos en razón de los perjuicios que comportan para esos menores de edad, mientras que, en sede de asesinato, el umbral más alto de los 16 años trata de salvaguardar el bien de la vida. Así entendida la cuestión, no se aprecia una contradicción en esa diversidad de criterios.

- Cometerse el hecho subsiguientemente a un delito contra la libertad sexual en la persona de la víctima del asesinato.

- Pertenecer el autor del asesinato a un grupo u organización criminal. Esta tercera circunstancia ha sido también objetada por el Consejo General del Poder Judicial desde la perspectiva del principio non bis in idem, entendiéndose que "se producirá un concurso de normas con los art. 570 bis o 570 ter CP en los que se sanciona autónomamente dicha pertenencia o dirección de la organización o grupo, pues precisamente la agravación de la pena en el delito de asesinato obedece al aumento del injusto que supone la pertenencia a organización, por lo que no podrá castigarse este último comportamiento de forma autónoma por la vía de los artículos 570 bis o 570 ter en concurso de delitos con el subtipo agravado específico, ya que ello vulneraría el principio non bis in idem".

En los términos en que está formulada, esta última circunstancia calificadora del tipo agravado de asesinato recoge el hecho de que el delito hubiera sido cometido por quien pertenezca a una organización o grupo criminal. Por lo tanto cabe entender que la propuesta normativa parte de entender que la pertenencia del asesino a una organización criminal supone una mayor carga de injusto y de reproche penal en la muerte que haya causado y no, por el contrario, que ese tipo cualificado esté recogiendo, subsumiendo y penando las dos conductas reprochables del interesado (su pertenencia a un grupo criminal y la muerte que cause). Por lo tanto, se estima que esa nueva circunstancia calificadora puede ser entendida sin entrar en colisión con el principio non bis in idem. Cuestión distinta de ello es el modo en que deberá comprobarse el hecho a que tal circunstancia se refiere, es decir, la citada pertenencia a un grupo u organización criminal. En este punto, y tratándose de un hecho que es objeto de una expresa tipificación penal autónoma, parece que la conclusión procedente es que el tipo agravado de asesinato sólo podrá apreciarse cuando previa o simultáneamente se declare que el autor del asesinato es también responsable del delito de pertenencia a un grupo u organización criminal. Para recoger tal exigencia, cabría matizar la tercera circunstancia recogida en el proyectado artículo 140, número 1, del Código Penal en una línea similar a "que el delito se hubiera cometido por quien haya sido o sea condenado por pertenecer a un grupo u organización criminal".

También en relación con ese tipo agravado, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal han objetado el apartado número 2 del proyectado nuevo artículo 140 del Código Penal, que prevé que la pena de prisión permanente revisable podrá también imponerse al condenado por "la muerte de más de dos personas", lo que la exposición de motivos y la Memoria ponen en relación con el tratamiento específico que merecen los asesinatos reiterados o cometidos en serie.

El Consejo General del Poder Judicial entiende que esa pena excepcional debiera reservarse a quien, en razón de la muerte de varias personas, hubiere sido condenado por asesinato de

todas ellas, de modo que tal pena no procedería si alguna de las muertes no fuera constitutiva de asesinato. Por su parte, el Consejo Fiscal aprecia una contradicción entre las alusiones a asesinatos reiterados o cometidos en serie, que incluyen la muerte de dos o más personas, y el hecho de que el tipo penal propuesto exija la muerte de más de dos personas.

En atención a la naturaleza rigurosamente especial de la prisión permanente revisable, este Consejo coincide enteramente con la observación del Consejo General del Poder Judicial. Por lo que hace al apunte del Consejo Fiscal, existe más de un sentido que dar a la expresión "asesinatos reiterados o cometidos en serie", de modo que no es inequívoco que tal expresión deba forzosamente incluir la muerte de dos personas. En todo caso, y dentro de ese margen de libre apreciación, la observación del Consejo Fiscal debiera ser objeto de una nueva reflexión por parte de los órganos instructores.

C) El delito de homicidio imprudente. Las modificaciones que el apartado 97º del artículo único del Anteproyecto introduce en el actual artículo 142 del Código Penal se cifran en introducir unos criterios para valorar el grado de imprudencia en la utilización de un vehículo de motor o ciclomotor de la que resulte la muerte de un tercero.

Tal y como indica la Memoria, esta novedad del texto que se informa se introdujo con posterioridad a los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, cuestión que ya ha habido ocasión de criticar.

Sin perjuicio de ello, esta concreta novedad del Anteproyecto parece razonable a la vista de la muy distinta entidad que puede tener la imprudencia en la conducción de vehículos de motor y ciclomotores.

Decimocuarta. Delitos de lesiones

Las novedades que el Anteproyecto propugna introducir en nuestro actual Código Penal son objeto de los apartados 98º a 102º de su artículo único, que modifican los artículos 147, 152, 153 y 156 del Código Penal e introducen en él un nuevo artículo, 156 ter, respectivamente.

A) Los distintos tipos de delitos de lesiones. Se ocupa del mismo el apartado 98º del artículo único del Anteproyecto, cuyo contenido trae causa de la supresión de la categoría general de las faltas penales, lo que, en esta materia, se proyecta sobre la falta de lesiones del actual artículo 617 del Código Penal.

La reforma se orienta en el sentido de insertar dentro del cuadro de delitos de lesiones un delito leve que recogería las conductas actualmente calificadas de faltas de lesiones y para las que se considera necesario mantener una reacción de índole y naturaleza penales. Ese es el objeto fundamental del nuevo tipo recogido en el apartado número 3 de la nueva redacción propuesta para el artículo 147 del Código Penal, que acogería el tipo actualmente incluido en el artículo 617, número 2, de ese mismo cuerpo legal, incrementando su actual pena de multa de 10 a 30 días hasta la de uno a dos meses.

En razón de esa pena, y tal y como proclama el apartado XXXII de la exposición de motivos del Anteproyecto, se estaría ante un delito leve, lo que ha dado pie al Consejo General del Poder Judicial a recabar que se especifique la naturaleza del tipo que se mantiene, como en la actualidad, en el artículo 147, número 2, del Código Penal, pero que, en virtud de las novedades que el Anteproyecto contiene en materia de penas, pasa a incluir una pena menos grave (prisión de tres a seis meses) y otra leve (multa de uno a doce meses). Se trata de una cuestión que ya ha sido destacada en el previo apartado que este dictamen dedicó a la supresión de las faltas.

B) La distinción entre los delitos graves de lesiones y los restantes delitos de lesiones. Una de las novedades capitales del Anteproyecto afecta a la distinción que traza entre los distintos tipos de lesiones punibles.

En la actualidad, esa diferenciación, ahora centrada entre delitos y faltas, se basa en la necesidad de que las lesiones sufridas requieran tratamiento médico o quirúrgico, en cuyo caso se estará ante un delito de lesiones. Frente a tal criterio, el Anteproyecto utiliza el de la gravedad de las lesiones, de modo que será delito grave aquella lesión "que menoscabe su integridad corporal o su salud física", mientras que no tendrá tal cualidad la lesión "de menor gravedad".

Tal y como indica el Consejo General del Poder Judicial, el cambio de criterio puede no ser tan relevante, ya que esa mayor o menor gravedad de las lesiones redundará, bastante directamente, en que sea necesario un determinado tratamiento médico o quirúrgico, de modo que este último será un relevante elemento probatorio acerca de la entidad de las lesiones.

En realidad, la clave del cambio de criterio la ofrece la exposición de motivos del Anteproyecto (apartado XXXII), que conecta tal cambio con el hecho de que las lesiones que no sean constitutivas de un delito grave "sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal" (apartado número 4 del propuesto artículo 147 del Código Penal). En efecto, la exposición de motivos explicita que se trata de evitar que "un simple parte médico de lesiones de escasa entidad obliga al Juzgado de Instrucción a iniciar todo un proceso judicial y a citar al lesionado para que acuda obligatoriamente al Juzgado a fin de hacerle el ofrecimiento de acción como perjudicado, con los inconvenientes que ello le ocasiona", añadiendo que "parece más adecuado que sólo se actúe cuando el perjudicado interponga denuncia".

El Consejo General del Poder Judicial ha discrepado de esa consideración de los delitos no graves de lesiones como infracciones solo perseguibles a instancia de parte, invocando al efecto el bien jurídico protegido -la salud física y psíquica- y la protección que tiene constitucionalmente reconocida (artículo 15 de la Constitución).

Siendo claras la relevancia y protección del bien jurídico que subyace al delito de lesiones, no parece que conlleven, forzosa e inexorablemente, la consecuencia de tener que atribuir a ese delito, en todos los casos y bajo cualquier circunstancia, la naturaleza de delito perseguible de oficio.

Por ello, parece preferible centrar la atención en el concreto tratamiento que se aplique a cada una de las modalidades y grados del delito de lesiones. En ese campo se desenvuelve, precisamente el informe del Consejo Fiscal, que ha recordado las previsiones que permiten al Ministerio Fiscal actuar, en ciertos casos, ante infracciones cuya persecución se reserva, con carácter general, a la instancia de parte (por ejemplo, en materia de faltas, el actual artículo 639 del Código Penal).

Tal y como recoge la Memoria, la versión definitiva del Anteproyecto se ha hecho eco del criterio del Consejo Fiscal y ha incorporado una disposición final segunda, que se ocupa del ejercicio de las acciones penales por parte del Ministerio Fiscal y contempla que, en relación con las infracciones perseguibles a instancia de parte, el Ministerio Público podrá formular denuncias si la víctima fuere menor de edad o estuviese incapacitada o desvalida, además de salvar, también en relación con esas infracciones, la práctica de diligencias a prevención.

C) Las restantes novedades en relación con los delitos de lesiones. El resto de novedades contenidas en el Anteproyecto son de menor alcance y se cifran en:

- Reflejar en las lesiones imprudentes los mismos criterios de gradación de la imprudencia en la conducción de vehículos de motor y ciclomotores que ya han sido comentados a propósito de los homicidios imprudentes (apartado 99º del artículo único, que da nueva redacción al artículo 152 del Código Penal).

- Recoger la supresión de las faltas penales en el delito de lesiones específicamente referido a la violencia de género y prever que podrá aplicarse a ese tipo específico de lesiones la medida de seguridad de libertad vigilada (artículo 153, número 1, al que da nueva redacción el apartado 100º del artículo único del Anteproyecto, que introduce un nuevo apartado número 5 en ese mismo precepto).

- Adaptar los supuestos de trasplantes de órganos, esterilizaciones y cirugía transexual al nuevo régimen de incapacidad (apartado 101º del artículo único del Anteproyecto, que reformula el actual artículo 156 del Código Penal). Esta novedad del Anteproyecto ya fue comentada en el apartado que la presente consulta dedica a la revisión que la proyectada reforma legal penal da al régimen de incapacidad.

- Introducir la posibilidad de aplicar la medida de seguridad de libertad vigilada a todos los delitos de lesiones (nuevo artículo 156 ter del Código Penal, previsto por el apartado 102º

del Código Penal), lo que haría innecesario el ya comentado nuevo apartado número 5 del artículo 153 de ese mismo texto legal.

Decimoquinta. Delitos de detención ilegal y secuestro

El apartado 103º del artículo único del Anteproyecto modifica el artículo 166 del Código Penal, que contempla tipos agravados de los delitos de detención ilegal y secuestro. El apartado 1 dispone: "1. El reo de detención ilegal o secuestro que no dé razón del paradero de la persona detenida será castigado con una pena de prisión de diez a quince años, en el caso de la detención ilegal, y de quince a veinte años en el de secuestro".

Con ello, se introducen cambios relevantes respecto de la regulación actual, tanto por las penas que se prevén (que ya no son las superiores en grado a las señaladas en los artículos anteriores) como por la supresión de la salvedad que hasta ahora prevé el artículo 166 ("... salvo que la haya dejado en libertad"). En relación con la versión anterior del Anteproyecto (en el que se preveía, en este primer apartado, una única pena de diez a quince años), el Consejo Fiscal apuntaba que se trataba de una pena equivalente a la prevista para el delito de homicidio, con vistas a esa equiparación; y, por otra parte, se valoraba positivamente la salvedad suprimida (sobre la puesta en libertad), en cuanto "orilla la polémica sobre la carga de la prueba de este extremo".

Conviene subrayar, en relación con ello, que el delito en cuestión no puede configurarse como un delito de sospecha, lo que sería de dudosa constitucionalidad desde la perspectiva de la presunción de inocencia. Para que sea constitucionalmente admisible, ha de excluirse la idea de que el incremento de la pena deriva de una sospecha de que el reo ha muerto y ha de entenderse, más bien, como una agravación derivada de la posición de garante que asume el secuestrador respecto de su víctima, tal y como apunta el Consejo General del Poder Judicial en línea con la STC 155/2002. En este sentido, cabe recordar la interpretación que el Tribunal Supremo hizo del artículo 483 del Código Penal de 1973 (relativo a este mismo delito), en su sentencia de 25 de junio de 1990, que fue expresamente aceptada por el Tribunal Constitucional en el auto 419/1990, para admitir la compatibilidad de ese tipo delictivo con el derecho a la presunción de inocencia constitucionalmente garantizado. Se decía en esta resolución que el artículo 483 del anterior Código Penal permitía "un entendimiento compatible con la exigencia constitucional de la presunción de inocencia y de la necesidad de prueba de la culpabilidad". En esa interpretación, se decía, la no puesta en libertad del detenido había de ser probada por la acusación; se precisaba que la desaparición de una persona consiste en su no devolución al lugar ordinario de residencia o al lugar en donde fue detenida, de forma que el acusador debía demostrar que el detenido no había sido vuelto a ver por sus lugares habituales y que había puesto en marcha un infructuoso mecanismo de búsqueda (aunque la dificultad probatoria consiguiente a la probanza de hechos negativos incluya la posibilidad de prueba indiciaria relativa a la no presencia del detenido en sus lugares habituales o en aquellos en que los imputados dicen que puede hallarse el sujeto pasivo). En definitiva, es la desaparición -que ha de ser probada- la que se imputa al recurrente, sin lesionar por ello su derecho constitucional a la presunción de inocencia. A partir de estas consideraciones, no se objeta la constitucionalidad del proyectado artículo 166.1 del Código Penal.

El apartado 2 del artículo 166 proyectado recoge dos supuestos agravados, en los siguientes términos: "2. Se impondrá una pena de quince a veinte años de prisión, en el caso de detención ilegal, y de veinte a veinticinco años de prisión, en el de secuestro, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la víctima fuera menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección. b) Que el autor hubiera llevado a cabo la detención ilegal con la intención de atentar contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, o hubiera actuado posteriormente con esa finalidad."

En la versión anterior a la remitida para consulta, el apartado a) hacía referencia, únicamente, a la circunstancia de que la víctima fuera menor de edad, ante lo que el Consejo Fiscal observó que se había omitido el caso de que la víctima fuera una persona con discapacidad necesitada de especial protección, supuesto que, junto con el de la menor edad, se recoge en el artículo 165 para agravar los tipos de detención ilegal y secuestro previstos en los artículos anteriores. Señalaba el Consejo Fiscal, con buen criterio, que no parecía lógico que ambos fueran causa de agravación de los delitos de detención ilegal y secuestro regulados en los artículos 163 y 164, y no lo fueran de los supuestos más graves de ambos

delitos -en los que no se da razón del paradero de la persona detenida-. Acogida la observación, el mencionado apartado a) contempla ambos supuestos, de la menor edad y de la discapacidad.

Ahora bien, a juicio del Consejo de Estado, la observación del Consejo Fiscal puede elevarse a un plano superior, a fin de dotar de una mayor congruencia a las previsiones relativas a los delitos de que aquí se trata. De un lado, están los artículos 163 y 164 que regulan, respectivamente, los tipos de detención ilegal y secuestro; y, a continuación, el artículo 165 prevé la imposición de las penas en su mitad superior si concurre alguna de las cuatro circunstancias que se expresan (simulación de autoridad o función pública, que la víctima fuere menor de edad o incapaz o funcionario público en el ejercicio de sus funciones). A continuación el artículo 166 establece -y seguirá haciéndolo en su apartado 1- un supuesto especial de detención ilegal y secuestro caracterizado por que no se da razón del paradero de la víctima; y sin embargo, en este último caso, los supuestos agravados son solo parcialmente coincidentes con los previstos en el artículo 165.

Se sugiere, por ello, que se valore la posibilidad de introducir un mayor paralelismo entre las circunstancias previstas en el artículo 165 y las introducidas en el artículo 166.2, en aras de una mayor congruencia interna del capítulo del Código Penal dedicado a los delitos de detención ilegal y secuestro; ello puede hacerse llevando al artículo 165 la circunstancia prevista en el proyectado artículo 166.2.b y al 166.2 las previstas en el vigente artículo 165, o bien suprimiendo unas u otras circunstancias de ambos artículos (165 y 166.2 proyectado).

Directamente relacionado con lo anterior, cabe traer a colación aquí algunas dudas que el Consejo General del Poder Judicial plantea en relación con el subtipo agravado del artículo 166.2.b proyectado. Se pregunta el citado órgano qué es exactamente lo que en él se requiere; si se exigiera que se hubiera producido un ataque contra la libertad o la indemnidad sexual de la víctima, se podría estar creando un tipo atenuado (frente a la posibilidad de sancionar por un concurso de delitos); si se exige únicamente la intención o finalidad (no materializada en acto alguno de ataque contra esa libertad o indemnidad sexual), podría apreciarse una cierta desproporción de la pena, habida cuenta de las previstas en el Código para la agresión sexual (1 a 5 años de prisión), para la violación (6 a 12 años de prisión) y de homicidio (10 a 15 años de prisión).

En todo caso, y al margen de lo anterior, suscita dudas la aplicabilidad del proyectado artículo 166.2.b al secuestro, habida cuenta de que en él se hace referencia únicamente a la detención ilegal y no al secuestro (lo que apuntaría a su no aplicabilidad a este último), si bien el secuestro entraña una detención ilegal (lo que apuntaría a la aplicabilidad del 166.2.b al secuestro).

Decimosexta. El delito de matrimonio forzado

La exposición de motivos señala en el apartado XXX que se tipifica el matrimonio forzado para cumplir con los compromisos internacionales suscritos por España en lo relativo a la persecución de los delitos que atentan contra los derechos humanos.

En efecto, la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, incluye el matrimonio forzado entre las conductas que pueden dar lugar a una explotación de personas.

Por otro lado, la Convención de Naciones Unidas sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece que los Estados Partes adoptarán todas las medidas adecuadas para eliminar la discriminación contra la mujer en todos los asuntos relacionados con el matrimonio y las relaciones familiares y, en particular, asegurarán en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres: "a) El mismo derecho para contraer matrimonio; b) El mismo derecho para elegir libremente cónyuge y contraer matrimonio sólo por su libre albedrío y su pleno consentimiento" (artículo 16). Y la Declaración Universal de Derechos Humanos establece igualmente en su artículo 16 que los hombres y las mujeres, a partir de la edad núbil, tienen derecho, sin restricción alguna por motivos de raza, nacionalidad o religión, a casarse y fundar una familia, y disfrutarán de iguales derechos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del matrimonio. Sólo mediante libre y pleno consentimiento de los futuros esposos podrá contraerse el matrimonio. La

familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado.

El nuevo tipo penal que se proyecta se incorpora dentro del Capítulo III, de las coacciones, en el Título VI ("Delitos contra la libertad") del Libro II. En el régimen vigente la sanción de estas conductas venía a través de la sanción de los delitos con los que normalmente suelen ir aparejados, como agresión sexual, detención ilegal, lesiones,... Sin embargo, como se ha puesto de manifiesto por casi todos los órganos preinformantes, esta solución no satisfacía los diversos compromisos internacionales, teniendo en cuenta que muchos otros países de nuestro entorno, como recuerda la exposición de motivos han regulado específicamente este delito de matrimonio forzado.

El Anteproyecto ubica al nuevo delito después del delito de coacciones y con la misma pena - prisión de seis meses a tres años o con multa de 12 a 24 meses-.

Aun cuando no se formula ninguna objeción a la redacción proyectada, a juicio del Consejo de Estado sería conveniente que la pena fuera superior a la prevista para el delito de coacciones teniendo en cuenta que la propia exposición de motivos del Anteproyecto califica el delito del matrimonio forzado como una "modalidad agravada dentro del delito de coacciones", además de que ha sido conectado en los distintos textos normativos examinados (y en concreto en la Directiva 2011/36/UE) con la violencia sobre la mujer y el delito de trata de seres humanos.

Finalmente se valora positivamente que el Anteproyecto haya incorporado en su última versión las propuestas que tanto la Fiscalía General del Estado como el Consejo General del Poder Judicial pusieron de manifiesto en sus respectivos informes con relación a la previsión de un tipo agravado para el caso de que la víctima del delito fuera un menor de edad y así se recoge en el artículo 172.bis.3.

Decimoséptima. Delito de acoso

El apartado 108º del artículo único del Anteproyecto introduce un nuevo tipo penal de acoso (artículo 172 ter), dentro de los delitos contra la libertad, que está destinado, como señala la exposición de motivos, a "ofrecer respuesta a conductas de indudable gravedad que, en muchas ocasiones, no podían ser calificadas como coacciones o amenazas". En efecto, se trata de todos aquellos supuestos en los que, sin llegar a producirse necesariamente el anuncio explícito o no de la intención de causar algún mal (amenazas) o el empleo directo de violencia para coartar la libertad de la víctima (coacciones), se producen conductas reiteradas por medio de las cuales se menoscaba gravemente la libertad y sentimiento de seguridad de la víctima, a la que se somete a persecuciones o vigilancias constantes, llamadas reiteradas, u otros actos continuos de hostigamiento.

El Consejo de Estado sugiere dar una nueva redacción a determinadas expresiones que contiene el apartado primero del artículo 172 ter. Así, se dispone en el mismo que se penará a quien "sin estar legítimamente autorizado" realice las conductas de acoso que seguidamente se enumeran. De la lectura del mismo podría desprenderse, a sensu contrario, la posibilidad de acoso cuando se esté legítimamente autorizado cuando, evidentemente, el acoso, en sí mismo, en ningún caso podría estar justificado o amparado por la norma. Cuestión distinta es que determinadas conductas que seguidamente enumera el precepto puedan estar legitimadas, por ejemplo, por razón de quien las lleva a cabo (i. e., la conducta de "vigilar, perseguir o buscar la cercanía física" llevada a cabo por miembros de las Fuerzas y Cuerpos de la Seguridad del Estado, podría estar legítimamente autorizada pero en modo alguno puede configurarse como un "acoso legítimo"). Por todo se sugiere dar una nueva redacción al precepto con el fin de evitar el efecto indicado.

Por otro lado, el artículo 172 ter 1 enumera una serie de conductas como son las siguientes:

1º La vigile, la persiga o busque su cercanía física.

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

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

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

5º Realice cualquier otra conducta análoga a las anteriores".

