

**CELSO RODRÍGUEZ PADRÓN, SECRETARIO GENERAL DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL,**

**CERTIFICO: QUE EL PLENO DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL, EN SU REUNIÓN DEL DÍA DE LA FECHA, HA APROBADO EL INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA DE REFORMA DE LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, SIENDO DEL SIGUIENTE TENOR LITERAL:**

- I -

## **ANTECEDENTES**

Con fecha 27 de enero de 2003 se ha recibido en este Consejo General del Poder Judicial el anteproyecto de Ley Orgánica de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

La Comisión de Estudios e Informes, en su sesión de 5 de febrero de 2003, designó ponente del preceptivo informe al Vocal Excmo. Sr. D. Adolfo Prego de Oliver y Tolivar. El informe fue estudiado en Comisión celebrada el día 20 de marzo de 2003, acordándose su remisión al Pleno del Consejo.

## **II**

### **SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL**

La actividad informante del Consejo general del Poder Judicial se regula en el art. 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, fundamentalmente con relación a los Anteproyectos de leyes y disposiciones generales del Estado y

de las Comunidades Autónomas que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el resto del artículo 108.1 de aquella Ley, a “normas procesales o que afecten a aspectos jurídico constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales y cualesquiera otras que afecten a la constitución, organización, funcionamiento y gobierno de los Juzgados y Tribunales”.

Sin embargo, la potestad de informe del Consejo ha sido entendida en términos amplios. Así, el Consejo General del Poder Judicial ha venido delimitando el ámbito de su potestad de informe partiendo de la distinción entre un *ámbito estricto*, que coincide en términos literales con el ámbito material definido en el citado artículo 108.1.e) de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y un *ámbito ampliado* que se deriva de la posición del Consejo como órgano constitucional del gobierno del Poder Judicial. Por tanto, dentro del primer ámbito, el informe que debe emitirse habrá de referirse, de manera principal, a las materias previstas en el precepto citado, eludiendo, con carácter general al menos, la formulación de consideraciones relativas al contenido del Proyecto en todas las cuestiones no incluidas en citado artículo 108 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. En cuanto al ámbito ampliado, el Consejo General del Poder Judicial debe expresar su parecer también sobre los aspectos del Proyecto que afecten derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de eficacia inmediata que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, como intérprete supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los jueces y tribunales.

Además de lo anterior, de acuerdo con el principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones, relativas tanto a cuestiones de pura técnica legislativa, o terminológicas, con el ánimo de contribuir tanto a mejorar la corrección de los

textos normativos, como a su efectiva aplicabilidad e incidencia sobre los procesos jurisdiccionales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes han de aplicar posteriormente en la práctica las normas correspondientes.

### III

#### **ESTRUCTURA DEL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA**

El anteproyecto consta de una exposición de motivos, un artículo único con ciento sesenta y tres apartados, tres disposiciones transitorias y una disposición final, acompañándose una amplia memoria justificativa de la reforma.

La exposición de motivos, se divide en seis apartados relativos a las líneas generales de la reforma, en la que se pretende adaptar el Código Penal a las necesidades surgidas de la experiencia y de las nuevas realidades, a la conveniencia de efectuar una revisión parcial del sistema de penas y la suspensión de su ejecución, modificación del régimen de la libertad condicional, definición de nuevos tipos y modificación de algunos que ya existen, incluyendo una pequeña reforma en materia de faltas.

En el artículo único se modifican un total de ciento sesenta artículos del Código Penal y tres rúbricas de otros tantos capítulos. Así, los cuarenta y siete primeros apartados se refieren a la modificación de la parte general, duración de la pena de prisión, supresión de la de arresto de fin de semana, introducción de la de localización permanente, revisión de la de trabajos en beneficio de la comunidad, alejamiento y multa, reforma de la suspensión de la ejecución, y sustitución de penas y régimen de la libertad condicional, medidas de seguridad, de las consecuencias accesorias como el comiso y la clausura, suspensión e intervención de empresas, extinción de la responsabilidad criminal, incluyendo la remisión definitiva de la pena, prescripción y cancelación de antecedentes penales, y tratamiento de la reiteración delictiva,

analizando el concepto de reo habitual, el tratamiento del delito continuado y la receptación.

En el resto de los apartados se modifican artículos de la parte especial, tanto en lo que se refiere a los criterios generales sobre la pena a imponer en cada caso, consecuencia de las modificaciones en la parte general, como a la reforma de algunos tipos delictivos o introducción de otros nuevos, como son los del maltrato de animales domésticos, acceso a servicios de radiodifusión sonora o televisiva o servicios interactivos prestados a distancia por vía electrónica, emisión de radiaciones ionizantes, delitos de la competencia de la Corte Penal Internacional, etc. Igualmente se efectúan algunos ajustes sistemáticos y se revisan las cuantías de algunos tipos penales de contenido económico, adaptándolas a la nueva moneda.