No se formula ninguna objeción al conjunto de conductas enumeradas en el precepto proyectado aunque no se justifican las razones que llevan a incluir estas conductas y a excluir otras como, por ejemplo, la de atentar contra la salud y la vida. Sin perjuicio de ello, a juicio del Consejo de Estado, la última de las conductas reseñadas (que se realice cualquier otra "conducta análoga a las anteriores") no resulta adecuada pues, aunque debe reconocerse la dificultad de establecer una serie de conductas detalladas o exhaustivas, sin embargo la redacción del Anteproyecto podría generar cierta inseguridad jurídica por la ambigüedad de la interpretación que se pueda hacer de la "conducta análoga", lo que se compadecería mal con el propio artículo 25 de la Constitución que prevé que nadie pueda ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse, no constituyan delito o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

Decimoctava. El delito de trata de seres humanos

El apartado 112º del artículo único del Anteproyecto modifica los apartados 1 y 4 del artículo 177 bis del Código Penal relativo al delito de trata de seres humanos.

La exposición de motivos del Anteproyecto, en su apartado I, ya avanza que la reforma se ocupa de la transposición de la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas. Y el apartado XXVII de la citada exposición concreta que la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, introdujo el delito de trata de seres humanos en el actual artículo 177 bis.

En consecuencia, este delito se tipificó en nuestro ordenamiento jurídico con anterioridad a la Directiva 2011/36/UE, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, que sustituye a la Decisión Marco 2002/629/JAI del Consejo.

Explica la exposición de motivos que, aunque la reforma del año 2010 tuvo en cuenta el proyecto de Directiva que finalmente se materializó en la citada Directiva 2011/36/UE, "existen varias cuestiones que no fueron reflejadas en la redacción actual y que es preciso incluir para una completa transposición de la normativa europea". Así, concreta la exposición de motivos que, dentro de las formas de comisión del delito, se incluye la entrega o recepción de pagos para obtener el consentimiento de la persona que controla a las víctimas y también se tipifica la explotación con la finalidad de que las víctimas cometan actos delictivos para los explotadores. Asimismo, se delimita el concepto de "vulnerabilidad", conforme al texto de la aludida Directiva y se agrava la pena para los supuestos de creación de peligro de causación de lesiones graves.

Aun cuando se ha criticado por un sector de la doctrina la terminología empleada por el Código Penal ("trata de seres humanos"), a juicio del Consejo de Estado esta crítica es infundada a la vista de las normas internacionales (i. e., Protocolo de la Convención de las Naciones Unidas que entró en vigor el 25 de diciembre de 2003 o el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos de 16 de mayo de 2005) y sobre todo porque se ajusta a la empleada por la Directiva 2011/36/UE y, en todo caso, no es una novedad que haya sido introducida ahora en la reforma proyectada sino que esta expresión se incorporó en la modificación operada en el año 2010.

La Directiva señala que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que sean punibles las conductas siguientes cuando se cometan intencionadamente: "captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, incluido el intercambio o la transferencia de control sobre estas personas, mediante la amenaza o el uso de la fuerza u otras formas de coacción, el rapto, el fraude, el engaño, el abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad, o mediante la entrega o recepción de pagos o beneficios para lograr el consentimiento de una persona que posea el control sobre otra persona, con el fin de explotarla" (artículo 2.1).

Y prosigue más abajo señalando que "la explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena, u otras formas de explotación sexual, el trabajo o los servicios forzados, incluida la mendicidad, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre, la explotación para realizar actividades delictivas o la extracción de órganos" (artículo 2.3).

Sobre la base de dicha regulación comunitaria, el Anteproyecto modifica el apartado primero del artículo 177 bis en el sentido siguiente:

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

a) La imposición de la esclavitud, servidumbre, servicios forzados u otras prácticas similares a las anteriores, incluida la mendicidad. b) la explotación sexual, incluyendo la pornografía. c) La explotación para realizar actividades delictivas. d) La extracción de sus órganos corporales. Existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso".

En primer lugar, antes de examinar las concretas modificaciones proyectadas en el texto sometido a consulta hay que aludir a una serie de cuestiones que, no siendo objeto de modificación, deben valorarse a la vista de la Directiva, objeto de transposición.

Así, por un lado, hay que señalar que la redacción vigente de este artículo 177 bis, apartado 1, establece que la pena para este tipo de conductas es de "cinco a ocho años de prisión". Aun cuando la pena no ha sido objeto de modificación ahora por el Anteproyecto, debe recordarse que el artículo 4.1 de la Directiva 2011/36/UE establece que los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones contempladas se castiguen con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años.

El Anteproyecto tampoco modifica la referencia que se hace sobre el hecho de que la "víctima sea nacional o extranjera". Dicha referencia, como se ha puesto de manifiesto por la doctrina, resulta innecesaria, siendo en todo caso más necesario una referencia a la situación regular o irregular de la víctima en coherencia con la obligación establecida por la Directiva 2011/36/UE en relación con la obligación de proteger a las víctimas.

Por último, en cuanto a los medios para la comisión del delito, se hace referencia al empleo de la violencia, intimidación o engaño, al abuso de una situación de superioridad "o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima". La Directiva no incluye estas situaciones de necesidad o de vulnerabilidad, si bien ello no sería en sí mismo motivo de objeción alguna. Aun cuando podría cuestionarse si la inclusión en los términos alternativos que se plantea ("necesidad o vulnerabilidad de la víctima") merece una mayor concreción en el caso de tratarse de situaciones conceptualmente diferentes o, de lo contrario, no tendría sentido formular tal distinción (téngase en cuenta que el apartado 4, como luego se examinará, también hace referencia a la expresión "especialmente vulnerable"), el precepto proyectado sí que explicita al final del apartado primero que "existe una situación de necesidad o vulnerabilidad cuando la persona en cuestión no tiene otra alternativa, real o aceptable, que someterse al abuso", por lo que no se formulan objeciones a este respecto.

Hechas estas precisiones previas y entrando a examinar las modificaciones que propone el Anteproyecto, hay que hacer alusión, en primer lugar, a la finalidad de la explotación.

En efecto, la Directiva establece un fin muy amplio: la explotación de la víctima ("con el fin de explotarla"), mientras que la reforma proyectada se limita a enumerar una serie concreta de finalidades a las que la trata de seres humanos tiene que estar orientada para tipificarse como delito. Es cierto que el artículo 2.3 de la Directiva, que se ha reproducido anteriormente, determina qué se ha de entender como mínimo por "explotación", coincidiendo su contenido en gran medida con lo dispuesto en las finalidades enumeradas en

el artículo 177 bis.1 proyectado. Sin embargo, podría entenderse que la Directiva pretende establecer en el artículo 2.3 las finalidades típicas de explotación sin excluir otras ("como mínimo"), mientras que la reforma proyectada se limita a tipificar únicamente las conductas que tengan las finalidades enumeradas en los apartados a) a d). A juicio del Consejo de Estado quizá convendría aclarar este extremo y, en todo caso, adecuar más exactamente el precepto proyectado a lo previsto en la norma comunitaria objeto de transposición en este caso.

El Anteproyecto da una nueva redacción al apartado 4 del artículo 177 bis, relativo a los tipos agravados de trata de seres humanos. Y así, la referencia más genérica que contiene la redacción vigente del Código Penal ("puesta en grave peligro de la víctima") se sustituye por la siguiente expresión: cuando "se hubiera puesto en peligro la vida o la integridad física o psíquica de las personas objeto de la infracción" o cuando "la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, estado gestacional, discapacidad o situación personal, o sea menor de edad", lo que se adecua a la Directiva 2011/36/UE. Tan solo se sugiere que se valore si dentro del delito de trata de seres humanos y a la vista de la reforma proyectada podría incluirse la pena de alejamiento especialmente en aquellos tipos agravados anteriormente referidos y previstos en el citado apartado 4 del artículo 177 bis.

Por otro lado, en este punto hay que poner la reforma proyectada en conexión con la disposición final primera del Anteproyecto que modifica la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial (en lo sucesivo, LOPJ), añadiendo una letra j) al apartado 3 del artículo 23 con el siguiente contenido: "La trata de seres humanos".

El Consejo de Estado valora positivamente esta modificación pues viene a adaptar el contenido del artículo 23 de la LOPJ a la creación del tipo penal de la trata de seres humanos.

No obstante, hay que hacer una observación a este respecto pues, a juicio del Consejo de Estado, quizá fuera más precisa, por el tipo de delito que se trata, que tal inclusión se llevara a cabo dentro del apartado 4 - en lugar de hacerla en el apartado 3- del artículo 23 de la LOPJ. En efecto, el apartado 3 señala que conocerá la jurisdicción española de los hechos cometidos por españoles o extranjeros fuera del territorio nacional cuando sean susceptibles de tipificarse, según la ley penal española, como algunos de los delitos que a continuación enumera (delito de traición y contra la paz o la independencia del Estado; contra el titular de la Corona, su Consorte, su Sucesor o el Regente; rebelión y sedición; falsificación de la firma o estampilla reales, del sello del Estado, de las firmas de los Ministros y de los sellos públicos u oficiales; falsificación de la moneda española y su expedición; cualquier otra falsificación que perjudique directamente al crédito o intereses del Estado, e introducción o expedición de lo falsificado; atentado contra autoridades o funcionarios públicos españoles; los perpetrados en el ejercicio de sus funciones por funcionarios públicos españoles residentes en el extranjero y los delitos contra la Administración Pública española; los relativos al control de cambios). El apartado 4, en esos mismos términos, se refiere a los delitos siguientes:

- a) Genocidio y lesa humanidad.
- b) Terrorismo.
- c) Piratería y apoderamiento ilícito de aeronaves.
- d) Delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores e incapaces.
- e) Tráfico ilegal de drogas psicotrópicas, tóxicas y estupefacientes. f) Tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, sean o no trabajadores.
- g) Los relativos a la mutilación genital femenina, siempre que los responsables se encuentren en España.
- h) Cualquier otro que, según los tratados y convenios internacionales, en particular los Convenios de derecho internacional humanitario y de protección de los derechos humanos, deba ser perseguido en España.

En consecuencia, resulta más apropiado el encaje del delito de trata de seres humanos en este apartado 4 que en el 3 por el grupo de delito en que se encuentran. En este sentido, recuérdese que el artículo 23.4 de la LOPJ regula la extensión y límites de la jurisdicción de los tribunales españoles sobre hechos delictivos cometidos fuera del territorio español. Este

párrafo 4 fue objeto de reforma por la Ley Orgánica 13/2007, de 19 de noviembre, para la persecución extraterritorial del tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, que vino a incorporar al Derecho español las previsiones de la Convención de Naciones Unidas Contra la Delincuencia Organizada Transnacional, en cuyo artículo 15.2.c se faculta a los Estados Parte para instaurar el principio de jurisdicción universal respecto de los delitos en ella regulados.

Decimonovena. Abusos sexuales

Con relación a los delitos contra la libertad sexual señala la exposición de motivos que se introducen modificaciones para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. La citada Directiva obliga a los Estados miembros a endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil, "que sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar, tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea".

La exposición de motivos del Anteproyecto subraya como novedad más importante que se eleva la edad del consentimiento sexual a los quince años.

Hay que tener en cuenta a este respecto que la Directiva define en el artículo 2, apartado b, la "edad de consentimiento sexual" como la "edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor".

Como explica la exposición de motivos, en la actualidad, la edad prevista en el Código Penal era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos "donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años". Por ello, el Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño sugirió una reforma del Código Penal español para elevar la edad del consentimiento sexual hasta los quince años, adecuándose a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia.

En el caso de los menores de dieciocho años pero mayores de quince años, los abusos sexuales constituirán delito cuando se cometan interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.

El artículo 182.1 del Código Penal en su redacción vigente castiga al que, interviniendo engaño, realice actos de carácter sexual con persona mayor de trece años y menor de dieciséis.

Ahora, el apartado 114º del artículo único del Anteproyecto modifica el citado precepto, que quedaría redactado como sigue: "1. El que, interviniendo engaño o abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, realice actos de carácter sexual con persona mayor de quince años y menor de dieciocho, será castigado con la pena de prisión de uno a tres años". Las modificaciones que prevé el Anteproyecto son, básicamente, dos: (i) se amplía la conducta típica incluyendo ahora el abuso de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima y (ii) se incrementa la penalidad pasando de la pena de prisión de uno a dos años o multa a la pena de prisión de uno a tres años.

Con esa reforma de este artículo 182 y siguientes del Código Penal, se da cumplimiento a lo previsto en la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo. En concreto, el artículo 3 de la Directiva, bajo la rúbrica "Infracciones relacionadas con los abusos sexuales", prevé lo siguiente: "1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las conductas dolosas mencionadas en los apartados 2 a 6. 2. Hacer, con fines sexuales, que un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual presencie actos de carácter sexual, aunque no participe en ellos, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año. 3. Hacer, con fines sexuales, que un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual presencie abusos sexuales, aunque no participe en ellos, se castigará

con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años. 4. Realizar actos de carácter sexual con un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos cinco años. 5. Realizar actos de carácter sexual con un menor i) abusando de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre el menor, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos ocho años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos tres años si el menor ha alcanzado esa edad, o ii) abusando de una situación especialmente vulnerable del menor, debida en particular a una discapacidad física o mental o a una situación de dependencia, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos ocho años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos tres años si el menor ha alcanzado esa edad, o iii) empleando coacción, fuerza o amenazas, se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos cinco años si el menor ha alcanzado esa edad. 6. Emplear coacción, fuerza o amenazas con un menor para que participe en actos de carácter sexual con un tercero se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos diez años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos cinco años si el menor ha alcanzado esa edad".

En particular, el artículo 182.1 que el Anteproyecto modifica reproduce el apartado 5.i, del artículo 3 de la Directiva, incorporando ahora, como ya se ha avanzado, respecto del menor que tiene entre 13 y 16 años, la conducta relativa al "abuso de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima". El Anteproyecto establece una pena de prisión de uno a tres años por lo que se ajusta también a la disposición de la Directiva que establece una duración máxima de las penas de al menos tres años "si el menor ha alcanzado esa edad [la de consentimiento sexual].

El apartado 115º del artículo único modifica la rúbrica del Capítulo II bis del Título VIII del Libro II, que pasa a ser la siguiente: "De los abusos y agresiones sexuales a menores de quince años", acomodándose al contenido objeto de reforma de los artículos que se integran en el citado Capítulo II bis, lo que no suscita objeción alguna.

Entrando ya en el examen de los abusos y agresiones sexuales a menores de quince años, el Anteproyecto da nueva redacción al artículo 183 del Código Penal. Las modificaciones más relevantes se producen en los dos primeros apartados. Así, el primero de ellos se refiere al que realizare actos de carácter sexual con un menor de quince años, quien será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años. En concordancia con lo ya indicado se establece ahora la edad de consentimiento sexual en quince años de conformidad con lo previsto en la Directiva 2011/92/UE (artículo 2.b).

En el apartado 2 del artículo 183 ("Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de quince años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero") se introduce el comportamiento previsto en el artículo 3.6 de la Directiva 2011/92/UE. La última versión del Anteproyecto sometido ahora a consulta se ajusta a la citada Directiva que, efectivamente, prevé este delito también respecto de los menores que hubieran alcanzado la edad de consentimiento sexual, lo que exigía que se introdujera este tipo penal con este contenido para los menores entre 13 y 15 años, lo que no ocurría en las versiones anteriores del Anteproyecto.

Hay que recordar que el artículo 183 es aplicable también a las conductas ejecutadas por menores de 18 años, lo que, a su juicio - valoración que comparte plenamente este Consejo de Estado-, pone de relieve la conveniencia de introducir la necesidad de asimetría de edades cuando los actos sexuales sean realizados por menores. Aunque no se objeta la opción del legislador que, por otro lado, no contradice en modo alguno la Directiva objeto de transposición -tampoco establece ninguna previsión a este respecto-, sin embargo, conviene tener en cuenta que el Derecho comparado sí que ha tenido en cuenta esta circunstancia como recuerda el Consejo Fiscal al referirse a las regulaciones de Italia (no es punible el menor que comete actos sexuales con otro menor que haya cumplido los trece años, si la diferencia de edad entre ambos no es superior a 3 años), de Austria (tampoco es punible si la edad del autor no supera la del menor en más de 3 años, con algunas excepciones), de

Suiza (también se establece la impunidad cuando la diferencia de edad es menor de 3 años) o de Noruega (no se castigan tales conductas cuando el autor era de edad o desarrollo parecido a la víctima).

El artículo 183 bis del Código Penal da nueva redacción el apartado 117º del artículo único: "El que, con fines sexuales, haga presenciar a un menor de quince años actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años. Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque al autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años".

El vigente artículo 183 bis del Código Penal (se refiere al denominado delito de acoso sexual cibernético de menores) pasa a ser el número 1 del nuevo artículo 183 ter, que introduce el Anteproyecto, al que posteriormente se hace alusión. Esto es, aun cuando se introduce un nuevo número (artículo 183 ter), el contenido de este no es el novedoso sino que lo es el del artículo 183 bis, trasladándose el contenido actual de este al nuevo artículo 183 ter.

Por lo que se refiere a la redacción que se proyecta del artículo 183 bis, el Consejo de Estado considera que es la adecuada pues se incorpora a nuestro ordenamiento jurídico la tipificación de las infracciones relacionadas con los abusos sexuales a que aluden los números 2 y 3 del artículo 3 de la Directiva 2011/92/UE y que castiga a quienes hacen, con fines sexuales, "que un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual presencie actos de carácter sexual, aunque no participe en ellos" o que "un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual presencie abusos sexuales, aunque no participe en ellos". En el primer caso, la Directiva señala que "se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año" y en el segundo que "se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años". El Anteproyecto establece en este caso unas penas de duración máxima superiores a las previstas por la Directiva, siendo adecuado en la medida que la duración máxima de las penas que en ella se establecen son de mínimos.

Como ya se ha adelantado más arriba, al número 1 del artículo 183 ter se trae el contenido del hoy vigente artículo 183 bis, que tipifica el acoso cibernético a menores (es el tipo que doctrinalmente se conoce como "child grooming" y que se introdujo en la reforma penal llevada a cabo por la Ley Orgánica 5/2010), ajustando la edad de consentimiento sexual de conformidad con lo previsto en la Directiva 2011/92/UE (esto es, se eleva de trece a quince años la edad de los menores con los que se contactara "a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación" y "proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño".

El número 2 del artículo 183 ter que se proyecta es un nuevo delito que la Directiva 2011/92/UE denomina de "embaucamiento de menores con fines sexuales por medios tecnológicos" y que es acorde con lo dispuesto en el artículo 6.2 de la Directiva que obliga a los Estados miembros a adoptar las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un adulto, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, "embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a dicho menor".

En todo caso, convendría valorar si no hubiera sido más correcto la tipificación de esta conducta punible dentro del artículo que se refiere a la pornografía infantil. Téngase en cuenta que si el adulto induce al menor para que le envíe imágenes sexuales del mismo (hasta aquí se estaría en el supuesto del artículo 183 ter.2) pero efectivamente la inducción tiene éxito y el menor le envía tal material, los hechos podrían subsumirse en el tipo de utilización de menores para producir material pornográfico (artículo 189.1.a), castigado con mayor pena y aplicable no solo a menores de 15 años, sino a cualquier menor de 18 años.

Por último, en lo atinente a los delitos de abusos sexuales, el apartado 119º del artículo único del Anteproyecto añade un nuevo precepto al Código Penal, el artículo 184 quáter ("El

consentimiento libre del menor de quince años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima a la víctima por edad y grado de desarrollo o madurez") que no suscita objeción alguna.

Vigésima. Los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores

En lo atinente a los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores, el Anteproyecto viene a transponer íntegramente la Directiva 2011/92/UE. En este sentido, el Anteproyecto reproduce prácticamente la literalidad de la norma comunitaria hasta el punto de que el apartado 120º del artículo único viene incluso a modificar la rúbrica del Capítulo V del Título VIII del Libro II del Código Penal ("De los delitos relativos a la prostitución, y a la explotación sexual y corrupción de menores").

La modificación de los artículos 187 y 188 (apartados 121º y 122º del artículo único del Anteproyecto) solo afecta a la numeración. Hasta ahora, el primero de ellos se refería a la prostitución de menores de edad y el segundo a la prostitución coactiva de mayores. El Anteproyecto altera ahora el orden pasando el artículo 187 a regular la prostitución coactiva de mayores de edad y el artículo 188 a tipificar la prostitución de menores de edad, lo que no suscita objeción alguna.

Además de las conductas que ya están tipificadas en la vigente regulación del artículo 188 del Código Penal, ahora se introduce la expresión "... o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona discapacitada para estos fines...".

Ninguna objeción cabe formular a la vista de las previsiones que se hacen en la Directiva objeto de transposición, cuyo artículo 4, que regula las infracciones relacionadas con la explotación sexual, dispone en el apartado 5 que hacer que un menor se prostituya, captarlo para que lo haga, lucrarse con ello, o explotar de algún otro modo a un menor para esos fines se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos ocho años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos cinco años si el menor ha alcanzado esa edad.

Por otro lado, el artículo 9 de la Directiva 2011/92/UE introduce también una serie de "circunstancias agravantes":

- a) que la infracción haya sido cometida contra un menor en una situación de especial vulnerabilidad, por ejemplo discapacidad física o mental, dependencia o incapacidad física o mental;
- b) que la infracción haya sido cometida por un miembro de la familia, una persona que convivía con el menor o una persona que haya abusado de su posición reconocida de confianza o de autoridad;
- c) que la infracción haya sido cometida por varias personas actuando conjuntamente;
- d) que la infracción haya sido cometida en el marco de una organización delictiva según la definición de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, sobre la lucha contra la delincuencia organizada (1);
- e) que el autor de la infracción haya sido condenado con anterioridad por infracciones de la misma naturaleza;
- f) que el autor de la infracción haya puesto en peligro la vida del menor de forma deliberada o negligente;
- g) que la infracción haya sido cometida empleando violencia grave contra el menor o causándole un daño grave.

El apartado 3 del artículo 188 proyectado introduce estas circunstancias reproduciendo prácticamente el contenido de la norma comunitaria, por lo que no se formula objeción alguna al texto que se somete a consulta.

El apartado 123º del artículo único proyectado modifica el artículo 189 del Código Penal que regula la pornografía infantil y la utilización de persona discapacitada necesitada de especial protección. Este precepto sufre algunas modificaciones relativas, básicamente, a la incorporación de las previsiones que se hacen en la Directiva 2011/92/UE que, en el artículo

2.c., define la pornografía infantil como (i) todo material que represente de manera visual a un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada; (ii) toda representación de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales; (iii) todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, o (iv) imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales.

La nueva redacción que se propone en el apartado primero del artículo 189 reproduce, básicamente, el texto de la Directiva, sin que, en todo caso, deba desconocerse la dificultad, que algunos de los informes que se han emitido han puesto de manifiesto, a propósito de la distinción entre "pornografía de lo meramente erótico" como ya ha puesto de manifiesto nuestra jurisprudencia (como la sentencia del Tribunal Supremo de 10 de octubre de 2000 o la sentencia de 2 de noviembre de 2006) o de la inclusión o no de los meros desnudos en el concepto de pornografía infantil (sentencia del Tribunal Supremo de 3 de noviembre de 2009, entre otras).

El resto de las principales novedades del precepto ahora examinado obedecen igualmente a la transposición de la Directiva 2011/92/UE, como son:

- la inclusión de una nueva circunstancia agravante en el artículo 189.2 ("d. Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima") que da cumplimiento al artículo 9 de la norma comunitaria referida;
- la modificación del tipo de la posesión de la pornografía infantil (artículo 189.5 del Anteproyecto) que se acomoda a lo previsto en los números 2 y 3 del artículo 3 de la Directiva;
- la atipicidad de la producción y posesión de pornografía infantil (apartado 6 del artículo 189) "cuando se trate del material pornográfico a que se refiere la letra c) del párrafo segundo del apartado 1 de este artículo, siempre que el material esté en posesión de su productor únicamente para su uso privado, y en su producción no se haya utilizado el material pornográfico a que se refieren las letras a) y b) del mismo". El Consejo de Estado no formula objeción alguna a esta modificación pues la Directiva 2011/92/UE deja a la discreción de los Estados miembros decidir si la adquisición, posesión y producción de pornografía infantil cuando se refiere exclusivamente al mencionado material pornográfico y se destine al uso propio debe ser una conducta punible o no ("Quedará a la discreción de los Estados miembros decidir si los apartados 2 y 6 del presente artículo serán aplicables a los casos en que se determine que el material pornográfico definido en el artículo 2, letra c), inciso iv), ha sido producido y está en posesión de su productor estrictamente para su uso privado, siempre que para su producción no se haya empleado material pornográfico al que se refiere el artículo 2, letra c), incisos i), ii) e iii), y que el acto no implique riesgo de difusión del material", ex artículo 5.8);
- la introducción del apartado 9 del artículo 189, que transpone el artículo 25.2 de la Directiva 2011/92/UE, señalando que los Jueces y Tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas Web de Internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en su territorio; estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal. No se formula objeción alguna a la transposición de la Directiva con la única salvedad de que se sugiere sustituir la expresión "en su territorio" (que es la misma que viene en la Directiva si bien se refiere al territorio de cada uno de los Estados miembros) por "en territorio español".

Finalmente, el apartado 125º del artículo único del Anteproyecto añade un artículo 194 bis, con el siguiente contenido: "Los delitos contra la libertad sexual cometidos sobre víctimas menores de edad serán perseguibles en España cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias: a) Que la infracción se haya cometido, total o parcialmente, en territorio español. Cuando el delito se haya cometido por medio de tecnologías de la información y la comunicación, se entenderá cometido en España cuando se acceda a dichas tecnologías

desde el territorio español, con independencia de que tengan o no su base en dicho territorio. b) Que el autor del hecho tenga nacionalidad española, aunque los hechos no constituyan una infracción penal en el lugar donde se cometan. c) Que la infracción se haya cometido contra una persona de nacionalidad española o que tenga su residencia habitual en el territorio español; d) Que la infracción se haya cometido en beneficio de una persona jurídica establecida en el territorio español; e) Que el autor de la infracción tenga su residencia habitual en el territorio español."

Aunque la adición de este nuevo precepto no suscita objeción alguna de fondo, pues se trata de una transposición del artículo 17 de la Directiva 2011/92/UE, sin embargo convendría reconsiderar si la ubicación es la adecuada o si, por el contrario, sería más acertado llevarlo a la Ley Orgánica del Poder Judicial (en concreto, en conexión con los apartados 3 y 4 del artículo 23 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) en concordancia con otros puntos de la reforma proyectada.

Vigésima primera. Delitos de amenazas y coacciones e injurias y vejaciones de carácter leve

Las amenazas y coacciones de carácter leve, hasta ahora contempladas en el artículo 620 del Código Penal, como faltas, se elevan a la categoría de delitos leves.

Así, las amenazas leves se incorporan al artículo 171, en un nuevo apartado 7, como subtipo atenuado del delito de amenazas, en los términos siguientes: "7. Fuera de los casos anteriores, el que de modo leve amenace a otro será castigado con la pena de multa de uno a tres meses. Este hecho sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal".

La comparación con el vigente artículo 620 permite apreciar, como diferencias importantes, la supresión de la distinción entre los dos tipos de amenazas leves, la sensible elevación de la pena, y la supresión de la especialidad hasta ahora prevista para cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2.

En relación con lo primero, se considera acertada la supresión de la distinción entre los dos tipos de amenazas leves del vigente artículo 620, habida cuenta de que ambas están sancionadas con la misma pena y en la medida en que no se quiera establecer ninguna otra diferencia entre ambas conductas.

Por otra parte, la infracción experimenta una sensible elevación de las penas, puesto que la sanción prevista en el artículo 620, con carácter general, para las amenazas leves es una pena de multa de diez a veinte días, mientras que el nuevo artículo 171.7 establece una pena de multa de uno a tres meses.

Según la exposición de motivos, uno de los principios que orientan la supresión de las faltas y la reducción de las ahora contempladas como delitos leves es el principio de intervención mínima, puesto que el Derecho Penal debe ser reservado para la solución de los conflictos de especial gravedad, y los operadores jurídicos -menciona expresamente a la Fiscalía General del Estado y al Consejo General del Poder Judicial- vienen reclamando la supresión de las infracciones constitutivas de falta. La intención -dice la exposición de motivos en relación con las amenazas y coacciones leves- es que solo se deriven a la vía penal aquellas conductas que tengan verdadera entidad y relevancia, cuando además no existan medios alternativos para la solución del conflicto. Y, ya en relación con el texto proyectado, señala el Consejo Fiscal que la amenaza leve constituye una de las conductas de escasa trascendencia social que no debiera ser objeto de persecución penal ni tan siquiera bajo el ropaje formal que suministra la nueva figura del delito leve.

Diríase que, para cumplir aquel principio de intervención mínima y sancionar sólo las conductas de mayor relevancia, se ha elevado la pena; sin embargo, en la tipificación de la conducta no se ha introducido ningún elemento que permita afirmar que las amenazas de carácter leve del proyectado artículo 171.7 hayan de ser distintas de las amenazas de carácter leve que hasta ahora recoge el artículo 620 (como falta), con la concreta configuración que la jurisprudencia ha ido perfilando. En suma: parece que el principio de intervención mínima ha llevado, no a sancionar únicamente las amenazas leves de mayor relevancia (de entre las que ya estaban tipificadas como falta), sino a sancionar más gravemente las mismas infracciones que ya estaban sancionadas antes. Nótese, en relación

con ello, que el límite inferior de la pena ahora proyectada es superior al límite superior que hasta ahora se prevé para la misma infracción (amenazas de carácter leve).

Esta observación es aplicable, mutatis mutandis, a la regulación proyectada del artículo 172.3 (apartado centésimo sexto), relativo a las coacciones de carácter leve, que se sancionan con multa de uno a tres meses (con el antecedente de la falta de coacciones leves, ahora contemplada en el artículo 620, con una pena de multa de 10 a 20 días).

Sin duda, esta elevación de las penas tiene cabida dentro del ámbito de libre decisión propio del legislador; pero en modo alguno puede ampararse en el principio de intervención mínima que la exposición de motivos invoca.

En cuanto a la supresión de la especialidad hasta ahora prevista para cuando el ofendido fuere alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2 (cónyuge, conviviente, ascendientes, descendientes, hermanos y otras personas integradas en el núcleo de convivencia familiar), se trata de una cuestión sobre la que han llamado la atención tanto el Consejo General del Poder Judicial como el Consejo Fiscal. En efecto, el todavía vigente artículo 620 incluye un inciso final que prevé penas de localización permanente o de trabajos en beneficio de la comunidad para el caso de la amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuera alguna de las personas a las que se refiere el artículo 173.2.

Ciertamente, el artículo 171.4 -cuyo texto no altera el Anteproyecto- contempla el delito de amenazas leves a la esposa o mujer que esté o haya estado ligada por análoga relación de afectividad (y lo mismo hace el artículo 172.2 en relación con las coacciones leves), pero se suprime el régimen especial de penas (también de procedibilidad) en relación con las demás personas a las que se refiere el artículo 173.2. En particular, ha de subrayarse que la pena de multa no parece apropiada para sancionar delitos relativos a la violencia doméstica; el hecho de que pueda redundar en perjuicio de la propia víctima aconseja buscar otras respuestas penales distintas (como pudieran ser la localización permanente o los trabajos en beneficio de la comunidad). Se trata, por lo demás, de una cuestión a la que se hace referencia en otras partes del presente dictamen.

La última versión del Anteproyecto incluye un nuevo apartado 4 en el artículo 173 (ya en relación con la injuria o la vejación injusta de carácter leve), que prevé, como alternativa a la pena de multa, la de trabajos en beneficio de la comunidad (de treinta y uno a sesenta días), para los casos en que el ofendido fuera alguna de las personas del artículo 173.2; pero lo hace únicamente en relación con la injuria o vejación injusta de carácter leve, sin que se haya previsto solución análoga para los casos de amenazas o coacciones leves sobre las personas del artículo 173.2 (tal y como hasta ahora se prevé, para todas estas infracciones, en el inciso final del artículo 620 del Código Penal). Se sugiere, por tanto, la extensión de esta misma solución para los citados casos de amenazas o coacciones leves sobre esas personas.

Por lo demás, ese nuevo apartado 4 del artículo 173 revela que las injurias leves y las vejaciones injustas, salvo cuando se cometen sobre alguna de las personas a que se refiere el artículo 173.2, quedan al margen del ámbito penal, lo que la exposición de motivos justifica por considerar que se trata de ofensas de carácter privado cuya reparación puede exigirse en la vía jurisdiccional civil o mediante los actos de conciliación, de forma que no se deriven a la vía penal las conductas que no tengan cierta relevancia y cuando existan medios alternativos para la solución del conflicto. En todo caso, debe llamarse la atención sobre el hecho de que, aunque la "amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve" están hoy recogidas conjuntamente en el Libro III del Código Penal, en su artículo 620, al trasladar esas conductas al Libro II debe ubicarse cada una de ellas en el capítulo que por su naturaleza le corresponde. Por tanto, las injurias y las vejaciones injustas de carácter leve no deben recogerse conjuntamente en el artículo 173 del Código, sino que las injurias han de situarse en el Capítulo II del Título XI ("De la injuria", artículos 208 a 210).

Vigésima segunda. Delitos contra la intimidad

El apartado 126º del artículo único del Anteproyecto aborda esos delitos, incorporando un nuevo apartado (4 bis) al actual artículo 197 del Código Penal, que figura dentro del Título X (Delitos contra la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio)

del Libro II de ese texto legal. Más en concreto, ese artículo 197 forma parte del Capítulo I de ese Título, rubricado "Del descubrimiento y revelación de secretos".

La exposición de motivos del Anteproyecto recuerda que ese precepto recoge, actualmente, el apoderamiento de documentos de carácter personal y la interceptación de cualquier tipo de comunicación de la víctima, lo que la proyectada nueva legislación trata de complementar tipificando penalmente la conducta de divulgar, sin el consentimiento del afectado, imágenes o grabaciones personales suyas que se hayan previamente obtenido con su consentimiento y cuya difusión lesione gravemente su intimidad.

El Consejo Fiscal ha entendido que la conducta que trata de insertarse en el propuesto nuevo tipo penal puede ya subsumirse en el vigente artículo 173, número 1, del Código Penal, que se ocupa de quien infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, invocando en apoyo de tal criterio los términos en que la jurisprudencia viene interpretando ese artículo 173.

Con independencia de los criterios que la jurisprudencia haya ido sentando en torno a ese precepto penal y de los que podría acuñar en lo sucesivo, es de notar que el referido artículo 173 inicia el Título VII del Libro II del Código Penal, dedicado a las "torturas y otros delitos contra la integridad moral", que es un bien jurídico distinto del de la intimidad, si bien pueden establecerse puntos de conexión y cercanía entre ambos, especialmente en función del modo en que se afecte a la integridad moral.

Por otra parte, y tal y como el informe del Consejo Fiscal destaca, la pena prevista en ese artículo 173, número 1 (prisión de seis meses a dos años) es notoriamente superior a la prevista en el propuesto artículo 197, número 4 bis del Código Penal (prisión de tres meses a un año), lo que apunta a que la iniciativa legislativa que ahora se informa está dirigida a conductas diferenciadas.

En esa misma línea, entiende este Consejo que ha de valorarse igualmente el hecho de que al poner el vigente artículo 173, número 1, del Código Penal el acento en el trato degradante, podría llegarse a la conclusión de que tal elemento no concurre en comportamientos en que se produzca una indebida divulgación de imágenes y grabaciones de carácter personal.

En consecuencia, no aprecia este Cuerpo Consultivo elementos que hagan preferible la tesis alternativa propugnada por el Consejo Fiscal frente a la creación de ese nuevo apartado 4 bis del artículo 197 del Código Penal.

Por lo que hace a los concretos términos en que ese nuevo apartado está actualmente formulado, han de efectuarse los siguientes comentarios:

- En primer lugar, la nueva conducta penada quedará incluida en la pena agravada prevista por el actual apartado número 6 del aludido artículo 197, que dispone que las penas previstas se apliquen en su mitad superior "cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuere menor de edad".

Pero, por el contrario y en razón de la concreta ubicación elegida para el nuevo apartado de ese artículo 197 (apartado número 4 bis), no se le aplicará la regla de que se ocupa su actual apartado número 7, que prevé, en primer lugar, que se apliquen de nuevo en su mitad superior las penas previstas en los casos en que "los hechos se realizan con fines lucrativos", añadiendo que la pena será de prisión de cuatro a siete años cuando, adicionalmente, concurren los datos mencionados en el previo apartado número 6 de ese mismo precepto. Ello es así porque ese apartado número 7 se ciñe a "las penas respectivamente previstas en los apartados 1 a 4 de este artículo", dejando, por tanto, fuera al propuesto apartado 4 bis.

Dado que parece justificado que esas reglas especiales del actual apartado número 7 del artículo 197 del Código Penal se apliquen también a la nueva conducta tipificada por el Anteproyecto, este debería alcanzar a reformar los términos de tal apartado, incluyendo en ellos al nuevo apartado 4 bis de ese mismo precepto.

- En segundo lugar, el Consejo General del Poder Judicial, que se ha mostrado conforme con el nuevo tipo penal, ha propugnado que el mismo incluya alguna agravación para el caso de que el responsable de la conducta penada sea el cónyuge de la víctima o persona que con

ella mantenga una relación análoga de afectividad. Tal sugerencia parece razonable si se tiene en cuenta que se está ante la divulgación de imágenes o grabaciones audiovisuales obtenidas con la anuencia de una persona pero divulgadas sin su consentimiento, lo que parece tener especial aplicación al ámbito de las relaciones conyugales o equivalentes. En consecuencia, entiende este Consejo que la sugerencia del Consejo General del Poder Judicial es digna de ser tenida en cuenta por los órganos instructores y de incorporarse a la proyectada reforma penal.

- Por último, y sin perjuicio de su propuesta alternativa, el Consejo Fiscal ha objetado el tono excesivamente coloquial que el precepto propuesto emplea para referirse, por ejemplo, a las imágenes obtenidas "en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros", expresión que convendría efectivamente sustituir por otra más formal.

Vigésima tercera. Delitos de allanamiento

Recogidos en el Capítulo II ("Del allanamiento de morada, domicilio de personas jurídicas y establecimientos abiertos al público") del ya mencionado Título X del Libro II del Código Penal, también resultan afectados por el Anteproyecto, ya que el apartado 127º de su artículo único reformula el artículo 203.

Pese a que el texto informado afirma modificar los apartados 2 y 3 de ese precepto, ha de tenerse en cuenta que el actual artículo 203 consta solamente de dos apartados. Por otra parte, la lectura de la propuesta legislativa revela que su alcance en este punto consiste, en realidad, en transformar el actual apartado 2 del artículo 203 del Código Penal en su apartado 3 y en incluir un nuevo apartado 2.

Con independencia de esa precisión de índole formal, que debería recogerse en la rúbrica definitiva que se dé al apartado 127º del artículo único del Anteproyecto o al apartado que, en su caso, le sustituya, y entrando en el contenido de la modificación propuesta, tipificaría la conducta de mantenerse, contra la voluntad de su titular y fuera de las horas de apertura, en el domicilio de una persona jurídica, despacho profesional, oficina o establecimiento mercantil o local abierto al público, aplicando a esa conducta una pena de multa de uno a tres meses.

Tal y como han observado el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal, la novedad trae causa de la supresión de las faltas en el Código Penal y de la decisión de canalizar como delitos leves aquellas conductas que, estando actualmente tipificadas como faltas, merezcan seguir siendo objeto de reproche penal.

Más en concreto, el nuevo apartado 2 del artículo 203 del Código Penal recogería la actual falta contra el orden público incluida en el artículo 635 del Código Penal, con la salvedad de agravar la pena máxima en él contemplada, que pasaría de dos meses de multa a 3 meses. Tal y como ha indicado el Consejo General del Poder Judicial, se trata de una mayor punición que responde a un criterio de política criminal respecto del cual, y a pesar de no haber sido preconizado doctrinal o jurisprudencialmente, no existen datos concluyentes para desaconsejarlo.

Vigésima cuarta. Delitos contra el honor

El Anteproyecto aborda las modificaciones a esos delitos en los apartados 128º y 129º de su artículo único, que afectan a los artículos 208 y 210 del vigente Código Penal, respectivamente.

A) El delito leve de injuria. La primera de las modificaciones alcanza a la actual definición del delito de injuria (solamente serán constitutivas de delito las injurias que, por su naturaleza, efectos y circunstancia, sean tenidas en el concepto público por graves" (segundo párrafo del actual artículo 208 del Código Penal), a la que se sugiere añadir "sin perjuicio de lo dispuesto en el apartado 4 del artículo 173".

Ese apartado 4 ya se comentó en el previo apartado que este dictamen dedica a las novedades en materia de delitos de amenazas y coacciones e injurias y vejaciones de carácter leve.

Una vez que la propuesta legislativa ha introducido el delito leve de injuria en el nuevo apartado 4 del artículo 173 del Código Penal, es innecesariamente reiterativo que el ulterior

artículo 208 contenga la salvedad de que la definición del delito de injuria deja a salvo el nuevo delito leve de injuria, de modo que podría prescindirse del nuevo inciso que se propone añadir a ese artículo.

B) La exceptio veritatis. En este punto, el alcance de la modificación que el apartado 129º del artículo único introduce en el artículo 210 del Código Penal se limita a suprimir la alusión que este último actualmente hace a las faltas penales, de modo que se está ante una de las consecuencias concretas de la decisión general de suprimir ese tipo de infracciones penales.

Vigésima quinta. Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico

El Anteproyecto lleva a cabo una revisión de la regulación de los denominados delitos patrimoniales que, según se manifiesta en su exposición de motivos, tiene como objetivo esencial ofrecer respuesta a los problemas que plantea la multirreincidencia y la criminalidad grave.

Se van atender únicamente aquellas modificaciones que merecen una atención especial o sobre las que se vayan a formular específicas observaciones sin detallar cada uno de los apartados del Anteproyecto que integran este grupo de delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico.

El Título XIII del Libro II del Código Penal que se dedica a estos delitos se divide en catorce Capítulos de modo que se va a seguir el orden de los mismos para examinar el contenido del Anteproyecto en los términos indicados.

A) Hurtos. El primero de los artículos del Capítulo I del Título XIII del Libro II del Código Penal es el artículo 234. El Anteproyecto prevé su reforma, modificando su primer párrafo, que pasa a ser el número 1, y sustituyendo el segundo por un nuevo apartado 2, que crea el delito leve de hurto que se caracteriza por "su escasa gravedad atendiendo el valor de los bienes sustraídos y la situación económica de la víctima".

Con la supresión de la falta de hurto en el apartado número 1 se elimina la referencia al límite de la cuantía de lo sustraído como elemento diferenciador entre el delito y la falta de hurto. Tan solo, a este respecto, se matiza en el párrafo segundo que no se considera de escasa gravedad, cuando el valor de los bienes es superior a 1.000 euros o cuando concurra alguna circunstancia de las recogidas en los artículos 235 o 235 bis, lo que impide la aplicación del tipo atenuado a los delincuentes profesionales.

El artículo 235 tiene como característica más relevante configurarse como un catálogo de agravantes específicas aplicable no solo al hurto sino también a todas las modalidades de robo. Se advierte también la inclusión en el apartado tercero de una nueva figura agravada cuando se trata de conducciones del suministro eléctrico o de los servicios de telecomunicaciones o de otras cosas destinadas al servicio público, y se cause un grave quebranto de los mismos. Tal y como ponen de manifiesto varios informes integrados en el expediente, lo que comparte este Consejo de Estado, esa novedad trae causa del enorme problema generado por la sustracción de cable de cobre de las redes del servicio público e interés general, incluyendo tanto el servicio eléctrico como el de telecomunicaciones.

Finalmente, dentro del artículo 235 se llama la atención también sobre la redacción dada a la circunstancia número 6 ("cuando el autor actúe con profesionalidad. Existe profesionalidad cuando el autor actúa con ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional"). La exposición de motivos justifica esta nueva redacción porque soluciona los problemas que plantea la delincuencia profesional; no obstante, se sugiere una mayor concreción con el fin de evitar problemas en su aplicación práctica y, en particular, en la prueba del supuesto delito.

El Anteproyecto introduce un nuevo artículo 235 bis, que establece en su apartado primero dos agravantes para el delito de hurto: (i) cuando él mismo, u otro de los partícipes en el delito, porte armas u otro instrumento peligroso y (ii) cuando se trate de un miembro de una organización constituida para la comisión continuada de delitos contra la propiedad, y otro de sus integrantes participe en la comisión del delito. Los rasgos que concurren en el primero de esos supuestos llevan a este Consejo a valorarlo positivamente.

Por lo que se refiere a la segunda circunstancia agravante, la exposición de motivos la justifica en que se trata de dar una respuesta a los problemas que plantea la reincidencia y la criminalidad organizada. En todo caso, el Consejo de Estado se permite llamar la atención sobre el hecho de que la condición de miembro de una organización criminal ya está sancionada en el artículo 570 bis con una pena que debería sumarse al delito cometido ("... A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas").

El Anteproyecto modifica el artículo 236 para incorporar como delito leve la falta regulada actualmente en el artículo 623.2 del Código Penal. Al igual que en el delito leve de hurto, el Anteproyecto modifica este artículo, suprimiendo en el número 1 la referencia a la cantidad de 400 euros como límite del valor de la cosa, diferenciador del delito y la falta. Y en el apartado 2 regula el delito leve.

B) Robos

1. El robo con fuerza en las cosas. El Anteproyecto modifica el artículo 237 del Código Penal con el fin de incluir el empleo de fuerza en las cosas no solo para acceder al lugar en el que estas se encuentran, sino también para abandonarlo, permitiendo calificar como robo los supuestos que en la actualidad son considerados hurtos. Y, en la nueva redacción que se da al artículo 240, se introduce un nuevo apartado, el 2, con el objeto de imponer la pena de dos a cinco años cuando concorra alguna de las circunstancias previstas en los artículos 235 o 235 bis. En el mismo sentido se produce la reforma del artículo 241, que añade un nuevo apartado, el número 4, por que se castiga con la pena de dos a seis años de prisión cuando el hecho revista especial gravedad, atendiendo a la forma de comisión del delito o a los perjuicios ocasionados y, en todo caso, cuando concorra alguna de las circunstancias expresadas en los artículos 235 o 235 bis.