Las tres disposiciones transitorias pretenden que la aplicación de la reforma se lleve a efecto de conformidad con lo establecido en los artículos 25.1 de la Constitución y 1 y 2 del Código Penal, garantizando la irretroactividad de la ley penal salvo que fuere favorable al reo.

La disposición final prevé la entrada en vigor de la Ley al día siguiente de su publicación en el Boletín Oficial del Estado.

#### **IV ESTUDIO DE LA REFORMA**

Para una mayor claridad expositiva se dividirá el estudio de la reforma proyectada distinguiendo las modificaciones sobre la Parte General del Código y que afectan al Libro I del Código, y aquellas otras que tienen como objeto la Parte Especial, y que, en consecuencia, afectan a los Libros II y III del Código Penal.

# MODIFICACIONES DEL LIBRO I

## PARTE GENERAL DEL CÓDIGO

### I

#### ACTUACIONES EN NOMBRE DE OTRO

El artículo 31 del CP, que regula las actuaciones en nombre de otro, es modificado por el Anteproyecto en el sentido de incorporar un apartado segundo, a cuyo tenor “En estos supuestos, si se impusiere en sentencia una pena de multa al autor del delito, será responsable del pago de la misma de manera directa y solidaria la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta actuó”.

1. Las personas jurídicas, en una concepción tradicional, solamente pueden actuar a través de sus órganos, por lo que las mismas, en cuanto no tienen capacidad de acción y de culpabilidad no pueden ser penadas, pues solo frente a personas físicas cabe formular el reproche de culpabilidad . Partiendo de esta concepción el legislador penal de 1995, negando la responsabilidad penal directa de la persona jurídica, reguló la responsabilidad penal de las personas físicas que actúan en su nombre (art. 31), sin perjuicio de una responsabilidad derivada de la persona jurídica que se satisface mediante la imposición de las llamadas *consecuencias accesorias* (en particular, las previstas en el art. 129), que, aunque no tienen el carácter de penas, materialmente presentan un contenido aflictivo análogo al de la sanción penal (algunas de estas medidas coinciden con lo que vgr. el Código francés denomina penas).

Sin embargo, **hoy es aceptado por la doctrina que cabe imputar inmediatamente a la persona jurídica los efectos jurídicos patrimoniales producidos por la acción del órgano o del representante.** Y algunos

ordenamientos europeos han reconocido la responsabilidad penal de la persona jurídica, como, por ejemplo, la ley holandesa de delitos económicos, de 22 de junio de 1950, modificada en 1976; o el art. 121,1 CP francés aprobado por Ley de 22 de julio de 1992, en vigor desde el 1 de marzo de 1994. Aunque el derecho alemán rechaza la pena criminal contra las personas jurídicas, contempla la pena administrativa contra los colectivos. En el Derecho comunitario y en el Derecho administrativo son frecuentes las disposiciones que afirman la responsabilidad de la persona jurídica y, en consecuencia, la consideran sujeto con capacidad de acción que puede ser sancionado administrativamente. Así los arts. 85 y 86 del Tratado de la Comunidad Europea contemplan la imposición de *multas* a las empresas. El mismo Comité de Ministros del Consejo de Europa en la Recomendación 18 /88 de 20 de octubre, propone «la aplicación de la *responsabilidad y de sanciones penales* a las empresas cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad de la empresa y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan». El Corpus Iuris, de acuerdo con la tendencia expresada en el Estudio Comparativo de 1993 y en el Convenio PIF (recogida después en el Segundo Protocolo) contempla junto con la responsabilidad penal individual la *responsabilidad penal de las personas jurídicas* y, como consecuencia, regula un catálogo de penas aplicables a éstas ( art. 9). Y, en fin, las últimas decisiones marco dictadas para lograr un espacio común de justicia e interior, establecen la responsabilidad directa de la persona jurídica.

En este punto, resulta relevante la doctrina contenida en la Sentencia del Tribunal Constitucional español 246/1991, de 19 de diciembre, que establece la necesidad de adaptación conceptual de la culpa a los caracteres especiales de la persona jurídica: «... Todo ello, sin embargo, no impide que nuestro derecho administrativo admita la responsabilidad directa de las personas jurídicas, reconociéndoles, pues, capacidad infractora. Esto no significa en absoluto que para el caso de las infracciones administrativas cometidas por personas jurídicas se haya suprimido el elemento subjetivo de la culpa sino simplemente que *ese principio se ha de aplicar de forma distinta a como se hace respecto de las personas físicas. Esta construcción distinta de la*

*imputabilidad de la autoría de la infracción a la persona jurídica nace de la propia naturaleza de ficción jurídica a la que responden estos sujetos..».*