2. El robo con violencia e intimidación. La modificación que se proyecta consiste en trasladar la previsión contenida en el vigente artículo 242 del Código Penal a la definición que recoge el artículo 237, de modo que, como ha señalado el informe del Consejo General del Poder Judicial, la violencia e intimidación apta para configurar el delito de robo es aquella que se exterioriza al cometer la sustracción, tanto sobre la propia víctima como sobre los terceros auxiliares o perseguidores. Prosigue el citado informe que el cambio propuesto no supondrá una variación del régimen jurídico vigente, habida cuenta que los actos de violencia o intimidación que se detallan en el artículo 237 deben acontecer con anterioridad a la consumación del hecho, de acuerdo al criterio jurisprudencial expuesto, para configurar el delito de robo.

C) El robo y hurto de uso de vehículos. El Anteproyecto modifica el artículo 244 del Código Penal y la única novedad (en el apartado primero) es que se suprime la referencia al valor del vehículo a motor o ciclomotor ("superior a 400 euros") como elemento diferenciador entre el delito y la falta.

D) Usurpación. Con relación a este delito la reforma afecta únicamente a los artículos 246 y 247 del Código Penal.

Por lo que se refiere al artículo 246 (alteración de términos o lindes de pueblos o heredades o cualquier clase de señales o mojones destinados a fijar los límites de propiedades o demarcaciones de predios contiguos, tanto de dominio público como privado), la nueva redacción proyectada divide el precepto en dos apartados.

- En el primero de ellos se suprime la referencia a la cuantía de la utilidad reportada o pretendida ("superior a 400 euros"), al igual que en el epígrafe anterior, como elemento diferenciador entre el delito y la falta y como consecuencia de la supresión de la falta del artículo 624.1 del Código Penal, por lo que no se formula objeción alguna a la modificación que se proyecta.

- En el segundo apartado se introduce un nuevo delito leve de alteración de términos de lindes de pueblos o heredades en supuestos de "escasa gravedad" que se define de forma negativa, esto es, no se considerarán de escasa gravedad "los casos en los que el valor de la utilidad reportada o pretendida fuera superior a 1.000 euros". Con relación a este segundo

aspecto, únicamente se sugiere dar una nueva redacción con el fin de evitar las reiteraciones del término "escasa".

El artículo 247 (regula el delito de distracción del curso de las aguas) el Anteproyecto emplea la misma sistemática que para el caso del artículo 246. Esto es, en el apartado primero se introduce el delito de distracción del curso de las aguas con la correspondiente supresión de la falta que estaba prevista en el artículo 624.2 del vigente Código Penal, de modo que se reproduce el número 1 de la redacción vigente con la única novedad de la supresión a la referencia de la cuantía superior a 400 euros de la utilidad reportada. Y en el apartado segundo se introduce el delito leve en los mismos términos que el delito leve a que se refiere el artículo 246.1, por lo que se reproduce aquí la consideración allí formulada sobre la reiteración de la expresión "escasa".

E) Estafa. En la línea de los preceptos modificados a que se ha hecho mención anteriormente, el Anteproyecto modifica el artículo 249 del Código Penal, relativo a la estafa, que mantiene en lo esencial el contenido del vigente precepto, aunque añade un inciso relativo a la "infracción de escasa gravedad". En concreto, en el último inciso (que añade el Anteproyecto) se configura un delito leve (desaparece la falta de estafa del artículo 623.4 del Código Penal) con una pena de multa de uno a tres meses "si el hecho fuera de escasa gravedad". Como en todos los delitos patrimoniales, no se considerarán de escasa gravedad los casos en que el valor de la cantidad defraudada fuera superior a 1.000 euros.

No obstante, en este caso, para considerarse delito leve, además de que la cuantía de lo defraudado no podrá superar los 1.000 euros, deben concurrir otras circunstancias como, por ejemplo, (i) el quebranto económico causado al perjudicado, (ii) las relaciones entre la víctima y el defraudador y (iii) cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción.

Dicho en otros términos: en ningún caso se considerará de escasa gravedad el hecho delictivo cuando el valor de la cantidad defraudada sea superior a 1.000 euros. Si tuviera un valor inferior, habría que atender a una serie de circunstancias a los efectos de considerar si el hecho es de escasa gravedad.

A los efectos de delimitar lo máximo posible el supuesto de "escasa gravedad", no se considera adecuada la incorporación de estas circunstancias que, en puridad, constituyen una serie de conceptos jurídicos indeterminados que, como ha señalado el informe del Consejo General del Poder Judicial, dificultan notablemente la labor interpretativa, por lo que este Consejo de Estado se suma a la sugerencia que hace el citado Consejo General del Poder Judicial acerca de la conveniencia de concretar con mayor nitidez el contorno de ese subtipo leve, en aras de una mayor certidumbre y seguridad jurídica.

Por último, por lo que se refiere al delito de estafa, se modifica el artículo 250 para introducir las siguientes novedades:

- la primera de ellas introduce un supuesto agravado atinente a la estafa llevada a cabo por miembros de una organización o grupo criminal constituida para la comisión continuada de delitos de falsedad o estafa o cuando el autor actúe con "profesionalidad". Al igual que ocurre en el delito de hurto, también ahora el Anteproyecto -reproduciendo la definición de "profesionalidad"- reitera que esta existe cuando el autor actúa con el ánimo de proveerse una fuente de ingresos no meramente ocasional. Como ya se ha indicado anteriormente con relación al delito de hurto, la exposición de motivos justifica la redacción invocando que trata los problemas que plantea la delincuencia profesional, por lo que se reitera la sugerencia ya efectuada de establecer una mayor concreción con el fin de evitar problemas en su aplicación práctica y, sobre todo, en la prueba del supuesto delito;
- la segunda de las novedades afecta al ordinal sexto que establece un nuevo supuesto agravado cuando la estafa afecte a un "elevado número de personas" lo que se justifica por la supresión del artículo 74.2 referido al perjuicio a una generalidad de personas.

El apartado 2 del artículo 250 también sufre una modificación por el Anteproyecto, que añade el inciso final: "Si concurrieran las circunstancias 4ª, 5ª, 6ª ó 7ª con la 1ª del número anterior, se impondrán las penas de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses. La misma pena se impondrá cuando el valor de la defraudación supere los 250.000 euros". Al igual que se señalaba con relación a la inclusión del ordinal sexto, esta

adición está en conexión con la desaparición del denominado "delito masa" del artículo 74 del Código Penal.

F) Administración desleal y apropiación indebida. Señala la exposición de motivos del Anteproyecto que se introduce dentro del Capítulo VI del Título XIII, una nueva Sección, 1 bis, "de la administración desleal", en la que se incluye un artículo único que tipifica con carácter general esta modalidad delictiva.

Recuérdese que la regulación vigente tipifica la administración desleal como un delito societario, a pesar de que se trata en realidad de un delito patrimonial que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona.

En este sentido, la exposición de motivos del Anteproyecto explica que la jurisprudencia había venido afirmando reiteradamente que el artículo 252 del Código Penal contenía, junto con la apropiación indebida, un tipo penal de administración desleal o "distracción" de dinero o valores patrimoniales, que debían ser diferenciados:

- apropiación indebida, "cuando el agente hace suya la cosa que debiera entregar o devolver incorporándola a su patrimonio"; y

- administración desleal, "cuando se le da a la cosa recibida un destino distinto al pactado", supuesto que en nuestra jurisprudencia se ha denominado de administración desleal y que no requiere un correlativo enriquecimiento del sujeto activo.

La reforma aborda la delimitación de ambas figuras delictivas: (i) quien, por un lado, incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación indebida; y (ii) quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie. Dicho de otro modo "quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlo, y quebranta su deber de lealtad como administrador (tipo de infidelidad) o realiza actuaciones para las que no había sido autorizado (tipo de abuso), y perjudica de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal".

Dice la exposición de motivos que existe perjuicio patrimonial, no solamente cuando la actuación desleal determina una reducción del activo o la falta de incremento del mismo sino también cuando su actuación, de un modo no autorizado o contrario a los intereses administrados, frustra el fin perseguido o el que se hubiera adjudicado al bien o valor conforme a la decisión de los órganos sociales, los depositantes o los titulares de dichos bienes o patrimonio. Esta nueva regulación de la administración desleal "motiva a su vez la revisión de la regulación de la apropiación indebida y de los delitos de malversación. Los delitos de apropiación indebida son ahora regulados separadamente de los de administración desleal, lo que hace necesaria una revisión de su regulación que se aprovecha para simplificar la normativa anterior: se diferencia ahora con claridad según se trata de un supuesto de apropiación con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa; o de supuestos de apropiación de cosas muebles ajenas sin quebrantamiento del deber de custodia. En este último grupo de supuestos se mantiene la actual agravación de la pena aplicable en los casos de apropiación de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. La malversación constituye en realidad una modalidad de administración desleal que, sin embargo, se mantenía históricamente referida en nuestro Derecho básicamente a supuestos de sustracción de los fondos públicos y, en mucha menor medida, a la posible desviación del destino de los mismos".

El apartado 147º del artículo único del Anteproyecto señala que "se añade una Sección 1 bis al Capítulo VII del Título XIII del Libro II, con la siguiente rúbrica: "DE LA ADMINISTRACIÓN DESLEAL".

Se entiende que se trata de un error material la referencia al Capítulo VII que no está dividido en Secciones y que, en consecuencia, se refiere al Capítulo VI ("De las defraudaciones"). Por tanto, debe corregirse la referencia a dicho Capítulo VII y decir, en su lugar, Capítulo VI.

A continuación, el apartado 148º del artículo único modifica el artículo 252 del Código Penal incluyéndolo ahora dentro de la nueva Sección 1 bis del Capítulo VI (de nuevo, se vuelve a decir en el Anteproyecto erróneamente Capítulo VII, por lo que debe corregirse) del Título XIII del Libro II, y que tendrá la siguiente redacción: "1. Serán punibles con las penas del artículo 249 ó, en su caso, con las del artículo 250, los que teniendo facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad o asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan excediéndose en el ejercicio de las mismas y, de esa manera, causen un perjuicio al patrimonio administrado. 2. Las mismas penas se impondrán a quien quebrante el deber de velar por los intereses patrimoniales ajenos emanado de la ley, encomendado por la autoridad, asumido mediante un negocio jurídico, o derivado de una especial relación de confianza, y con ello cause un perjuicio a aquél cuyos intereses patrimoniales tenía el deber de salvaguardar. 3. Si el hecho, por el escaso valor del perjuicio patrimonial causado y la situación económica de la víctima, resultara de escasa gravedad, se impondrá una pena de multa de uno a seis meses. En ningún caso se considerarán de escasa gravedad los casos en los que el valor de los bienes sustraídos fuera superior a 1.000 euros."

En consecuencia, la regulación proyectada establece un delito genérico (o tipo básico) de administración desleal -sobre la base del exceso de poder en la disposición o en el quebrantamiento del deber de velar por el patrimonio ajeno-; un delito de apropiación indebida -coincide básicamente con el vigente artículo 252-; y, finalmente, un tipo residual.

Tanto el informe del Consejo Fiscal como el del Consejo General del Poder Judicial han hecho referencia al Derecho comparado, señalando que varios países de nuestro entorno tienen una regulación semejante a la que propone el texto del Anteproyecto como es el caso de Portugal (con un tipo básico y otro cualificado cuando los hechos afecten al sector público o cooperativo), Austria o Alemania que, como se dice en ambos informes, ha servido de modelo en la medida que prácticamente reproduce los dos tipos: el abuso de poderes y el de deslealtad o infidelidad.

El artículo 252 del vigente Código Penal penaliza a los que, en perjuicio de otro se apropiaren o distrajeren dinero, efectos, valores o cualquier otra cosa mueble o activo patrimonial que hayan recibido en depósito, comisión o administración, o por otro título que produzca obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlo recibido; mientras que el vigente artículo 295 -actualmente dentro de los delitos societarios- castiga a los administradores de hecho o de derecho o los socios de cualquier sociedad constituida o en formación, que en beneficio propio o de tercero, con abuso de las funciones propias de su cargo, dispongan fraudulentamente de los bienes de la sociedad o contraigan obligaciones a cargo de ésta causando directamente un perjuicio económicamente evaluable a sus socios, depositarios, cuentapartícipes o titulares de los bienes, valores o capital que administren.

Los órganos preinformantes del Anteproyecto han puesto de manifiesto las dificultades con las que la jurisprudencia se ha encontrado a la hora de deslindar el tipo previsto en el artículo 252 y el artículo 295 del Código Penal. Por un lado, la jurisprudencia ha mantenido que el vigente artículo 252 del Código Penal sanciona dos tipos distintos de apropiación indebida (la apropiación propiamente dicha, que comete el poseedor legítimo que incorpora a su patrimonio las cosas muebles ajenas con ánimo de lucro, o niega haberlas recibido, y la distracción o gestión desleal que se comete perjudicando patrimonialmente a su principal distrayendo el dinero cuya disposición tiene el autor a su alcance). Posteriormente, ante la posibilidad de que esta distinción podría vaciar de contenido el artículo 295 del Código Penal, se propuso la siguiente separación: el artículo 295 castigaría un abuso de poder, es decir, se trataría de un exceso intensivo en sus competencias, en el cual el sujeto actúa dentro de las mismas, pero de modo desleal e infiel, mientras que el 252 castigaría una extralimitación en el poder, o sea, un exceso extensivo en el ejercicio de las competencias, esto es, el autor actúa fuera de lo que específicamente le permite el título por el que recibe los bienes.

El Anteproyecto propone la derogación del artículo 295 (vid. disposición derogatoria única, apartado 2) y el desgajamiento de las conductas de distracción de la vigente regulación de la apropiación indebida.

En el apartado primero del proyectado artículo 252 la acción típica consiste en excederse de las "facultades para disponer sobre un patrimonio ajeno" y causar con ello un perjuicio patrimonial. Debería reconsiderarse el uso de los verbos que tipifican la acción delictiva pues,

en el primer caso, el abuso de las facultades no solo existe mediante la realización de actos de enajenación, sino que puede ser más amplia por lo que se sugiere la sustitución de la expresión "facultades para disponer" por "facultades para administrar" u otra similar.

Finalmente, en cuanto al apartado tercero del artículo 252 del Anteproyecto, que prevé que las penas se impondrán en su mitad superior si el autor hubiera actuado con ánimo de lucro, el Consejo de Estado no formula ninguna objeción aunque se llama la atención de que, en la práctica, las conductas de administración desleal de patrimonio ajeno suelen presentar, precisamente, en la casi totalidad de los casos un "ánimo de lucro" -propio o ajeno-, por lo que la aplicación del tipo agravado del artículo 252.3 será en la práctica el supuesto más normal.

En el artículo 253 se castiga a los que se apropiaren para sí o para un tercero, "de una cosa mueble" que hubieran recibido en depósito, comisión, o custodia, o que les hubiera sido confiada en virtud de cualquier otro título que produzca "la obligación de entregarlos o devolverlos, o negaren haberlos recibido".

Debe corregirse la redacción del citado precepto proyectado pues al suprimirse la vigente referencia al "dinero, efectos y valores y activos financieros" por "cosa mueble" también deben adaptarse los términos "entregarlos", devolverlos" y "haberlos", utilizando el femenino y el singular.

En lo atinente a los respectivos números 2 de los artículos 253 y 254 se regula el supuesto de escasa gravedad en términos similares a los previstos para el hurto, por lo que se reproducen las observaciones ya formuladas con relación a esta última figura delictiva.

Y, por último, ninguna objeción suscita la modificación que se proyecta por los apartados 151º y 152º del artículo único respecto de los artículos 255 y 256, respectivamente, orientada a la supresión del límite de 400 euros que figura en la redacción vigente y a la inclusión de un nuevo apartado -motivado por la derogación del Libro III del Código Penal sobre las faltas- haciendo referencia a la escasa cuantía del perjuicio causado y con un límite de 1.000 euros.

G) Frustración de la ejecución. El apartado XVIII de la exposición de motivos señala que se lleva a cabo una revisión técnica de los delitos de insolvencia punible, que parte de la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota.

En concreto, dentro de los delitos de frustración de la ejecución se incluyen, junto al alzamiento de bienes, dos nuevas figuras delictivas: (i) se tipifica la ocultación de bienes en un procedimiento judicial o administrativo de ejecución; y (ii) la utilización no autorizada por el depositario de bienes embargados por la Autoridad.

La Memoria y la exposición de motivos justifican la nueva regulación de los delitos de concurso punible o insolvencia por la necesidad de "facilitar una respuesta penal adecuada a los supuestos de realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o son directamente causales de la situación de concurso; y la de ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles".

Con el fin de adaptar esta nueva regulación, el Anteproyecto, adecuadamente, modifica la rúbrica del Capítulo VII del Título XIII del Libro II pasando a ser "Frustración de la Ejecución".

Respecto de la primera de las modificaciones -se incluye la referencia a la "ocultación de bienes"- no plantea objeción pues, como han puesto de manifiesto tanto el Consejo Fiscal como el Consejo General del Poder Judicial, está en línea con las interpretaciones y aclaraciones que la jurisprudencia y doctrina han venido realizando con relación al artículo 257 del Código Penal. Y lo mismo puede indicarse respecto de la ampliación que se proyecta de los casos en que se puede cometer alzamiento de bienes a las medidas cautelares.

Tampoco plantea problemas la reforma que se proyecta en el apartado segundo del artículo 257, que reproduce el actual artículo 258 con mínimas correcciones (i. e., se vuelve a hacer referencia a la ocultación de bienes como forma de alzamiento), ni en el apartado tercero, donde se refunden los actuales apartados segundo y tercero y se hace una mención a las obligaciones pecuniarias derivadas de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social. Los subtipos agravados del apartado cuarto se mantienen con los correspondientes ajustes. Finalmente, el apartado quinto reproduce la vigente redacción del 257.5, sustituyendo la actual expresión "ejecución concursal" por "procedimiento concursal", lo que, a juicio del Consejo de Estado, resulta más adecuado.

Sí que es importante reseñar que el apartado 155º del artículo único del Anteproyecto introduce un nuevo delito en el artículo 258 -ya se ha avanzado que el contenido del actual artículo 258 pasa a incorporarse al nuevo artículo 257.2-. Este delito, como ha puesto de manifiesto el Consejo Fiscal, tiene su antecedente inmediato en el parágrafo 292 a) del Código Penal austriaco donde se recoge el delito de Falsches Vermögensverzeichnis ("listado patrimonial falso") destinado a quien, ante un tribunal o órgano ejecutivo de la Administración, configura un listado patrimonial propio incompleto o mendaz, poniendo con ello en peligro la satisfacción del crédito del acreedor.

En primer lugar, convendría valorar si la ubicación correcta debería ser entre los delitos contra la Administración de Justicia (dentro del Título XX del Libro II, y más concretamente los relativos a la obstrucción a la Justicia, en el Capítulo VII).

Por otro lado, el Consejo de Estado valora favorablemente la inclusión de este delito pues con frecuencia conoce de asuntos en el ámbito de la responsabilidad patrimonial de la Administración de Justicia donde la conducta del deudor, con relación a la identificación de los bienes de los que es propietario o no en los procedimientos de ejecución -judicial o administrativo-, ha sido determinante en la insatisfacción del crédito de su acreedor. Los apartados 156º y 157º del artículo único del Anteproyecto añaden dos nuevos preceptos que no suscitan objeción alguna; se trata del artículo 258 bis, que castiga el uso no autorizado de bienes embargados que se hubieran constituido en depósito sin estar autorizados para ello, y del artículo 258 ter, que introduce la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos de frustración en la ejecución comprendidos en ese Capítulo VII del Título XIII del Libro II.

H) Insolvencia punible. Los apartados 159º y siguientes del artículo único del Anteproyecto añaden un nuevo Capítulo VII bis al Título XIII del Libro II (De las insolvencias punibles) y reforman los artículos 259 y siguientes del Código Penal.

En concreto, el artículo 259 equivale al actual artículo 260 del Código Penal. La exposición de motivos señala a este respecto que el nuevo delito de concurso punible o bancarrota se configura como un delito de peligro, si bien vinculado a la situación de crisis (a la insolvencia actual o inminente del deudor) y perseguible únicamente cuando se declara efectivamente el concurso o se produce un sobreseimiento de pagos; y se mantiene la tipificación expresa de la causación de la insolvencia por el deudor. El Consejo de Estado no cuestiona la inclusión del nuevo delito, aunque se permite llamar la atención sobre los distintos cambios que esta materia viene sufriendo en los últimos años, lo que no es deseable, especialmente en un código normativo como el penal (recuérdese a este respecto que el proyecto de Ley Orgánica (luego Ley Orgánica 8/2003, de 9 de julio, de reforma concursal), preveía la despenalización del concurso de acreedores del artículo 260 del Código Penal, previsión que desapareció durante la tramitación parlamentaria por considerar que era suficiente el delito de alzamiento). En todo caso, esta reforma está en sintonía con Códigos de otros países de la Unión Europea como el portugués o el alemán.

El apartado 161º modifica el artículo 260, que queda redactado como sigue: "1. Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de 12 a 24 meses, el deudor que, encontrándose en una situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial. 2. La misma pena se impondrá a quien, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición

patrimonial o generador de obligaciones, destinado a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto".

A juicio del Consejo de Estado no parece proporcional que se imponga la misma pena en los dos supuestos (apartados 1 y 2) pues, una vez admitido a trámite el concurso, el deudor está vulnerando expresamente los deberes de abstención, de acuerdo con los artículos 21, 26, 40 y 43 de la Ley Concursal. Por tanto, entiende el Consejo de Estado que el apartado 2 del artículo 260 se refiere a un supuesto más grave que el previsto en el número uno, lo que debería tener un reflejo en la pena.

Por último, debiera revisarse la redacción del subtipo agravado del proyectado artículo 259 bis del Código Penal, que se refiere a "créditos frente a la Hacienda Pública", cuando está refiriéndose, en realidad, a "créditos a favor de la Hacienda" o a "deudas frente a la Hacienda".

I) Daños. Con relación a los daños, tan solo conviene advertir que el artículo 263.1 del Código Penal se modifica como consecuencia de la supresión de las infracciones constitutivas de falta, tipificando como delito leve la falta de daños.

J) Propiedad intelectual e industrial. El apartado XIX de la exposición de motivos señala que la regulación actual de los delitos contra la propiedad intelectual presenta algunas deficiencias que deben ser corregidas.

El Anteproyecto (apartados 166º y siguientes de su artículo único) viene a revisar la regulación vigente y diferencia entre los supuestos de distribución y comercialización mayorista, de una parte; por otra, los de distribución minorista, a los que se equipara la facilitación del acceso a terceros; y, finalmente, la distribución o comercialización ocasional. Señala la exposición de motivos que la revisión que se propone contiene también la mejora técnica de la tipificación de la fabricación y puesta en circulación de los medios destinados a facilitar la neutralización de las medidas de protección de la propiedad intelectual, ajustando la terminología empleada a la más amplia reflejada en la Directiva 2001/29/CE, así como de la regulación de los supuestos agravados.

En concreto, por un lado, el artículo 270 viene a recoger, básicamente, lo ya expresado en el texto actual del Código Penal, mejorando y ampliando técnicamente las conductas de acuerdo con la citada norma comunitaria y elevando sustancialmente las penas. Y, por otro lado, el artículo 271 viene a imponer un tipo agravado cuando concurren algunas de las circunstancias que en el mismo se enumeran (que el beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener posea especial trascendencia económica; que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo al valor de los objetos producidos ilícitamente, el número de obras, o de la transformación, ejecución o interpretación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición, o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados; que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual; que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos).

Se llama la atención sobre el hecho de que el desarrollo de las nuevas tecnologías digitales de la información y de las redes informáticas y la generalización en su utilización por parte de los ciudadanos ha determinado la aparición de nuevas formas de vulneración de los derechos de propiedad intelectual que no solo dio lugar a diversas modificaciones en el Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia, sino que en la actualidad se está tramitando un Anteproyecto de Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, y de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, lo que exigiría una coordinación de ambos anteproyectos a fin de establecer y proporcionar los instrumentos eficaces que permitan la mejor protección de los legítimos derechos de propiedad intelectual.

A este respecto, téngase en cuenta que, en líneas generales, el Derecho Penal comparado, especialmente en el ámbito europeo, sólo sanciona las conductas que supongan la copia o el plagio de las obras protegidas, cuando concurren, al menos, dos circunstancias: el ánimo de

lucro y el perjuicio a terceros, donde el beneficio obtenido tenga especial trascendencia económica.

En el citado anteproyecto de la Ley de modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual objeto de tramitación, parece ser -puesto que todavía no ha tenido entrada en el Consejo de Estado- que se hace una distinción entre las situaciones en las que hay deliberadamente un uso ilícito lucrativo de la tecnología, para vulnerar los derechos de la propiedad intelectual, de aquellos que, en ningún caso, basan su actividad o modelo de negocio en vulnerar esos derechos.

Esto significaría que no todas las páginas web de enlaces atentan contra la propiedad intelectual y, por tanto, en su caso y en coherencia con el texto del anteproyecto que en materia de propiedad intelectual se está tramitando, no debería penalizarse sin más por el mero hecho de enlazar a otros sitios web, sino que deberían limitarse los tipos penales a la sanción de aquellas conductas cuya "principal actividad sea la de facilitar de manera específica y masiva la localización de obras y prestaciones que indiciariamente se ofrecen sin autorización".

En este contexto, debería analizarse el tipo penal contenido en el párrafo segundo del proyectado artículo 271 puesto que, como se ha referido, es un tipo muy abierto si se quiere evitar, como parece que hace la LPL, que aquellos buscadores que se dedican fundamentalmente a la redirección a otros enlaces, pero que no basan su negocio en violentar derechos de propiedad intelectual, puedan ser castigados penalmente.

K) Delitos contra la competencia. El Anteproyecto crea dentro del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal, una nueva Sección referida a los delitos contra la competencia (el apartado 170º del artículo único modifica la rúbrica de la Sección cuarta del referido Capítulo que pasa a denominarse "De los delitos contra la competencia"), en el que se incluyen los delitos contra el mercado que sancionan conductas ilícitas que alteran y falsean el régimen de libre competencia. En concreto, se incluyen dentro de esta nueva Sección los tipos que hasta ahora se incluían en el artículo 284 del Código Penal y los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas (se trate de corrupción en el sector privado o de agente público extranjero).

La reforma no suscita objeción alguna aunque sí que es importante resaltar, como recuerda la exposición de motivos en su apartado XX, que esta modificación se aprovecha también para introducir algunas mejoras técnicas en la regulación de estos delitos, que tienen por objeto garantizar la aplicación de estos preceptos en todos los casos en los que, mediante el pago de sobornos, en beneficio propio o de tercero, se obtienen posiciones de ventaja en las relaciones económicas.

Por otro lado, la regulación del cohecho transnacional se modifica con la finalidad de ajustarse al delito de cohecho y se precisa que la norma solamente dejará de ser aplicada cuando los hechos puedan ser castigados con una pena más grave en otro precepto del Código Penal, si bien se dispone que, en todo caso, se impondrá la pena de "prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un período de siete a doce años" (vid. apartado 173º del Anteproyecto que introduce el nuevo artículo 286 quáter).

La regulación se completa con la inclusión de un tipo agravado, aplicable en los casos de "especial gravedad" cuando "a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado; b) la acción del autor no sea meramente ocasional; c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal; o d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad". El apartado 175º del artículo único del Anteproyecto introduce un nuevo artículo 286 sexies en el que se indica que los hechos descritos en los artículos anteriores serán perseguibles en España siempre que concurra alguna de las circunstancias que seguidamente enumera, como, por ejemplo, que alguno de los actos por medio de los cuales se hubieran cometido, o el resultado producido por el delito, se hubieran llevado a cabo, al menos parcialmente, en territorio español.

La inclusión de este nuevo precepto no suscita objeción alguna de fondo, sin embargo, convendría reconsiderar si la ubicación - como ya se ha indicado con relación a otros preceptos de esta naturaleza que incorpora el Anteproyecto- es la adecuada o si, por el contrario, sería más acertado incluirlo en la Ley Orgánica del Poder Judicial a través de la correspondiente disposición final como se hace en la disposición final primera del Anteproyecto.

L) Receptación. El apartado 179º del artículo único del Anteproyecto modifica el artículo 298 del Código Penal. La principal novedad proyectada respecto del actual artículo 298 consiste en la adición de un párrafo segundo al número primero: "Cuando se trate de los bienes o efectos a que se refieren los números 1 al 4 del artículo 235, se impondrá la pena de prisión de uno a tres años".

Por tanto, para la aplicación del artículo transcrito bastaría con que la receptación recayera sobre los bienes o efectos a que se refiere el artículo 235 (cosas de valor histórico, artístico, cultural o científico -ordinal primero-; cosas de primera necesidad -ordinal segundo-; conducciones de suministro eléctrico,... -ordinal tercero-; y cosas de especial valor o cuya sustracción haya originado perjuicios de especial consideración -ordinal cuarto-). Sin embargo, para que el hurto del artículo 235 (pena de prisión de uno a tres años) sea aplicable sería necesario que la sustracción llevada a cabo origine una situación de desabastecimiento -ordinal segundo- o de quebranto grave del suministro eléctrico..., de modo que si no se producen tales resultados, aplicaría el tipo básico del hurto, con una pena de 6 a 18 meses, muy inferior a la contemplada ahora por el artículo 298 proyectado.

Como ha puesto de manifiesto el Consejo General del Poder Judicial, si lo que se pretende es extender el subtipo agravado a todos los casos en que la receptación recaiga sobre los efectos contemplados en los ordinales primero a cuarto del artículo 235 -incluso cuando el delito base sea el hurto-, será necesario revisar a este respecto la redacción del párrafo añadido arriba reproducido.

Vigésima sexta. La inmigración ilegal

La exposición de motivos del Anteproyecto anuncia que se modifica la actual regulación del delito de inmigración ilegal, separando claramente esta figura delictiva del delito de trata de seres humanos y ajustando tipos y penas a las exigencias derivadas de la Directiva 2002/90/CE y la Decisión Marco 2002/946/JAI. Más adelante, la exposición de motivos detalla que el delito de inmigración ilegal se introdujo con anterioridad al castigo de la trata de seres humanos para su explotación, de manera que ofrecía una respuesta penal a las conductas más graves que actualmente sanciona el artículo 177 bis, y las penas podían resultar algo desproporcionadas. Con la tipificación separada del delito de trata de seres humanos, es preciso revisar la regulación del artículo 318 bis para que defina con claridad las conductas constitutivas de inmigración ilegal conforme a los criterios de la normativa de la Unión Europea, es decir, de un modo diferenciado a la trata de seres humanos, como establece la Directiva 2002/90/CE.

La última versión del texto proyectado incluye, a diferencia de los anteriores borradores de Anteproyecto, un nuevo apartado, el 182º del artículo único, que añade un nuevo artículo 311 bis y que, en consecuencia, lo incorpora dentro del Título XV, relativo a los delitos contra los derechos de los trabajadores, cuestión de la que no se hace eco la detallada exposición de motivos -lo que se sugiere que lo tenga- que únicamente se refiere a la modificación del artículo 318 bis que, sin embargo, ya se incorpora dentro del Título siguiente XV bis, relativo específicamente a los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

El nuevo artículo 311 bis proyectado castiga con la pena de prisión de tres a dieciocho meses o multa de 12 a 30 meses, salvo que los hechos estén castigados con una pena más grave en otro precepto del Código Penal, a quien: "a) De forma reiterada, emplee o dé ocupación a ciudadanos extranjeros que carezcan de permiso de trabajo, o b) emplee o dé ocupación a un menor de edad que carezca de permiso de trabajo".

La reforma viene a penalizar una conducta que, no obstante, parece más propia de una infracción administrativa. No obstante, lo que se penaliza es quien lleve a cabo tal conducta "de forma reiterada" o se realice con un menor de edad que carezca de permiso de trabajo lo que está en conexión con el espíritu de la norma comunitaria, 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, cuyo considerando 5 se refiere a la expresa finalidad de combatir "la inmigración clandestina, el empleo ilegal, la trata de seres humanos y la explotación sexual de los niños".

Entrando ya en el examen de la modificación propiamente dicha del delito de inmigración ilegal, el apartado 183º del artículo único da nueva redacción al artículo 318 bis del Código Penal (único precepto que integra el Título XV bis sobre los delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros).

El primer apartado modifica la descripción típica de los actos de inmigración ilegal y, prácticamente, reproduce el texto del artículo 1.1.a) de la Directiva 2002/90/CE. Convendría, en todo caso, corregir el texto cuando se alude a la expresión "de otro Estado miembro" debiendo decir "de un Estado miembro", lo que mejoraría su comprensión pues la conducta que se tipifica es ayudar intencionadamente a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en el territorio de "un Estado miembro". E incluso, se sugiere reconsiderar si no sería más recomendable que la norma mencionase expresamente que el país de destino fuera no "un Estado miembro", sino directamente "España" o "territorio español" o si, por el contrario, el precepto proyectado está configurado con la expresa finalidad de penalizar cualquier ayuda que reciba una persona que no sea nacional de un Estado miembro para entrar en cualquier Estado de la Unión Europea siempre que esa ayuda se preste o facilite desde España.

El párrafo segundo del artículo 318 bis.1 también está contemplado expresamente en la Directiva en cuanto que permite a los Estados miembros decidir, en aplicación de su legislación y de sus prácticas nacionales, no imponer sanciones a la conducta definida anteriormente en los casos en que el objetivo de esta conducta sea prestar ayuda humanitaria a la persona de que se trate. En este caso, la última de las versiones del Anteproyecto ha optado por calificar como no punibles aquellos hechos que tengan la finalidad referida, a diferencia de lo que hacía la versión anterior que optaba por delegar esta decisión en el Ministerio Fiscal que debía decidir en cada caso, opción que resultaba más cuestionable a la vista del texto de la Directiva que se incorpora al ordenamiento jurídico.

El apartado 2 del artículo 318 bis introduce un tipo penal nuevo de acuerdo con lo que prevé el artículo 1.1.b) de la Directiva: el de favorecimiento lucrativo de la permanencia de un ciudadano no comunitario en un Estado de la Unión Europea. Se pretende con ello castigar aquellas conductas de los que, sin haber intervenido en la entrada ilegal del extranjero, sí que han facilitado, con posterioridad, la elusión de la legislación administrativa que regula la estancia y residencia del país en el que se halla. De nuevo aquí se somete a reconsideración si convendría referir expresamente "España" -que constituye un vínculo de conexión relevante-, en lugar de "un Estado de la Unión Europea" o, por el contrario, mantener la redacción proyectada por las razones antes expuestas.

Finalmente, con la única salvedad de las letras a) y b) del apartado 3, que modifican levemente la redacción vigente, el resto del precepto proyectado, básicamente, los números 4, 5 y 6 reproducen, en esencia, lo previsto en el artículo 318 bis vigente.

Vigésima séptima. Delito de tenencia de animales peligrosos

El Anteproyecto (apartado 192º del artículo único) introduce dos nuevos Capítulos en el Título XVII del Libro II del Código Penal, relativo a los delitos contra la seguridad colectiva. El primero de aquellos (Capítulo V) se refiere a la tenencia de animales peligrosos, mientras que el segundo (Capítulo VI) establece una disposición común a todos, de acuerdo con la cual se podrá imponer, además, una medida de libertad vigilada a los condenados por la comisión de uno o más delitos comprendidos en ese Título XVII (que incluye los delitos de riesgo catastrófico, incendios, contra la salud pública, contra la seguridad vial y relacionados con la tenencia de animales peligrosos).

Por lo que se refiere al nuevo Capítulo V, se sugiere que su denominación sea "De la tenencia de animales peligrosos", de acuerdo con el criterio seguido en todos los capítulos anteriores del mismo título (así como en las Secciones que los integran).

Este nuevo Capítulo incluye un único artículo, el 385 quáter, que trae causa de la supresión de la falta hasta ahora contemplada en el artículo 631.1 del Código Penal, si bien la

configuración del nuevo delito leve ofrece alguna diferencia respecto de la aludida falta. En efecto, el nuevo delito sanciona a los dueños o encargados de la custodia de animales "potencialmente peligrosos" que los dejen sueltos o en condiciones de causar mal, "creando un peligro para la vida o la integridad de las personas", con la pena de "multa de uno a seis meses".

Tres son pues las diferencias que pueden advertirse respecto de la falta hoy recogida en el artículo 631.1 del Código Penal. De un lado, no se habla ya de "animales feroces o dañinos", sino de "animales potencialmente peligrosos", de acuerdo con lo sugerido por el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, dado que no existe una definición de ámbito nacional de los animales feroces o dañinos, mientras que sí existe una regulación estatal de los animales potencialmente peligrosos (Ley 50/1999, de 23 de diciembre, sobre el régimen jurídico de la tenencia de animales potencialmente peligrosos). De este modo, el cambio imprime mayor seguridad jurídica en la definición del tipo, lo que se valora positivamente. Pero debe advertirse que, con ello, no desaparece el problema, dada la remisión reglamentaria que contiene el artículo 2 de la citada Ley 50/1999 (que define los animales potencialmente peligrosos) y las distintas normas reglamentarias dictadas por las Comunidades Autónomas en el ejercicio de sus competencias, no siempre coincidentes en la delimitación de los animales que hayan de considerarse "potencialmente peligrosos" en cada Comunidad Autónoma, y que puede ir de la enumeración de unas razas concretas (como hacen tanto la legislación estatal como las autonómicas), a la atribución de tal carácter en función de su historial o de sus características (como hace la Ley del Parlamento de Cataluña 10/1999, de 30 de julio, sobre la tenencia de perros considerados potencialmente peligrosos), o a aquellos animales "susceptibles de ocasionar la muerte, o lesiones a las personas o a otros animales, o de producir daños de cierta entidad a las cosas", con independencia de su condición, naturaleza, especie o raza (como hace el Decreto 90/2002, de 28 de febrero, aprobado por la Junta de Galicia).

En segundo término, se añade al tipo un elemento adicional: "creando un peligro para la vida o la integridad de las personas". Frente a lo advertido en relación con otras faltas reconducidas a la figura del delito leve, en el presente caso no se efectúa una simple reproducción del tipo infractor con una elevación de la pena (a la que a continuación se aludirá), sino que se introduce un matiz en el tipo que, aunque sea limitado, permitiría asociar la modificación a un objetivo vinculado con el principio de intervención mínima -en la línea afirmada por la exposición de motivos-, en la medida en que ese nuevo inciso deje extramuros del Código Penal aquellas conductas que hasta ahora eran constitutivas de falta, pero que dejarían de serlo ahora en virtud del nuevo inciso; no en cambio, si lo que pretende dicho inciso es sencillamente aclarar que el tipo infractor no requiere un resultado lesivo, tal y como pudiera desprenderse de lo que dice la exposición de motivos del Anteproyecto. En efecto, se dice en ella que su previsión como delito tiene difícil encaje en la regulación actual del Código Penal y que, atendiendo a su consideración de delito de peligro, se ha optado por incluirlo entre los delitos contra la seguridad colectiva (contra la "seguridad delictiva", dice, por error, la exposición de motivos).

En todo caso, la virtualidad práctica que el nuevo inciso pueda tener a estos efectos, así como su precisión y alcance, habrá de ser perfilado por la jurisprudencia en caso de mantenerse el tipo en los términos proyectados. A priori, no parece que esa virtualidad práctica sea de gran alcance, habida cuenta de que el tipo se refiere expresamente a "animales potencialmente peligrosos", por lo que la creación de un peligro para la vida o la integridad de las personas parece algo inherente a la conducta recogida en el tipo (dejarlos sueltos o en condiciones de causar mal). Por último, se eleva el techo de la pena, que hasta ahora es de multa de uno a dos meses, y con la nueva redacción pasaría a ser de multa de uno a seis meses. Lógicamente, el importe concreto de la multa que en cada caso haya de imponerse dependerá de la situación económica del reo (de acuerdo con lo previsto en el artículo 50 del Código Penal), pero puede apreciarse un solapamiento entre el tipo recogido en el nuevo artículo 385 quáter y las infracciones recogidas en las normas reguladoras de la tenencia de animales potencialmente peligrosos (vid. p. ej., artículo 13 de la Ley 50/1999, en el ámbito estatal, o artículo 7 de la Ley del Parlamento de Cataluña 10/1999), de forma tal que, en determinados casos, la sanción administrativa puede ser de mayor gravedad que la prevista en el Código Penal (con el efecto perverso de que la tipificación penal de una conducta puede suponer una reducción de la sanción asociada a esa conducta).

Al margen de que pueda considerarse la despenalización de esta conducta -tal y como sugiere el Consejo Fiscal-, se pone de manifiesto, una vez más, la necesaria coordinación entre los tipos infractores recogidos en el Código Penal y las normas sancionadoras administrativas e, incluso, la necesidad de armonizar los diferentes regímenes sancionadores autonómicos en aquellos ámbitos en los que se producen solapamientos con el ámbito penal.

Todo lo anterior, y vistas las sucesivas modificaciones en la penalidad de esta falta desde que se tipificara en el Código Penal de 1995, permiten poner en cuestión -como ya se hizo con carácter general- la supresión de las faltas y su sustitución por la nueva figura de los "delitos leves". Cualquier paso que se dé en esta materia debe contar con mayor estudio y ponderada consideración.

Vigésima octava. Delito de falsedades

Los apartados 194º y 195º del artículo único del Anteproyecto introducen modificaciones análogas en los artículos 386 y 389 del Código Penal, a fin de llevar a ellos las conductas hasta ahora tipificadas como falta en el artículo 629 del Código Penal, relativo a quienes, habiendo recibido de buena fe moneda, billetes, sellos de correos o efectos timbrados falsos, los expendieran a sabiendas de su falsedad. La falta relativa a la expendición de moneda o billetes, configurada ya como delito leve, se incorpora al artículo 386, mientras que la referida a la distribución de sellos de correos o efectos timbrados se lleva al artículo 389.

En ambos casos, la penalidad se incrementa (puesto que el vigente artículo 629 del Código Penal establece la pena de multa de 20 a 60 días -o localización permanente de dos a ocho días-), pero también se incrementa el valor a partir del cual se aplica la pena de multa contemplada en ambos artículos proyectados (de seis a veinticuatro meses) en su grado inferior, dado que el vigente artículo 629 se refiere al supuesto en que no se exceda la cuantía de 400 euros mientras que el nuevo texto fija un importe de 1.000 euros. Dicha cuantía ha sido incorporada en la última versión a la vista de lo sugerido por el Consejo General del Poder Judicial y por el Consejo Fiscal, que han apuntado esa concreta cuantía de 1.000 euros. En todo caso, es claro que el incremento de la pena se incrementa mucho más que el importe de referencia.

Por su parte, el apartado 196º del artículo único introduce un nuevo artículo 402 bis, que incorpora al Libro II del Código Penal, como delito leve, la falta hasta ahora contemplada en el artículo 637 del Código Penal, relativa al uso público e indebido de uniforme, traje o insignias oficiales; no se hace ya mención de las condecoraciones, aunque sí se exige, para los demás casos, "que le atribuyan carácter oficial"; y se excluye también la conducta de quien "se atribuyere públicamente la cualidad de profesional amparada por un título académico que no posea" (sin ejercer actos propios de esa profesión, puesto que, en este caso, la conducta estará cubierta por el proyectado artículo 403.2.a). También aquí se produce una elevación de la pena, puesto que hasta ahora se contempla una pena de localización permanente de dos a diez días o multa de diez a treinta días y con la nueva redacción la pena pasará a ser de multa de uno a tres meses.

Por tanto, puede apreciarse que, aunque en este caso sí se produce una despenalización parcial de las conductas hasta ahora configuradas como faltas, la reconfiguración de los tipos como delitos leves ha llevado también a una elevación de la pena para conductas que se mantienen tipificadas de forma muy similar. Por último, el apartado 197º del artículo único del Anteproyecto introduce algunas modificaciones relevantes en el artículo 403 del Código Penal, relativo al intrusismo profesional. De un lado, se incrementan las penas previstas en el primer párrafo -ahora identificado como apartado 1-, pues donde hasta ahora se prevé una pena de seis a doce meses pasa a imponerse una pena de doce a veinticuatro meses y la que hasta ahora se prevé como multa de tres a cinco meses se eleva a multa de seis a doce meses. De otro lado, se añade una nueva circunstancia al párrafo segundo -que el Anteproyecto configura como apartado 2-, de forma que la pena de prisión de seis meses a dos años se establece no solo para el caso de que el culpable, además, se atribuyese públicamente la cualidad profesional amparada por el título de referencia, sino también para el caso de que el culpable ejerciere los actos en un local o establecimiento abierto al público en el que se anunciare la prestación de servicios propios de aquella profesión. Se trata de una decisión de política legislativa que la exposición de motivos justifica por tratarse de casos de intrusismo que no están expresamente previstos en la legislación actual, pero que son frecuentes en la práctica y que deben sancionarse.

Vigésima novena. Delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y de las libertades públicas

El apartado 218º del artículo único del Anteproyecto da una nueva redacción al artículo 510 del Código Penal, lo que se complementa con la introducción de dos nuevos artículos -510 bis y 510 ter- y con la modificación del artículo 515. Según se desprende de la Memoria y de la exposición de motivos del Anteproyecto, la finalidad principal de las modificaciones introducidas en este ámbito es la incorporación de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo, de 28 de noviembre de 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal, lo que se articula a través de una regulación conjunta de los vigentes artículos 510 y 607 del Código Penal, de acuerdo con lo previsto en la citada Decisión Marco y a la vista de la jurisprudencia constitucional, que ha declarado que el llamado "negacionismo" sólo puede ser delictivo como forma de incitación al odio o a la hostilidad contra minorías.