2. Lo anterior pone de manifiesto una tendencia clara en la actual política criminal de establecer la sanción pecuniaria como sanción autónoma a la persona jurídica como consecuencia de la imputación del hecho punible al órgano, afirmando una especie de “culpa por la organización”. La memoria que acompaña al Anteproyecto alude a la notable trascendencia que en nuestro derecho tendrá el reconocimiento de la responsabilidad de las personas jurídicas. También a propósito de otros preceptos ( art. 162, 305, 318, 374) se refiere de forma expresa la Memoria explicativa a “que se introduce en nuestro Derecho penal la responsabilidad de las personas jurídicas”. Y en la propia Exposición de Motivos de declara que “ se incrementa la proyección de la responsabilidad penal sobre las personas jurídicas al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria”.

Sin embargo, a pesar de la justificación dada a la reforma, de la manera en que se redacta el artículo 31 **más parece privarse a la pena de multa de su carácter personal en cuanto a la persona que debe realizar el pago, que establecer propiamente la responsabilidad de la persona jurídica.**

Por ello, en realidad en **el Anteproyecto no se establece la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues en ese caso la sanción debía serle impuesta de forma directa, sino sólo la consecuencia de que los bienes de la persona jurídica quedan afectos al pago de la multa.**

3. Al margen de lo anterior, **no se regula adecuadamente en el Anteproyecto la posibilidad de atacar el patrimonio antijurídico de la persona jurídica mediante la pérdida de las ganancias obtenidas por medio de los hechos imputables a sus órganos,** cuestión a la que nos

referiremos más abajo a propósito de la reforma de los preceptos que regulan el comiso.

**Probablemente sería oportuno un precepto específico que regulase la extensión a la persona jurídica de las responsabilidades patrimoniales contraídas como consecuencia del delito por la persona física que actuó en su nombre o representación,** y que permitiera englobar tanto la pena de multa como las consecuencias relativas al comiso y la pérdida de la ganancia.

## II

### LAS PENAS Y SUS CLASES

Uno de los objetivos fundamentales de la reforma penal que se contiene en el Anteproyecto informado es la modificación del sistema de penas, de acuerdo con las bases establecidas por la Comisión Técnica de Reforma del Sistema de Penas constituida en el seno del Ministerio de Justicia el día 13 de noviembre de 2000, con la finalidad de acometer un estudio sobre el sistema de penas contenido en el Código Penal, su grado de aplicación y eficacia, y la formulación, en su caso, de una propuesta de reforma legal.

La teoría de la pena va adquiriendo una importante significación en el conjunto del orden jurídico penal. Por ello, el movimiento de reforma penal desplaza en buena parte la atención preferente desde la dogmática del delito hacia la teoría de las penas y de las medidas de seguridad. En esencia el Anteproyecto modifica las sanciones actuales, suprime alguna pena e introduce nuevas formas de sanción. Además de las reformas correspondientes a esta materia, el Anteproyecto atribuye nuevas competencias penológicas al Juez de Vigilancia Penitenciaria, en particular, en la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, y en otras actuaciones que se comentarán oportunamente.

## Duración de la pena de prisión

1. Al establecer el límite mínimo de la pena de prisión, el Código Penal de 1995 optó por la plena abolición de la pena de prisión inferior a seis meses, aunque manteniendo la pena privativa de libertad por debajo de ese límite en forma de arresto de fin de semana.

Sin embargo, de acuerdo con la regulación vigente, también es posible la pena de prisión inferior a seis meses en dos supuestos: la responsabilidad subsidiaria por impago de multa - art. 53 - y el incumplimiento del arresto de fin de semana en cuyo caso se ejecutará ininterrumpidamente - art. 37-. Esto es, en los casos en los que la pena de arresto de fin de semana se ha mostrado ineficaz, es posible que la prisión se cumpla continuamente incluso por periodo inferior a seis meses.

El Anteproyecto rebaja el límite mínimo de la pena de prisión con carácter general, permitiendo que se imponga como pena principal con una duración mínima de tres meses ( por ejemplo, en el artículo 152.1.1º, lesiones imprudentes; artículo, participación en riña; 169.2º, amenazas no condicionales; 184, acoso sexual; 189.2 pornografía infantil; 225, sustracción de menores; 226, abandono de familia; 227, impago de pensiones; 310, delito contable; 328, delito contra el medio ambiente; 332 y ss, contra la flora y la fauna; 337, maltrato de animales domésticos; 558, desórdenes públicos). Así resulta de la nueva redacción dada a los artículos 33 y 72.1. **Sin embargo, y sobre ello debe llamarse la atención, el Anteproyecto no modifica el artículo 36 del Código Penal que es, precisamente, el precepto que establece la duración de la pena de prisión.** Siendo cierto que el artículo 36 es objeto de reforma en el Anteproyecto, ya informado por este Consejo, relativo a las Medidas de Seguridad Ciudadana, Violencia doméstica e integración social de los extranjeros, no obstante tampoco en esta iniciativa legislativa se modifica la duración de la prisión, por lo que aún resulta del artículo 36 CP un límite inferior de seis meses.