Antes de entrar en el análisis detenido del centro de gravedad de esta nueva regulación -constituido por el proyectado artículo 510- ha de advertirse que el nuevo artículo 510 ter (apartado 220º del artículo único del Anteproyecto) introduce la punición de las personas jurídicas en relación con los delitos contemplados en el artículo 510 (y 510 bis). Lo hace mediante una remisión a lo previsto en el artículo 31 bis, lo que implica que este último artículo -el 31 bis proyectado- debe cumplir las exigencias de lo previsto en el artículo 5 de la Decisión Marco 2008/913/JAI. El citado artículo 31 bis es objeto de análisis en otra parte del dictamen, pero se quiere insistir aquí en la necesaria correspondencia apuntada -sea cual sea la redacción que se dé al mencionado artículo, en caso de que finalmente se opte por su modificación-, evitando divergencias o el establecimiento, en la norma interna, de requisitos que no estén contemplados en la norma europea (como por ejemplo, la exigencia del artículo 31 bis proyectado de que sea grave el incumplimiento del deber de control, gravedad que no requiere la Decisión Marco).

El elemento central de la regulación proyectada es el nuevo artículo 510 que, en sus apartados 1 y 2, tipifica dos grupos de conductas a los que asigna distintas penas. Entre todas esas conductas pueden advertirse unos elementos comunes -que dan unidad a las conductas agrupadas en este artículo- y otros específicos de cada una de las conductas tipificadas en los diferentes subapartados -que operan como elementos distintivos de cada tipo y de la penalidad que se les asigna-.

Así, todas estas conductas comparten una misma referencia, y en los mismos términos, a los sujetos pasivos y a la motivación de los delitos a que se refieren. Se trata, en efecto, de delitos cometidos "contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquel" (sujetos pasivos) y "por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad" (motivación).

Estos factores comunes encuentran solo dos excepciones. Una, relativa a los sujetos pasivos, parece ser puramente formal y se encuentra en el apartado 2.c) del proyectado artículo 510, en el que se separan los tres posibles sujetos pasivos, intercalando una referencia a la motivación ["contra un grupo o una parte del mismo por motivos racistas (...), o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo"], lo que puede suscitar dudas sobre si la motivación sólo juega en relación con los dos primeros casos y no en relación con el último, así como sobre el alcance que haya de dársele a la última expresión de ese mismo apartado ("... contra los mismos"). Por ello, si se trata de un simple error en la construcción gramatical, debe corregirse para evitar las dudas interpretativas aludidas.

La segunda excepción a que se aludía antes resulta más llamativa, puesto que consiste en la omisión de toda referencia a los motivos aludidos ("racistas, antisemitas, u otros...") en el apartado 1.b) del mismo artículo 510 proyectado. Se trata de una cuestión sobre la que llamó la atención, con acierto, el Consejo General del Poder Judicial. Quizá no se haya atendido tal sugerencia por entender que la referencia al apartado anterior ("... grupos a que se refiere el apartado anterior") suple la omisión; sin embargo, debe notarse que la mención del apartado anterior se refiere a los grupos y no a los motivos. Ciertamente, la Decisión Marco 2008/913/JAI se refiere a "grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico" (así lo hace su artículo 1 en varios de sus

apartados y subapartados), pero el Código Penal no define los grupos -sujetos pasivos de esos delitos- por referencia a tales factores, sino que añade la motivación que ha quedado apuntada; lo que, por lo demás, no parece contrario a la norma europea, habida cuenta del sentido que esta tiene y que se desprende de sus considerandos (así, dice el Considerando 9: "El concepto de "odio" se refiere al odio basado en la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico").

En relación con ello -la omisión de toda referencia a la motivación en el apartado 1.b) del artículo 510 proyectado-, ha de subrayarse que el artículo 4 de la Decisión Marco 2008/913/JAI dispone que, en los casos de delitos distintos de los contemplados en los artículos 1 y 2 (como es el caso del proyectado artículo 510.1.b), que no proviene de esos artículos de la norma europea), "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la motivación racista y xenófoba se considere como una circunstancia agravante, o bien que los tribunales tengan en cuenta dicha motivación a la hora de determinar las sanciones". Esta previsión se traduce en la agravante contemplada en el artículo 22.4º del Código Penal, de forma que, en caso de concurrir la citada motivación en la conducta del 510.1.b, su penalidad habría de ser de mayor gravedad que la del 510.1.a; y ello, contra el designio que se percibe en el Anteproyecto, que parece querer agrupar en este artículo 510 conductas regidas por la aludida motivación.

Ha de notarse, en fin, que esa falta de referencia a la motivación (en el artículo 510.1.b tiene su trasunto en la conducta del artículo 510.2.a) que, al reproducir los términos de las conductas del 510.1.a y 510.1.b, solo recoge la motivación en relación con la primera de ellas, con lo que también aquí se produciría el efecto indicado.

En suma, por todo lo anterior, se propone valorar la inclusión de una mención a la motivación de referencia, tanto en el apartado 1.b, como en el 2.a del proyectado artículo 510, siquiera sea por remisión a la mencionada anteriormente (en el apartado 1.a y en el mismo apartado 2.a, aunque referido a otra conducta) para evitar una redacción excesivamente farragosa. Posiblemente bastaría añadir, a tal efecto, la expresión "... por los motivos mencionados" al final del apartado 1.b y al final del primer párrafo del apartado 2.a, siempre del proyectado artículo 510.

En cuanto a los concretos motivos recogidos en el Anteproyecto, pueden apreciarse diferencias respecto de los contemplados en la Decisión Marco 2008/913/JAI si bien, en general, es mayor la amplitud de los motivos recogidos en la norma proyectada, puesto que esta última se refiere, como se ha advertido, a motivos "racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o discapacidad", mientras que la norma europea, más escueta, se refiere a "la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico". Como puede apreciarse, la norma española no menciona de forma expresa el color ni la ascendencia; ciertamente, pueden añadirse esos dos concretos términos para disipar cualquier duda que pudiera suscitarse (en particular, en relación con la "ascendencia"), pero, a juicio del Consejo de Estado, se trata de factores que pueden entenderse incluidos dentro de los recogidos en la norma proyectada, que se refiere no solo a motivos racistas, sino también a otros referentes a la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza (concepto este vinculado a la casta o calidad del origen o linaje, tal y como se recoge en el Diccionario de la Real Academia Española), y habida cuenta de que el Considerando 7 de la Decisión Marco precisa que el concepto de ascendencia "se refiere esencialmente a las personas o grupos de personas que son descendientes de personas que pueden ser identificadas por ciertas características (como la raza o el color), sin que necesariamente puedan observarse aún todas esas características". No se olvide, en todo caso, la necesaria interpretación de la norma interna conforme a la norma europea de la que trae causa.

Por lo demás, cabe advertir que el artículo 4 de la citada Decisión Marco señala que, en los casos de delitos distintos de los contemplados en ella, "los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que la motivación racista y xenófoba se considere como una circunstancia agravante, o bien que los tribunales tengan en cuenta dicha motivación a la hora de determinar las sanciones". A juicio del Consejo de Estado, esa agravación general derivada de la "motivación racista y xenófoba" se cumple a través del artículo 22.4ª del vigente Código Penal (que contempla la siguiente agravante: "Cometer el delito por motivos

racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, la enfermedad que padezca o su discapacidad").

No obstante, si se tienen en cuenta no solo los conceptos estrictos de "racismo" y de "xenofobia", sino también los factores que a ellos se vinculan en la propia Decisión Marco (esto es, "la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico" a los que alude el artículo 1), habría de buscarse una mejor correspondencia entre el artículo 22.4ª del Código Penal y aquellos factores, en particular, en lo que se refiere al "origen nacional", que no es lo mismo que la "nación a la que pertenezca" una persona (piénsese, en particular, en personas que, habiendo adquirido la nacionalidad del país de origen, mantienen rasgos diferenciales vinculados a su nación de origen). Por ello, se recomienda también una reconsideración del artículo 22.4ª del Código Penal a la vista del artículo 4 en relación con el 1 de la Decisión Marco 2008/913/JAI.

Sentado lo anterior, puede entrarse ya en el análisis de las distintas conductas tipificadas en el proyectado artículo 510, advirtiendo que las de su apartado 1 tienen atribuida una pena sensiblemente superior a las de su apartado 2, puesto que a las primeras se les asigna una pena de prisión de uno a cuatro años, mientras que para las segundas se prevé una pena de prisión de seis meses a dos años (a lo que se añade, tanto en unas como en otras, una pena de multa de seis a doce meses). En consecuencia, parece razonable pensar que las conductas del apartado 2 habrán de ser de menor gravedad que las recogidas en el apartado 1. Sin embargo, aunque las conductas del artículo 1 de la Decisión Marco 2008/913/JAI se encuentran aparentemente distribuidas entre los apartados 1 y 2 del artículo 510 proyectado -en los términos y con los matices que a continuación se apuntarán- quiere llamarse la atención sobre el hecho de que la Decisión Marco no prevé diferencias de penas entre las diversas conductas contempladas en su artículo 1; y ello al margen de la oscura fórmula -habitual en el Derecho de la Unión Europea- utilizada por su artículo 3.2, al exigir que las conductas se castiguen "con una pena máxima de uno a tres años de prisión como mínimo"; un tipo de fórmulas cuya interpretación fue ya examinada en el dictamen nº 1.404/2009, al que es necesario remitirse en este punto. A partir de ello, se examinan a continuación las distintas conductas contempladas en los cinco subapartados del artículo 510.1 (a y b) y 510.2 (a, b y c).

El apartado 1.a) se refiere a la conducta de quienes "fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia" contra los sujetos y por los motivos que ya han quedado mencionados. En esta previsión queda incorporada la conducta del artículo 1.1.a) de la repetida Decisión Marco 2008/913/JAI, en un tipo ciertamente más amplio que el previsto en la norma europea -y también que el previsto en el vigente artículo 510.1 del Código Penal-, del que ha de destacarse el carácter directo o indirecto de la incitación. En relación con ello, debe notarse que la norma europea se refiere a la "incitación pública" (igual que hacen después, en relación con la apología "pública", los apartados c y d del artículo 1.1 de la Decisión Marco); observa el Consejo Fiscal que cuando la conducta tiene lugar en el ámbito privado, en círculos familiares o personales de especial confianza, no debe ser punible (es preciso -señala- "que la reunión sea pública, aunque el acceso esté permitido solo a un público especial o haya un control de acceso"). En todo caso, si se optara por sancionar las conductas desplegadas en el ámbito más privado, personal o familiar (lo que no está contemplado en el artículo 1.1.a de la Decisión Marco), no parece que la pena deba ser la misma que si la conducta es pública.

El apartado 1.b) contempla la conducta de quienes "lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito" de alguno de los sujetos de repetida referencia (grupo, parte o personas). Se trata de una infracción que no parece traer causa de la Decisión Marco 2008/913/JAI, en la que no recoge específicamente esta conducta y que tampoco deriva del vigente artículo 510.2, relativo a la llamada "injuria colectiva" -que queda ahora excluida de este artículo-, sino que más bien parece tener su origen en el Derecho alemán, como indica el informe del Consejo Fiscal. En todo caso, ha de insistirse en lo ya apuntado acerca de la omisión de toda referencia a la motivación (sin que la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico aparezcan como elementos definidores del grupo).

Por debajo de ellas -en cuanto a penalidad- quedan las conductas del apartado 2, para las que se establecen penas de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses: ha de recordarse que aunque la pena de multa es igual que la del apartado 1, la pena de prisión prevista para estas conductas del apartado 2 se reduce a la mitad respecto de la establecida en el primero.

El apartado 2.a) sanciona la conducta de quienes "produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos" para los efectos de la conducta del apartado 1.a o del 1.b (esto es, dice el apartado 2.a, "para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad discriminación o violencia" contra los sujetos y por los motivos de repetida referencia, "o para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito" de alguno de los sujetos mencionados). Como se indicó, al traerse aquí los términos del apartado 1.b, la conducta en cuestión omite toda referencia a los motivos (en relación con esa concreta conducta del 1.b), con las consecuencias que apuntaron más arriba, lo que debería corregirse (tanto en el 1.b, como en el inciso final del primer párrafo del 2.a) en los términos que se apuntaron. Por lo demás, con este apartado 2.a parece quedar cubierta la conducta contemplada en el artículo 1.1.b) de la Decisión Marco 2008/913/JAI, relativa a la "comisión de uno de los actos a que se refiere la letra a) mediante la difusión o reparto de escritos, imágenes u otros materiales".

Ahora bien, en línea con lo que apunta el Consejo General del Poder Judicial en su informe, ha de notarse que algunas conductas del apartado 2.a parecen encajar con naturalidad en las previstas en el apartado 1.a (siempre del artículo 510), sin que se aprecien las razones que llevan a rebajar la penalidad. Así, si se promueve o incita, directa o indirectamente, a la hostilidad o discriminación, se incurre en la conducta del apartado 1.a; y si se distribuyen o difunden escritos idóneos para promover o incitar a esa misma hostilidad o discriminación, se incurre en la conducta más específica del apartado 2.a, que tiene asignada una penalidad sensiblemente inferior. En definitiva, el hecho de que la conducta del apartado 1 se realice mediante la elaboración y distribución de escritos o cualquier otra clase de material o soportes determina una rebaja en la pena. Nótese que las aludidas conductas del apartado 2.a no consisten en una mera "provocación" (del artículo 18 del Código Penal, consistente en incitar mediante la imprenta u otro medio de eficacia semejante) en relación con las del apartado 1.a: en la conducta del apartado 2.a no se incita a incitar, sino que se incita al odio, hostilidad, discriminación o violencia (como en el 1.a). Ello exige una reconsideración detenida de este apartado.

El apartado 2.b se refiere a la conducta de quienes "enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos" contra los sujetos y por los motivos de repetida referencia, "o a quienes hayan participado en su ejecución". Y el apartado 2.c contempla la conducta de quienes "nieguen, hagan apología, o trivialicen gravemente los delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado que se hubieran cometido" contra los mismos sujetos y por los mismos motivos, "y que hubieran sido declarados probados por los Tribunales de Nüremberg, por la Corte Penal Internacional o por otros tribunales internacionales, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos".

En relación con este último apartado 2.c, se sugiere una reflexión a la luz de lo dispuesto para la apología en el artículo 18 del Código, de acuerdo con el cual la apología sólo será delictiva si por su naturaleza y circunstancias constituye una "incitación directa" a cometer un delito. De ello resulta que la incitación directa a la comisión del delito que la apología constituye (contemplada en el apartado 2.c) tiene asignada una penalidad inferior a la prevista en el apartado 1.a para la incitación, directa o indirecta, al odio, hostilidad, discriminación o violencia.

Desde la perspectiva de la Decisión Marco 2008/913/JAI, el apartado 2.c del artículo 510 proyectado es reflejo de lo previsto en el artículo 1.1.c) de la citada norma europea (así como del 1.1.d), relativo a "la apología pública, la negación o la trivialización flagrante de los crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, dirigida contra

un grupo de personas o un miembro de tal grupo definido en relación con la raza, el color, la religión, la ascendencia o el origen nacional o étnico cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo".

Cabe notar que la norma europea se refiere a "crímenes de genocidio, crímenes contra la humanidad y crímenes de guerra tal como se definen en los artículos 6, 7 y 8 del Estatuto de la Corte Penal Internacional", mientras que la norma proyectada menciona los "delitos de genocidio, de lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado", lo que pudiera parecer una falta de correspondencia entre los delitos contemplados en uno y otro caso. Sin embargo, la expresión "delitos contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado" ha de ponerse en relación con la rúbrica del Capítulo III del Título XXIV del Código, relativo precisamente a esa clase de delitos, y en el que se incluye el artículo 614, que tipifica la conducta de quien, "con ocasión de un conflicto armado, realice u ordene realizar cualesquiera otras infracciones o actos contrarios a las prescripciones de los tratados internacionales en los que España fuere parte y relativos a la conducción de las hostilidades...". A partir de ello, entiende el Consejo de Estado que no debe objetarse aquella aparente -solo aparente- falta de correspondencia.

Por otra parte, el proyectado artículo 510.2.c exige que los delitos de referencia "hubieran sido declarados probados por los Tribunales de Nüremberg, por la Corte Penal Internacional o por otros tribunales internacionales", lo que no se contempla en los apartados c) ni d) del artículo 1.1 de la Decisión Marco. Es más, prevé el artículo 1.4 de esta última que los Estados miembros "podrán hacer, en el momento de la adopción de la presente Decisión Marco o posteriormente, una declaración en virtud de la cual la negación o la trivialización flagrante de los crímenes a los que hace referencia el apartado 1, letras c) y d), sean punibles solo si los crímenes a los que hacen referencia dichas letras han sido establecidos por resolución firme de un tribunal nacional de dicho Estado miembro o un tribunal internacional, o mediante resolución firme exclusiva de un tribunal internacional". En consecuencia, a juicio del Consejo de Estado, la aprobación del texto proyectado requiere la previa declaración prevista en el transcrito artículo 1.4 de la Decisión Marco. Por lo demás, parece razonable que, para que se sancione la negación de unos delitos "que se hubieran cometido", se exija que hayan sido declarados probados, si bien la cuestión ofrece más matices cuando se trata de apología.

En fin, una tercera cuestión que cabe plantear en relación con el proyectado artículo 510.2.c, desde la perspectiva de la Decisión Marco 2008/913/JAI, se refiere a su inciso final: "... cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos"). El Consejo General del Poder Judicial echa en falta la referencia a la "incitación" en este apartado y añade que tampoco se comprende el empleo del término "clima" en relación con la violencia, hostilidad, odio o discriminación, en vez de los vocablos "directa o indirectamente" usados en otros apartados del artículo; también el Consejo Fiscal considera problemático el empleo de la palabra "clima", aun cuando se trata de un término utilizado por la STC 235/2007, antes mencionada.

A la vista de ello, se sugiere volver la vista sobre la Decisión Marco (de la que trae causa el proyectado artículo 510.2.c), cuyo artículo 1.1, apartados c) y d), utilizan un inciso final diferente ("... cuando las conductas puedan incitar a la violencia o al odio contra tal grupo o un miembro del mismo"). La diferencia entre el inciso final que recoge la norma proyectada y el utilizado por la norma europea no parece objetable en la medida en que, aunque puede incitarse al odio o violencia sin crear aquel "clima", si existe incitación -directa o indirecta-, la conducta sería punible por la vía del 510.1. Pero resulta llamativo que se especifiquen las concretas conductas del proyectado 510.2.c), con el modelo claro del artículo 1.1 de la Decisión Marco, para después eliminar de ese tipo específico un elemento fundamental de la norma europea (cual es la referencia a la incitación).

En cualquier caso, la cuestión no se soluciona con una simple reproducción del inciso final de la norma europea, puesto que en tal caso sería llamativo que, al igual que ocurre en el caso del apartado 2.a (tal y como se apuntó), las mismas conductas contempladas en el apartado 1.a del artículo 510 proyectado resulten beneficiadas en su penalidad cuando la incitación se produce precisamente a través de las conductas que el legislador comunitario ha querido especificar de forma expresa (y sin atribuirles una distinta penalidad: artículo 3.2 de la Decisión Marco). A todo ello ha de añadirse que el artículo 2.1 de la Decisión Marco exige no

solo sancionar la apología, negación o trivialización de los delitos aludidos, sino también la incitación a tales conductas.

En definitiva, a la vista de todo lo anterior, el Consejo de Estado recomienda una reconsideración en profundidad del artículo 510 proyectado, tanto de su apartado 1 como de su apartado 2, atendiendo no solo a la jurisprudencia constitucional apuntada y a la mejor incorporación de las previsiones de la Decisión Marco 2008/913, sino también a la relación entre las diversas conductas contempladas en sus distintos apartados y a la penalidad prevista para cada caso.

Trigésima. Delitos contra la salud pública

El apartado 191º del artículo único del Anteproyecto opera una importante modificación del artículo 374 del Código Penal, relativo al comiso de las drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, de los equipos materiales y sustancias a que se refiere el artículo 371, y de los bienes, medios, instrumentos y ganancias del delito.

Su regulación se remite al régimen general, introducido mediante este mismo Anteproyecto, previsto en los artículos 127 a 128, limitándose las especialidades relativas a estos delitos contra la salud pública a dos reglas especiales.

La primera de ellas impone la destrucción de las muestras apartadas o la destrucción de la totalidad de lo incautado, una vez firme la resolución que hubiera acordado el comiso de las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas intervenidas. No se hace ya referencia al régimen de conservación de muestras de drogas o sustancias estupefacientes, lo que se justifica por el hecho de que, si bien la nueva regulación de esa materia había sido inicialmente incluida en el Anteproyecto, fue posteriormente incorporada al texto del Real Decreto-ley 3/2013, de 22 de febrero, que modifica, a tal efecto, el apartado 1 del artículo 367 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En cualquier caso, parece necesario reconsiderar el tenor del apartado 1 proyectado (en el marco de la necesaria coordinación con lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal), puesto que, aun cuando sea firme la resolución que hubiera acordado el comiso de las drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas, puede ser necesaria la conservación de muestras para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones (muestras que serán las "mínimas e imprescindibles que, conforme a criterios científicos, resulten necesarias para garantizar ulteriores comprobaciones o investigaciones": artículo 367 ter de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Dicho en otros términos, el factor relevante para que se proceda a la destrucción de la sustancia intervenida puede ser la firmeza de la resolución que acordó el comiso; pero, para la destrucción de las muestras apartadas, el factor relevante debería ser probablemente, no la firmeza de la resolución por la que se acordó el comiso de las drogas, sino la firmeza de la resolución que ponga fin a las actuaciones judiciales.

La segunda regla especial incluida en este artículo 374 consiste en la previsión de que los bienes, medios, instrumentos y ganancias definitivamente decomisados por sentencia no podrán ser aplicados a la satisfacción de las responsabilidades civiles derivadas del delito ni de las costas procesales y serán adjudicados íntegramente al Estado. Se trata de una regla que hoy está recogida en el artículo 374.4 del Código Penal, y que el Anteproyecto reproduce en sus mismos términos. A la vista de la regulación general proyectada en los artículos 127 y siguientes del Código, se sugiere añadir en este artículo 374.2 proyectado el inciso final recogido en el proyectado artículo 127 sexies ("... que les dará el destino que se disponga legal o reglamentariamente").

Trigésima primera. Delitos de incendios

En materia de incendios, el Anteproyecto introduce importantes modificaciones en el artículo 353, así como un nuevo artículo 358 bis, para ofrecer una respuesta penal más adecuada a los incendios de mayor gravedad, tal y como había interesado el Ministerio de Agricultura, Alimentación y Medio Ambiente, que valora muy positivamente las medidas proyectadas.

El Anteproyecto mantiene el tipo básico del artículo 352, pero en los supuestos agravados del artículo 353 se establece una pena de tres a seis años -de prisión, ha de precisarse-, y se introducen nuevas circunstancias agravantes (subapartados 3 y 5 del proyectado artículo

353.1), que se añaden a las ya existentes (cuya numeración se altera, puesto que la del subapartado 3 pasa al número 4 y la de este último, al 6).

Ha de notarse que la redacción propuesta se refiere a "los hechos", sin especificar de qué hechos se trata, por lo que convendría precisar que se refiere a los hechos contemplados en el artículo anterior (incendio de montes o masas forestales). También conviene reconsiderar la alteración de la numeración que la modificación entraña en relación con los subapartados del artículo 353.1 (puesto que este tipo de alteraciones, aunque sean meramente formales, introducen disfunciones para los operadores jurídicos, especialmente en el manejo de la jurisprudencia). En fin, debe corregirse la concordancia en número -singular- entre los apartados 2 y 1, de forma que el apartado 2 comience: "Se impondrá la misma pena..."; y ello, habida cuenta de que el apartado 1 ya no se refiere a una pluralidad de penas -como hasta ahora- sino a una sola.

Por último, se añade un nuevo artículo 358 bis en la Sección 5ª del mismo Capítulo, titulada ahora "Disposiciones comunes". En él se establece la aplicabilidad de lo dispuesto en los artículos 338 a 340 a los delitos regulados en las Secciones 2ª, 3ª y 4ª de ese mismo Capítulo, relativo a los incendios. En relación con ello se sugiere, por una parte, ponderar su aplicabilidad también a la Sección 1ª (lo que permitiría, por ejemplo, que se adoptaran, a cargo del autor, las medidas necesarias encaminadas a restaurar el equilibrio ecológico perturbado, así como de cualquier otra medida cautelar necesaria para la protección de los bienes, en casos de incendios de zonas de vegetación no forestales, cuando no supusiera un perjuicio grave del medio natural). Por otra parte, ha de advertirse que el artículo 338 prevé que, cuando las conductas definidas en esas Secciones afecten a algún espacio natural protegido, se impondrán las penas superiores en grado a las respectivamente previstas; y el artículo 353.1.4 proyectado contempla el mismo factor de agravación, al preverse la penalidad agravada a que ya se hizo referencia (pena de prisión de tres a seis años) cuando el hecho "afecte a algún espacio natural protegido".

Trigésima segunda. Delitos relativos a la protección de la flora, la fauna y los animales domésticos

El apartado 185º del artículo único modifica el artículo 332 del Código Penal, al que se añade un apartado 2. El apartado 1 mantiene los términos de su único párrafo actual, en el que se sanciona con pena de prisión de cuatro meses a dos años o multa de ocho a veinticuatro meses a quien, con grave perjuicio para el medio ambiente corte, tale, queme, arranque, recolecte o efectúe tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o de sus propágulos, o destruya o altere gravemente su hábitat.

El nuevo apartado 2 prevé una pena de multa de uno a cuatro meses para los casos en que "no se cause un grave perjuicio para el medio ambiente". Esta adición parece traer causa de la supresión de la falta contemplada hasta ahora en el artículo 632 del Código Penal (que prevé una pena de multa de 10 a 30 días o trabajos en beneficio de la comunidad de 10 a 20 días).

Como ya se ha notado en relación con otros preceptos de la reforma proyectada, también en relación con el precepto de que ahora se trata (632 del Código vigente, en relación con el 332.2 proyectado), el principio de intervención mínima invocado en la exposición de motivos como fundamento de la supresión de las faltas y de la reducción de las infracciones correspondientes -calificadas ya como delitos leves- parece haber llevado, también aquí, no a seleccionar las infracciones más graves de las hasta ahora consideradas como faltas del artículo 632, sino, más simplemente, a elevar la pena de la misma infracción que hasta ahora se configuraba como falta. Dicho en otros términos, no se sancionan como delitos leves únicamente aquellas infracciones que, siendo falta, suponían una mayor gravedad, sino que se sancionan las mismas infracciones, pero con una pena más grave. Aunque es una opción posible de política legislativa, ciertamente no debe tratar de ampararse en el principio de intervención mínima que a estos efectos invoca la exposición de motivos.

Directamente relacionado con ello, y aunque se haya elevado -en el Anteproyecto- la pena prevista para la infracción de referencia (hasta ahora contemplada en el artículo 632 y que pasaría al artículo 332.2), cabe notar que esta pena puede resultar notablemente inferior a la establecida para este tipo de infracciones en las leyes reguladoras de la protección administrativa de la flora y fauna (vid. p. ej., en el ámbito estatal, la Ley 42/2007, de 13 de

diciembre, del Patrimonio Natural y de la Biodiversidad, o, en el ámbito autonómico, la Ley del Parlamento de Andalucía 8/2003, de 28 de octubre, de la flora y la fauna silvestres, entre otras), lo que puede tener el efecto perverso de que la tipificación penal de una conducta lleve a producir una reducción de la sanción asociada a esa conducta. Ello exige llamar la atención sobre la necesidad de una mejor coordinación y articulación entre las infracciones tipificadas en el Código Penal como delitos leves y las infracciones administrativas contempladas en la legislación sectorial (en este caso, en materia de protección de la flora).

A partir de todo ello, se sugiere ponderar la despenalización de estas conductas de carácter más leve -tal y como propugna el Consejo Fiscal- o mantener la sanción penal únicamente para aquellas que se consideren de especial relevancia, siempre en el marco de una cuidada articulación con las infracciones administrativas contempladas en la legislación reguladora de la protección de la flora.

Trigésima tercera. Delitos sobre el patrimonio histórico

El apartado 184º del artículo único modifica el artículo 323 del Código Penal que, en su redacción actual, prevé una pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses para quien cause daños en un archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga o bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, así como en yacimientos arqueológicos. En un segundo párrafo precisa que, en este caso, los Jueces y Tribunales podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado.

En la redacción ahora proyectada, el artículo pasa a tener cuatro apartados.

El apartado 1 mantiene lo hasta ahora previsto en el primer párrafo del citado artículo 323, con dos alteraciones relevantes. De un lado, se incluye la infracción consistente en el expolio de yacimientos arqueológicos -con la misma pena-, de acuerdo con lo sugerido por el Consejo Fiscal. De otro, se suprime la referencia a los daños en archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico o institución análoga. Nada se dice en la exposición de motivos ni en la memoria acerca de las razones que han llevado a dicha supresión: si la supresión responde a la consideración de que se trata de conceptos incluidos en los bienes que a continuación se mencionan, si la exclusión responde, por el contrario, al designio de despenalizar ese tipo de daños, si se pretende reconducirlos a delitos leves, o si responde, en fin, a razones de otra índole. Si se mantiene la redacción proyectada, sería conveniente que la exposición de motivos hiciera alguna aclaración al respecto.

Los apartados 2 y 3 contemplan dos subtipos, agravado y atenuado, respectivamente. El subtipo agravado -introducido en la última versión, a raíz de una sugerencia del Consejo Fiscal- consiste en la causación de daños de "especial gravedad" o afectación "relevante" a bienes de valor "especialmente relevante", y la pena que se prevé es la superior en grado al tipo básico. Si lo que se pretende es que concurra, en todo caso, el valor especialmente relevante de los bienes y, además, o bien los daños de especial gravedad o bien la afectación relevante, sería necesaria una coma después de la expresión "... de forma relevante"; en caso contrario, parece que basta que se trate de daños de especial gravedad, aunque afecten a bienes que no tengan ese valor "especialmente relevante".

Por su parte, el apartado 3 se refiere a hechos "de gravedad ínfima", para los que se prevé una pena de multa de dos a doce meses. En relación con este apartado 3, se sugiere, de un lado sustituir el calificativo "ínfima" por "escasa", dejando al margen del Código Penal los supuestos de "ínfima gravedad", que bien podrían reconducirse, en muchos casos, hacia el régimen sancionador administrativo; y, de otro -relacionado con lo anterior-, que se reduzca la brecha en la penalidad que existe entre el tipo básico (con pena de prisión de uno a tres años y multa de doce a veinticuatro meses) y el tipo atenuado (para el que se proyecta una pena de dos a doce meses de multa). En definitiva, aunque el nuevo tipo atenuado parece tener su origen en la falta del vigente artículo 625.2 -cuya derogación contempla el Anteproyecto- su incorporación al artículo 323 exige dotar a este artículo de coherencia interna con una mejor articulación entre los tipos básico, agravado y atenuado.

Por último, el proyectado apartado 4 del artículo 323 recoge, prácticamente en sus mismos términos, la posibilidad que hasta ahora contempla el segundo párrafo del vigente artículo 323 de que los Jueces o Tribunales "podrán ordenar, a cargo del autor del daño, la adopción

de medidas encaminadas a restaurar, en lo posible, el bien dañado". Sin embargo, en la redacción todavía vigente, la previsión del segundo párrafo aparece referida al caso del primer párrafo, mientras que en la redacción proyectada el apartado 4 refiere su previsión a "estos casos", lo que podría entenderse referido únicamente a los casos del apartado 3. En suma, conviene dejar claro que la previsión del apartado 4 se refiere a todos los supuestos contemplados en los distintos apartados del artículo 323.

Trigésima cuarta. Delitos contra la Administración Pública

Se aprecia en esta parte de la proyectada reforma penal algunas de las cuestiones más críticas que ya ha habido ocasión de comentar y que pueden condensarse en un gráfico cambio de alcance.

Así, en el texto que se preparó y sometió a informe del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, la reforma en este campo se centraba en el delito de malversación de caudales públicos y en algunos aspectos muy concretos, como es el tratamiento de los administradores concursales. No obstante, con posterioridad a los informes de esos dos Consejos, el Anteproyecto ha ampliado notablemente su alcance, incluyendo algunos puntos concretos adicionales pero, muy especialmente, dando una nueva configuración completa al delito de cohecho.

A ello ha de añadirse que el Anteproyecto no ofrece explicación alguna acerca de algunas otras modificaciones que ha introducido en su fase final, como es la supresión del tipo de prevaricación consistente en la indebida negación a juzgar (artículo 448 del Código Penal), que ha sido sustituido por un tipo específico de estafa, sin que se detalle si ese cambio sustancial responde a considerar que el supuesto recogido en la aludida prevaricación tiene ya adecuada respuesta por otra vía, como puede ser el de las infracciones administrativas de Jueces y Magistrados.

Ya se ha destacado que es sumamente anómalo incorporar ese tipo de novedades sustanciales en una fase tan final de la tramitación de la amplia reforma del Código Penal que ahora se dictamina y sin poder contar, por lo tanto, con el criterio de los órganos a los que está legalmente encomendado informar ese tipo de iniciativas legislativas.

Sin perjuicio de insistirse en tal valoración y en lo que se apuntó en las consideraciones iniciales del presente dictamen, ha de añadirse que la ampliación del Anteproyecto en este punto no cambia el núcleo esencial del importante delito que ahora aborda. Por ello, y a diferencia de las conclusiones que se alcanzaron a propósito de otros casos en los que también se aprecia una ostensible mutación del alcance inicial del Anteproyecto, no se avanza una objeción esencial al cambio que ha experimentado.

Partiendo de tal apreciación, conviene examinar, por separado y sucesivamente, los diversos cambios que se propone introducir en la actual regulación de los delitos contra la Administración Pública.

Están, en primer lugar, las modificaciones más concretas, cuales son:

- El tratamiento penal de los administradores concursales y de otras figuras especializadas. Los apartados 200º, 210º y 211º del artículo único del Anteproyecto (que afectan a los actuales artículos 421, 435 y 440 del Código Penal) incluyen a los administradores concursales entre los posibles autores de los delitos de cohecho, malversación de caudales públicos y negociaciones prohibidas a los funcionarios públicos, mientras que el segundo de esos apartados también incluye a los mediadores entre los posibles responsables de un delito de cohecho.

Dentro de los especiales rasgos que configuran a esas figuras, su tratamiento penal en los referidos injustos se basa en las funciones de índole pública que les están legalmente encomendadas en determinados ámbitos, lo que, en el criterio de este Consejo, justifica que queden incluidos en el ámbito de aplicación de los referidos delitos.

- La supresión del Título XIX bis del Libro II del Código Penal, que es objeto del apartado 212º del artículo único del Anteproyecto. En defecto de toda explicación por parte de la exposición de motivos y de la Memoria, se trata de subsanar una atípica situación legal.

Recuérdese que ese Título XIX bis del Código Penal, rubricado "De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales" e integrado por un único artículo (445 bis), fue incorporado al Código Penal por la Ley Orgánica 3/2000, de 11 de enero, de modificación del Código Penal en materia de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

No obstante, la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica el Código Penal añadió un nuevo Capítulo X al Título XIX de su Libro II, dándole la misma rúbrica que la del referido Título XIX bis. Junto a ello, esa Ley Orgánica dio nueva redacción al artículo 445 del Código Penal, anteriormente dedicado al concurso de los delitos de los dos previos artículos, centrándolo en el delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales y dándole una redacción más amplia que la del artículo 445 bis.

Esa Ley Orgánica no contuvo una disposición derogatoria, de modo que, pese a dedicar un artículo del Código Penal (445) a la misma materia que venía regulando otro de ellos (445 bis), este último no fue objeto de expresa derogación, si bien ha de entenderse implícitamente derogado por la referida Ley Orgánica 15/2003 y así ha sido interpretado y entendido en las versiones consolidadas del Código Penal que se han venido difundiendo desde entonces.

La Ley Orgánica 15/2003 tampoco contuvo ninguna previsión que suprimiese el referido Título XIX bis, pese a que el mismo quedó sin contenido a raíz de la derogación implícita del artículo 445 bis del Código Penal, todo lo cual es un buen ejemplo del cuidado que requieren las tareas de índole normativa, que debiera extremarse cuando se acomete un texto normativo de la importancia y significación del Código Penal.

En todo caso, esa anómala situación ha sido interpretada por los operadores jurídicos por la vía de entender tácita o implícitamente derogados ese Título XIX bis y el artículo 445 bis que era su único contenido, lo que, como acaba de indicarse, es el alcance que este Consejo atribuye a la Ley Orgánica 15/2003. Por ello, la supresión de ese Título (apartado 212º del artículo único del Anteproyecto) y la expresa derogación del artículo 445 bis podrían transmitir dudas de que no fue así y de que esa sección y precepto del Código Penal seguían vigentes, lo que no se corresponde con la realidad. En consecuencia, entiende este Consejo que tal supresión y derogación expresa son desaconsejables.

Comentadas esas dos cuestiones más concretas, puede ya centrarse la atención en los dos bloques más generales a que afectan las reformas que el Anteproyecto contiene en relación con los delitos contra la Administración Pública, como son los delitos de cohecho y de malversación de caudales públicos.

A) El delito de cohecho. En los términos que han sido anteriormente presentados, la versión final del Anteproyecto acomete una muy amplia reordenación del delito de cohecho, actualmente regulado en el Capítulo V del Título XIX del Libro II del Código Penal (artículos 419 a 427), existiendo una diversidad de aspectos a comentar dentro de las novedades propuestas.

1. La configuración básica del delito de cohecho. La exposición de motivos y la Memoria del Anteproyecto destacan que este último se inspira en la regulación internacional del cohecho transnacional "que parte de un tipo básico en el que se sanciona la aceptación, recepción o solicitud de dádiva o soborno sin vincularlo al acto realizado luego por el funcionario público". Siempre según esas explicaciones, esa directriz permite obviar los tres tipos actuales de cohecho, que se diferencian en función de la causa del soborno (acto debido, acto indebido o mera condición del interesado) para desembocar en dos únicos supuestos, que, efectivamente, están reflejados en el Anteproyecto, que recoge:

- De un lado, la mera solicitud, recepción o aceptación del soborno por el interesado, supuesto previsto en las nuevas redacciones de los artículos 419 y 422, número 2, del Código Penal, el primero referido al funcionario en cuestión y el segundo al tercero al que aquel solicite o de quien reciba o acepte el soborno.

- De otro, los casos en que tales conductas están vinculadas con llevar a cabo un acto contrario a sus deberes o con no realizar o retrasar injustificadamente el acto debido. Este segundo tipo está recogido en las nuevas redacciones de los artículos 420 y 422, número 1,

del Código Penal, que recogen, respectivamente, la dualidad de personas anteriormente indicada.

Es de notar que esa diferenciación de casos desvirtúa la pretensión de definir un tipo común de cohecho que no atienda a la ulterior conducta seguida por el funcionario en cuestión, ya que el segundo tipo de cohecho sí tiene en cuenta tal conducta.

Esa misma circunstancia se aprecia en una de las novedades más marcadas del Anteproyecto (el nuevo apartado número 2 propuesto para el artículo 420 del Código Penal), al recoger el soborno vinculado con "realizar en el ejercicio de su cargo un acto en el futuro o haya puesto de manifiesto al otro su disposición a: a) que ese acto sea contrario a los deberes inherentes al cargo, o, b) a dejarse influir por la dádiva, ofrecimiento o promesa, cuando el acto conlleve el ejercicio de facultades discrecionales".

En todo caso, y dentro del amplio margen de que dispone la política criminal, no existe objeción que oponer a la simplificación de tipos de cohecho que opera el Anteproyecto ni a la contemplación de esa nueva modalidad de cohecho referida a una conducta futura del funcionario responsable. Semejante conclusión puede extenderse a los ajustes que el Anteproyecto opera en las penas que prevé para los distintos casos de cohechos.

2. El cohecho activo. Recoge el mismo, con los matices ya apuntados, la nueva redacción que el Anteproyecto da al artículo 422 del Código Penal, en el que se advierte la supresión del término "particular", que responde, con toda probabilidad, a un designio de suprimir cualquier interpretación restrictiva de las personas responsables de esa figura delictiva.

No obstante, ese término se mantiene en la nueva redacción propuesta para el artículo 425 del Código Penal, que mantiene la exención de responsabilidad contemplada actualmente por el artículo 426 de ese texto legal, de modo que la proyectada reforma legal debería uniformarse en este punto.

3. El cohecho impropio. La nueva redacción propuesta para el artículo 422, número 1, del Código Penal recoge la vertiente activa de ese delito ("el que ofreciere o entregare dádiva o retribución a una autoridad, funcionario público o persona que participe en el ejercicio de la función pública (...) en consideración a su cargo o función"). No obstante, llama la atención que este elemento diferenciador ("en consideración a su cargo o función") no aparezca en la vertiente pasiva del cohecho impropio (nueva redacción del artículo 419 del Código Penal), lo que puede dar lugar a inconvenientes problemas interpretativos acerca del alcance de ese cohecho impropio pasivo.

4. La definición de los funcionarios internacionales y extranjeros. La exposición de motivos del Anteproyecto destaca la sustitución de la actual enumeración exhaustiva de tales funcionarios (artículo 427 del Código Penal) por una definición de índole funcional (nueva redacción del artículo 426 de ese texto legal por obra del apartado 205º del artículo único del Anteproyecto), lo que se valora positivamente, en la medida en que es una técnica más eficaz para alcanzar el objetivo que se propone.

En el orden de las precisiones menores, y por lo que hace a la nueva redacción del segundo párrafo del artículo 420, número 1, la fórmula final "descrita en dichos artículos" debe sustituirse por una similar a "anteriormente descrita".

B) El delito de malversación de caudales públicos. La exposición de motivos y la Memoria del Anteproyecto ponen en relación los cambios que se proponen introducir en ese delito con la nueva configuración general que la proyectada nueva legislación penal da al delito de administración desleal.

Quedó ya comentado que tal configuración desliga a ese delito de los delitos societarios y lo inserta dentro de los delitos de índole patrimonial. Así concebido, el delito de administración desleal puede tener cualquier sujeto pasivo y, aplicando esa óptica, el Anteproyecto erige al delito de malversación como un caso de administración desleal de fondos públicos.

El Consejo Fiscal se ha mostrado especialmente crítico con tal enfoque, propugnando que el delito de malversación siga configurado como un tipo penal especial, aduciendo, en apoyo de tal posibilidad, que el bien jurídico por él contemplado sería diferente del que protege el delito de administración desleal.

En relación con tal disyuntiva, entiende este Consejo que los muy amplios contornos con que el Anteproyecto delimita el delito de administración desleal permiten incluir dentro de este último las conductas que han estado tradicionalmente contempladas por el delito de malversación de caudales públicos, en la medida en que tal malversación representa una infracción de los deberes fiduciarios, de lealtad y de confianza que giran sobre los empleados públicos.

Para que tal objetivo se consiga es relevante que la nueva configuración del delito de administración desleal se efectúe en términos tales que permitan contemplar las especialidades que concurren en la conducta de los mencionados empleados en cuanto administradores de bienes e intereses que no les son propios.

Vinculadas con tal cuestión están los reparos que el Consejo General del Poder Judicial ha opuesto a los términos en que la versión inicial del Anteproyecto delimitaba el delito de malversación, en los que el mencionado Consejo General apreciaba una insuficiente distinción respecto de varios de los subtipos del actual delito de apropiación indebida cometida por empleados públicos y a la indebida recuperación de anteriores subtipos del delito de malversación de caudales que habían sido abandonados. Y, en un orden complementario de consideraciones, el informe del Consejo Fiscal discrepa de las penas fijadas para diversos de los subtipos incluidos dentro de la nueva configuración del delito de malversación de caudales públicos.

En el sentir de este Consejo, los cambios introducidos en la versión final de la proyectada reforma legal penal han resuelto satisfactoriamente las críticas avanzadas por el Consejo General del Poder Judicial, en la medida en que trazan las adecuadas diferencias entre los distintos subtipos encuadrados dentro del aludido delito de malversación. Por otra parte, las modificaciones en la gravedad e intensidad de las penas que el Anteproyecto revisa forman parte del margen de que dispone la política criminal, sin que advierta este Consejo datos que hagan desaconsejables las concretas penas elegidas.

En todo caso, entiende este Consejo que la configuración definitiva que se dé al delito de malversación deberá tener muy en cuenta los mecanismos de reacción que están en este momento diseñándose en otras iniciativas legales, como es la relativa al régimen de transparencia de las Administraciones Públicas, que contiene un régimen específico de sanciones administrativas en esa materia.

Trigésima quinta. Delitos contra la Administración de Justicia

El Anteproyecto introduce en la actual regulación de esos delitos (Título XX del Libro II del Código Penal, artículos 447 a 471) dos órdenes bien distintos de modificaciones:

- De un lado, están las que se limitan a proyectar dentro de esos delitos una directriz general de la proyectada reforma legal, como es la supresión de la categoría de las faltas penales. Son los casos de los apartados 213º y 215º del artículo único del Anteproyecto, que afectan a los actuales artículos 446 y 456 del Código Penal, que se ocupan de los delitos de prevaricación y acusación o denuncia falsa y simulación de delito, respectivamente.

- De otro, están las novedades de mayor porte que los apartados 214º y 216º del artículo único del Anteproyecto introducen en los actuales artículos 448 y 468 del Código Penal, referidos a los delitos de prevaricación y de quebrantamiento de condena, respectivamente.

A) Las novedades sustanciales en el delito de prevaricación. Ocupándose actualmente el artículo 448 del Código Penal de la prevaricación consistente en negarse un Juez o Magistrado a juzgar un caso, sin alegar causa legal o so pretexto de la oscuridad, insuficiencia o silencio de la Ley, el Anteproyecto elimina ese tipo específico de prevaricación judicial o lo sustituye por uno de nueva planta, centrado en la conducta de la autoridad o funcionario público que, abusando de su cargo, cometiere estafa.

Esa novedad no formó parte de la versión inicial del Anteproyecto sometida a informe del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal, circunstancia que ya ha sido comentada en otros apartados del presente dictamen. En el caso que ahora se considera, esa omisión llama mucho la atención, pues estando en trance de ampliar o extender la respuesta penal a ciertas conductas de los servidores públicos integrados en la Administración de Justicia, hubiera sido ilustrativo contar con el parecer de los aludidos Consejos a la vista de

las importantes y relevantes competencias que tienen atribuidas en relación con esa Administración.

Tampoco la exposición de motivos y la Memoria del Anteproyecto arrojan luz alguna sobre ese nuevo tipo de prevaricación judicial, ya que nada dicen al respecto.

En tales circunstancias, es de apreciar que el Anteproyecto parte de atribuir una especial significación a las conductas de quienes, estando integrados en la Administración de Justicia, abusen de sus cargos y de las funciones que les están atribuidas y cometan un delito de estafa. Por lo tanto, no se está definiendo un tipo específico de estafa que no formase parte del cuadro de los delitos patrimoniales, sino que se está explicitando la especial carga de injusto y reproche que se aprecia en las estafas que sean perpetradas por personas que para ello hagan un uso desviado de las atribuciones que les están confiadas en cuanto parte de la Administración de Justicia.

Dentro del margen de libre apreciación de que dispone la política criminal en la definición y selección de los tipos penales, es claro que esas estafas encierran un claro e intenso desvalor, ya que representan un ejercicio manifiestamente patológico de las potestades que están legalmente confiadas a esos interesados. En consecuencia, resulta razonable la novedad que el Anteproyecto prevé.

B) Las novedades en los delitos de quebrantamiento de condena. A tenor del apartado 216º del artículo único del Anteproyecto, esas novedades se centran en insertar, dentro de tales delitos, la conducta de quien inutilice, perturbe, no lleve consigo o altere el correcto estado de funcionamiento de los dispositivos técnicos que hubieran sido dispuestos para controlar el cumplimiento de penas, medidas de seguridad o medidas cautelares (nuevo apartado 3 del artículo 468 del Código Penal).

El apartado XXIII de la exposición de motivos del Anteproyecto justifica esa novedad destacando que esos dispositivos técnicos no son el contenido directo de condenas, medidas de seguridad o medidas cautelares judicialmente impuestas sino un medio para dotarlas de efectividad, de modo que resulta dudosa su subsunción en el actual delito de quebrantamiento de condena, planteándose, igualmente, dudas acerca de si la alteración de tales dispositivos pudiera calificarse de delito de desobediencia o de daños.

Esta novedad ha sido cuestionada tanto por el Consejo General del Poder Judicial como por el Consejo Fiscal, aunque con mucha más intensidad por el segundo de tales órganos.

Ambos ha coincidido en sugerir que el nuevo tipo delictivo quede situado en el ámbito del delito de desobediencia, lo que el referido Consejo General fundamenta en dar una respuesta penal más contundente y el Consejo Fiscal en corresponderse mejor tal calificación con las circunstancias concurrentes en el caso considerado. Este Consejo coincide con esa sugerencia y hace suyos los dos órdenes de argumentación que la apoyan, valorando, muy especialmente, la importancia que esos dispositivos tienen para diseñar y llevar eficazmente a la práctica una respuesta global a la violencia de género y el respeto que ha de tratar de garantizarse a las decisiones judiciales que dispongan la utilización de tales dispositivos.

En otro orden de consideraciones, el Consejo Fiscal ha destacado que la redacción propuesta para el nuevo apartado número 3 del actual artículo 468 del Código Penal incluya conductas de distinta entidad y ha propugnado que el nuevo tipo delictivo se centre en las que encierren una acción u omisión voluntaria del afectado para dificultar el correcto funcionamiento y aplicación de los dispositivos técnicos que se le haya impuesto para coadyuvar al control y efectividad de una pena o medida, apreciación con la que este Consejo coincide partiendo de las premisas anteriormente indicadas.

Por último, el Consejo Fiscal ha criticado la regla de concurso que el nuevo tipo penal contiene y que declara de preferente aplicación los delitos que prevean una pena mayor que la del nuevo delito, destacando, a tales efectos, que esos otros delitos (desobediencia y daños) contienen penas mayores, lo que redundará en la nula aplicación del nuevo delito proyectado. En consecuencia, el Consejo Fiscal se inclina por reformular el nuevo tipo penal, previendo que la pena en él prevista se aplique en todo caso, a lo que añade la necesidad de salvaguardar la aplicación de la pena que corresponda por el eventual delito de quebrantamiento de condena que se cometa en el caso de incumplirse la pena o medida para cuyo control se impuso el dispositivo que se hubiese alterado o privado de efectividad. Por

los mismos motivos anteriormente indicados, el Consejo de Estado también coincide con esta última observación del Consejo Fiscal, que, junto con las anteriores, se saldaría con una reformulación del proyectado nuevo apartado número 3 del artículo 468 del Código Penal para la que el informe del mencionado Consejo ofrece un aceptable texto alternativo.

Trigésima sexta. Delitos contra el orden público

El Anteproyecto también afecta a la actual regulación de los delitos contra el orden público (Título XXII del Libro II del Código Penal, artículos 544 a 580) e introduce en ella modificaciones de distinto calado, que conviene examinar por separado.

A) El delito de atentado. La proyectada reforma penal incide en la configuración de ese tipo delictivo, revisando:

- La definición básica de ese delito (artículo 550 del Código Penal, al que se refiere el apartado 222º del artículo único del Anteproyecto), que pasa a contemplar la agresión a la autoridad y sus agentes y la resistencia a los mismos mediante violencia.

El Consejo General del Poder Judicial ha entendido que la inclusión de la agresión es innecesaria y redundante puesto que la jurisprudencia tiene ya establecido que el acometimiento ya incluye agresión, pero es de notar que la legislación penal tiene a su alcance modificar el tipo básico del delito de atentado, creando una distinción entre acometer a la autoridad y sus agentes y agredirlos.

Ese mismo Consejo General también ha entendido que el Anteproyecto puede tratar en términos de igual gravedad las conductas de resistencia leve y grave, si bien ha de notarse que la proyectada nueva legislación penal parece tratar de diferenciar esos dos tipos de casos por la vía de la violencia o intimidación empleada en tal resistencia. En ese sentido, y compartiendo el criterio manifestado por el Consejo Fiscal, deberían precisarse los grados de violencia o intimidación empleada.

- El tipo agravado del actual artículo 552 del Código Penal, que pasaría a recogerse en el artículo 551 del Código Penal (apartado 223º del artículo único del Anteproyecto), incluyendo los actos de violencia potencialmente peligrosos.

- El ámbito subjetivo pasivo del delito, que pasa a incluir a los bomberos, miembros del personal sanitario e integrantes de los equipos de socorro que estuvieran interviniendo con ocasión de siniestro, calamidad pública o situaciones de emergencia y a quienes tratase de impedirse el ejercicio de sus funciones (apartado 224º del artículo único del Anteproyecto, que reformula el actual artículo 554 del Código Penal).

El Consejo General del Poder Judicial ha indicado que la cita expresa de esas categorías de personas puede suscitar la duda de si su consideración como agentes públicos se limita a ese precepto e interfiere, por tanto, con la definición general de funcionario público que se contiene en el actual artículo 24 del Código Penal. En realidad, y en la misma línea indicada por el Consejo Fiscal, entiende este Consejo que el propósito del Anteproyecto es bien diferente y apunta a acentuar la protección, extendida al ámbito penal, de la variada gama de personas que puede intervenir en esas situaciones de emergencia.

- Las penas previstas, ampliando el margen de la pena de prisión (de seis meses a tres años en el tipo básico, frente al actual de uno a tres años; uno a cuatro años en los atentados contra autoridades, frente al margen actual de dos a cuatro; uno a seis en el tipo agravado de altos cargos, frente al margen actual de cuatro a seis, y de tres meses a un año frente al margen actual de seis meses a un año) e incluyendo una nueva pena de multa (apartados 222º y 225º del artículo único del Anteproyecto).

También esta cuestión ha sido expresamente comentada por el Consejo General del Poder Judicial, que se ha hecho eco de esos cambios en los márgenes de las penas aplicables. Parece claro que, siendo una cuestión opinable, se desenvuelve, en todo caso, dentro del ámbito de decisión abierto a la política criminal.

B) El delito de desórdenes públicos. En este caso, el Anteproyecto introduce:

- Una definición general amplia del tipo delictivo general, que pasa a basarse en las alteraciones de la paz pública (apartado 226º de su artículo único, que reformula el actual

artículo 557 del Código Penal).

La exposición de motivos del Anteproyecto destaca que, con tal definición general, se pretende evitar que el delito de desórdenes públicos se presente como una yuxtaposición de conductas reprochables. En esa línea, podría incluso llegar a considerarse la sustitución de la rúbrica general de ese delito para que pasase a aludir a los "delitos contra la paz pública".

- Una revisión de algunos tipos específicos existentes, como es el caso del delito específico de la falsa alarma, en el que vuelve a prestarse atención específica a la actuación de los servicios de asistencia y salvamento (apartado 231º del artículo único, que da nueva redacción al artículo 561 del Código Penal).

- Una ampliación de los tipos agravados frente al actual enunciado del artículo 557, número 2, del Código Penal (apartado 227º del artículo único del Anteproyecto, que incorpora un nuevo artículo 557 bis a ese texto legal).

Algunos de esos tipos parecen claramente justificados en atención a los elementos que incluyen (portar armas o instrumentos peligrosos, lanzar objetos contundentes, llevar a cabo actos de pillaje,...). No obstante, se sugiere reconsiderar el tipo previsto en el inciso tercero ("cuando los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa, o con ocasión de alguna de ellas"), ya que se trata de un tipo que puede incidir desmedidamente en el ejercicio del derecho fundamental de reunión y manifestación.

- Nuevas tipificaciones, que comprenden la invasión u ocupación de domicilios, despachos, oficinas y establecimientos de personas jurídicas, la alteración de los servicios de telecomunicación o de los medios de transporte público y la incitación a cometer diversos tipos delictivos, así como el reforzamiento de la voluntad delictiva (apartados 226º y 228º a 230º del artículo único del Anteproyecto, que introducen los nuevos artículos 557 ter y 560 bis e inciden en el actual artículo 559 del Código Penal).

El Consejo General del Poder Judicial ha observado, con acierto, que el nuevo tipo de invasión u ocupación de domicilios y establecimientos de personas jurídicas sólo contempla la comisión del delito en grupo y no, por el contrario, la practicada por una persona individual pero amparada en el grupo, tal y como ocurre en el tipo básico del delito de desórdenes públicos, cuya directriz debería proyectarse sobre este tipo específico.

También se comparte la apreciación del Consejo General del Poder Judicial sobre la incitación, en el sentido de revisar las penas previstas en los apartados 226º y 229º, ya que parece que la del segundo de ellos -referido a la incitación para cometer los tipos agravados del proyectado nuevo artículo 557 bis del Código Penal- debería ser superior a la del primero, que se refiere al tipo básico del delito de desórdenes públicos.

Merecería revisarse, tal y como ha planteado el referido Consejo General, si la tipificación de esa incitación no está ya contemplada por las figuras de la provocación o de la inducción de la parte general del Código Penal y, en caso contrario, acentuar los perfiles específicos de esa incitación.

Todavía en relación con esa incitación, el Anteproyecto contempla una figura próxima, como es la del reforzamiento de la disposición a llevar a cabo determinadas conductas delictivas. Pese a que el Consejo Fiscal la ha reputado de excesivamente laxa, entiende este Consejo que el Anteproyecto utiliza tal fórmula con la finalidad de introducir una cierta gradación entre los diversos casos singulares de provocación para delinquir.

C) Los delitos relativos a las organizaciones y grupos criminales. En relación con los mismos, el Anteproyecto se hace eco de la supresión general de las faltas (apartados 232º y 233º del artículo único del Anteproyecto, que afectan a los artículos 570 bis y 570 ter del Código Penal, respectivamente).

D) Los delitos referidos a las organizaciones y grupos terroristas. Además de una previsión igualmente derivada de la supresión de las faltas (apartado 235º de su artículo único, que modifica el artículo 574 del Código Penal), el Anteproyecto también dispone que la nueva pena de prisión permanente revisable se aplique a quienes, perteneciendo, actuando al servicio o colaborando con organizaciones y grupos terroristas, causaren la muerte de una persona.

E) Las medidas de seguridad. El apartado 236º del artículo único del Anteproyecto dispone que la medida de libertad vigilada podrá imponerse a todos los condenados por la comisión de delitos contra el orden público.

Trigésima séptima. Disposiciones transitorias

A) Disposición transitoria primera. La disposición transitoria primera reproduce, casi en sus términos, lo que estableció en su día la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio (por la que se modificó el Código Penal). Sin embargo, en el Anteproyecto ahora sometido a consulta, se ha suprimido el apartado 3, relativo a la necesaria audiencia del reo ("En todo caso, será oído el reo"); supresión que ha sido objetada por el Consejo General del Poder Judicial mediante una observación de la que quiere hacerse eco el Consejo de Estado.

Por lo demás, y aunque parece claro lo que se pretende decir en el apartado 2, se sugiere revisar su tenor, teniendo en cuenta que, cuando dicha disposición entre en vigor, el "Código actual" será el resultante de la modificación operada por la norma ahora proyectada (y no el vigente cuando se ha redactado la norma). Una posible redacción sería la siguiente: "Para la determinación de cuál sea la Ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma operada por la presente Ley".

Paralelamente a lo anterior, ha de notarse que este mismo apartado 2 hace referencia únicamente a la pena como factor que ha de ponderarse para determinar cuál es la ley más favorable. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que la norma proyectada no afecta sólo a los delitos y sus penas, sino también a otros factores, como las medidas de seguridad. Por tanto, se sugiere valorar su mención expresa en la disposición transitoria primera (apartado 2) a efectos de determinar cuál es la ley más favorable.

B) Disposición transitoria cuarta. La disposición transitoria cuarta regula el régimen de instrucción y enjuiciamiento aplicable a los delitos leves "mientras no entre en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal". Aunque se configura como disposición transitoria, en realidad no tiene tal carácter; no, al menos, en relación con la norma proyectada. Se trata, sencillamente, del régimen de instrucción y enjuiciamiento aplicable a los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la Ley proyectada. El hecho de que se trate de limitar su vigencia futura hasta la fecha en que entre en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal (que no se sabe cuándo se producirá) no convierte esta previsión en transitoria (al margen de que -dígase o no- será, en su día, la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal la que determinará el régimen procesal aplicable a los delitos leves y el mantenimiento o no de las normas que ahora se declaran transitorias). Por ello, entiende el Consejo de Estado que no debe configurarse como una disposición transitoria y que debe suprimirse la frase inicial ("Mientras no entre en vigor la nueva Ley de Enjuiciamiento Criminal..."), lo que en nada altera su sentido, puesto que la frase final del mismo párrafo primero limita su eficacia "a los efectos de la aplicación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Por tanto, el contenido de esta disposición transitoria debe incorporarse a una disposición adicional o a una disposición final, según cuál sea el contenido que finalmente se le dé, teniendo en cuenta lo que a continuación se indicará (que, en principio, podría plasmarse bien en una disposición adicional, como régimen procesal específico, al margen del articulado, o bien en una disposición final que modifique la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

Esta disposición (proyectada como transitoria cuarta) establece que "los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley y tipificados en los artículos 147.2, 147.3, 171.7, 172.3, 234.2, 249, 263, 274.2 párrafo 2º, y 270.1 párrafo 2º, tendrán la consideración de faltas penales a los efectos de la aplicación de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal"; y a continuación se introducen dos párrafos para concretar esa norma general en relación con los órganos judiciales competentes y en relación con el procedimiento aplicable.

Esta regulación se justifica en la exposición de motivos en los siguientes términos: "Con ello, los delitos leves que sustituyen a las faltas penales de más frecuente comisión, seguirán sustanciándose conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la

vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, manteniendo los Juzgados de Instrucción la competencia para el conocimiento y fallo de estos delitos" (lo que no es exacto, puesto que el apartado 2 de esta disposición atribuye la competencia para su conocimiento y fallo a los Juzgados de Instrucción, a los Juzgados de Paz o a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer, según los casos).

Tanto el Consejo Fiscal como el Consejo General del Poder Judicial han objetado dicha regulación. Para el primero, solo cuatro faltas deberían mantenerse como delitos leves en la nueva regulación (las demás deberían despenalizarse y remitirse al ámbito sancionador administrativo), y su enjuiciamiento debería efectuarse por el trámite de los juicios rápidos (por resultar de mayor garantía que el del juicio de faltas). Por su parte, el órgano de gobierno del Poder Judicial propugna mantener un régimen procesal uniforme para los delitos leves, de forma que todos ellos sean sustanciados por los trámites previstos para el juicio de faltas (criterio -de uniformidad- que considera aplicable también en materia de competencia); y advierte que, al haberse seguido el criterio de la frecuencia de su comisión, con el texto proyectado se produciría el efecto insólito de que unos delitos leves con pena más elevada se sustanciarían por el juicio de faltas, o por Jueces de Paz, mientras que otros con penas de menor gravedad seguirían el procedimiento abreviado, o por Jueces de lo Penal.

También a juicio del Consejo de Estado, debería ser el tipo de delito o su gravedad el factor relevante para determinar la competencia y el procedimiento procedente, con establecimiento de un régimen uniforme para los delitos leves o, al menos, sin que las diferencias en esta materia se funden en la mayor o menor frecuencia de su comisión.

En cualquier caso, aun cuando se mantuviera la opción del Anteproyecto, debería modificarse el segundo párrafo, que dispone: "En concreto, los citados delitos leves serán considerados como faltas penales a los efectos de mantener la competencia de los Juzgados de Instrucción, de los Juzgados de Paz y de los Juzgados de Violencia sobre la Mujer en cuanto a su conocimiento y fallo, conforme a lo dispuesto en los apartados 1 y 5 del artículo 14 de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal". En efecto, los citados apartados del artículo 14 señalan en qué caso corresponde el conocimiento y fallo de las faltas a unos u otros órganos de los mencionados; pero lo hace por referencia a los artículos y Títulos del Libro III del Código Penal que han quedado afectados por la presente reforma. Por tanto, los operadores jurídicos tendrán que analizar la correspondencia entre el texto anterior del Código y la Ley procesal; a continuación, la correspondencia entre el texto anterior y el nuevo texto del Código, para - finalmente- deducir de ellas la correspondencia entre el nuevo texto del Código y la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En lugar de dejar que sea cada operador jurídico quien realice esas operaciones de cotejo y deducción en cada caso concreto, con la inseguridad jurídica que conlleva, lo correcto es que el análisis sea efectuado de una vez por el legislador, de forma que se establezca directamente en la disposición de referencia (la transitoria cuarta, en el Anteproyecto sometido a consulta) a qué órgano judicial le corresponde el conocimiento y fallo de los delitos leves que serán considerados como faltas penales a estos efectos (esto es, los aludidos en el apartado 1 de esta disposición, por referencia a los artículos 147.2, 147.3, 171.7, 172.3, 234.2, 249, 263, 274.2 párrafo 2º, y 270.1 párrafo 2º). En definitiva, debe determinarse expresamente cuáles de ellos corresponden a los Juzgados de Instrucción, cuáles a los Juzgados de Paz y cuáles a los Juzgados de Violencia sobre la Mujer. Todo ello, naturalmente, salvo que se opte finalmente por establecer un régimen uniforme de competencia para todos los delitos leves, de acuerdo con lo observado más arriba.

Por último, el párrafo tercero de la proyectada disposición transitoria cuarta dispone: "Del mismo modo, la instrucción y el enjuiciamiento de dichos delitos se sustanciarán conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario". Es claro que la adaptación de aquellos preceptos a la reforma operada mediante la Ley ahora proyectada sólo puede ser efectuada por el legislador, por lo que debe corregirse el inciso final de este párrafo tercero. Probablemente, lo que quiere decirse es que aquellos preceptos se interpretarán y aplicarán adecuando su sentido o teniendo en cuenta la reforma operada por la Ley ahora proyectada. Resulta, pues, necesario, corregir el tenor del inciso final del párrafo tercero de la disposición transitoria cuarta proyectada.

C) Disposición transitoria quinta. La disposición transitoria quinta regula el régimen transitorio de los juicios de faltas iniciados con anterioridad a la entrada en vigor de la presente Ley, con una norma en la que se prevé que la tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley, por hechos que resultan tipificados como delitos leves, continuará sustanciándose conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal. Sin embargo, se añade a continuación en el apartado 2: "2. La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal. Si continuare la tramitación, el Juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal".

Ha de notarse, en primer término, que se trata de un régimen previsto tanto para los hechos que -siendo hasta ahora constitutivos de falta- resultan despenalizados por la ley ahora proyectada como para aquellos que, sin ser despenalizados, quedan sometidos al régimen de denuncia previa.

Según la redacción proyectada, si el legitimado para ello no quiere ejercitar -o mantener- la acción civil, se procede al archivo de lo actuado, sin imposición de pena ni de responsabilidad civil; en cambio, si mantiene la acción civil, el fallo se limitará al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas. Este régimen parece pensado para los casos de despenalización de conductas, puesto que se aplica el nuevo régimen, más favorable para el denunciado (suprimiendo, en todo caso, la sanción penal), salvo en cuanto supondría un menoscabo para el perjudicado (que puede mantener, por ello, el ejercicio de la acción civil, generando un pronunciamiento limitado a responsabilidades civiles y costas).

Sin embargo este régimen no parece adecuado para los casos de conductas que no han sido despenalizadas, pero que están sometidas al régimen de denuncia previa (p. ej., artículos 171.7 o 173.2). Para estos casos se prevé el mismo régimen aludido, de forma que si el legitimado para ello no quiere ejercitar -o mantener- la acción civil, se procede al archivo de lo actuado, sin que se contemple la posibilidad de que la víctima quiera mantener el ejercicio de la acción penal sin reclamar responsabilidad civil. Y si el perjudicado mantiene la acción civil, el fallo se limitará al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, sin imposición de pena alguna, lo que no parece estar justificado ni con el régimen todavía vigente -en que la conducta se contempla como falta- ni bajo el nuevo régimen -en que la conducta se contempla como delito leve, aunque supeditada a la denuncia previa-.

Por todo ello se considera necesaria una reconsideración de esta disposición transitoria quinta, de forma que se dé un tratamiento diferenciado a los supuestos en que los hechos han quedado despenalizados respecto de aquellos en que no han sido despenalizados pero han quedado sometidos al régimen de denuncia previa.

Por último, en esa reconsideración, puede ponderarse la introducción de algún mecanismo orientado a que, una vez archivado el proceso por falta, pueda tramitarse el procedimiento administrativo que corresponda para la imposición de una sanción administrativa, en aquellos casos en que el hecho haya quedado despenalizado sobre la base de que la sanción de esa conducta ha de verificarse en el ámbito del Derecho Administrativo sancionador (siempre, naturalmente, que la infracción administrativa estuviera ya tipificada cuando se produjeron los hechos).

CONCLUSIÓN

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

Que, una vez tenidas en cuenta las observaciones esenciales formuladas en las consideraciones décima C) 10.d, (apartado 50º del artículo único del anteproyecto de Ley) y duodécima B) y C) (apartados 81º y 82º del artículo único del anteproyecto de Ley) del cuerpo del presente dictamen y valoradas las restantes, puede V. E. elevar a la aprobación

del Consejo de Ministros el anteproyecto de Ley de reforma del Código Penal objeto de este dictamen."

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 27 de junio de 2013

LA SECRETARIA GENERAL,

EL PRESIDENTE,

EXCMO. SR. MINISTRO DE JUSTICIA.

Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado
Avda. de Manoteras, 54 - 28050 Madrid