2. De acuerdo con lo dicho, la diferencia sustancial del Anteproyecto frente al sistema actual es que, partiendo de la desconfianza surgida de la experiencia práctica hacia la pena de arresto de fin de semana, con carácter general – y no en cada caso en el que se haya comprobado su incumplimiento como en el régimen vigente- se prescinde de dicha pena, cuya finalidad principal era la de sustituir a la pena de prisión de corta duración. En su lugar, se hace preciso, pues, restablecer la pena corta privativa de libertad, con la finalidad expresada en la Exposición de Motivos del Anteproyecto de que pueda cumplir una función de prevención general adecuada respecto de las infracciones de escasa importancia.

El sistema de 1995 se presentaba ciertamente innovador respecto de experiencias comparadas. El Derecho alemán, por ejemplo, no aceptó la recomendación que en tal sentido se contenía en el Proyecto Alternativo (§ 47 ) fundamentalmente por faltar alternativas convincentes. Y en su aplicación práctica el arresto de fin de semana ha presentado disfunciones. Su supresión determina la necesidad de penas de prisión por debajo de los seis meses en los casos en que así resulte indicado en la parte especial del Código.

### **Artículo 33: Frontera entre la pena grave y la pena leve**

La determinación de la gravedad de las penas produce el efecto de incidir en la naturaleza del hecho punible, toda vez que el Código Penal divide las infracciones acudiendo al antiguo criterio de la gravedad de las penas con las que se conminan; y determina la competencia procesal penal. En el Anteproyecto se acometen las oportunas modificaciones en los apartados 2, 3, 4 y 6 del artículo 33 con los siguientes objetivos:

a) Excluir del catálogo de penas la de arresto de fin de semana- que se suprime- e incorporar la nueva pena de localización permanente.

b) Establecer la diferencia entre delito grave y menos grave según el hecho esté amenazado con pena de más o menos de cinco años de prisión. Con ello **se armoniza el Código penal con las reglas de competencia establecidas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal entre los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales.**

c) Los trabajos en beneficios de la comunidad se establecen en días y no en horas, en concordancia con otros preceptos del propio Código ( arts. 40 y 53.1)

d) Rebajar el límite mínimo de la prisión a tres meses, como consecuencia de la supresión del arresto de fin de semana, y modificar los límites de las penas privativas de derechos a efectos de su clasificación como penas graves o menos graves.

### **Supresión de la pena de arresto de fin de semana**

1. La pena de arresto de fin de semana es regulada en la ley vigente como pena principal en el art. 37 del Código, y como pena sustitutiva en el art. 88. Esta pena corta de privación de libertad introducida por el Código de 1995 estaba llamada a ocupar el lugar dejado por la correlativamente suprimida prisión lineal o continua de duración inferior a seis meses. El Reglamento de 26 de abril de 1996 ( Real Decreto 690/ 1996) regula las circunstancias de ejecución de esta sanción penal.

El Consejo General del Poder Judicial, en el informe emitido al Anteproyecto de 1992, de reforma del Código penal, después de exponer las voces muy críticas alzadas contra la el arresto de fin de semana, concluía en el sentido de que “ La conciencia general de que se trata de un experimento – bien intencionado, pero experimento- obliga, en este punto, a adoptar cuantas

cauteladas sean precisas para intentar que el espíritu humanitario que anima la reforma- y explica su persistencia en las múltiples propuestas- no se frustre ”.

El arresto de fin de semana es una sanción escasamente utilizada como pena general en el derecho comparado; así, en Alemania, por ejemplo, no se recoge como pena en el sistema de sanciones del StGB de 1975; y sólo como sustitutivo penal se recoge la *prisào por dia livres* en el art. 44 del Código portugués.

Siendo indudables las ventajas que sobre la prisión ofrece conceptualmente el arresto de fines de semana desde el punto de vista de la prevención especial, toda vez que permite corregir los efectos desocializadores de la pena corta de prisión continua - en cuanto el penado no es obligado a suspender sus vínculos familiares ni su relación laboral-, sin embargo, **los pretendidos objetivos preventivo especiales se contraponen a su posible ineficacia desde un punto de vista preventivo general.** Y la práctica ha demostrado que esta sanción penal no ha resultado útil para cumplir los objetivos perseguidos. Precisamente por su escaso éxito, el Anteproyecto informado, como venía solicitando un amplio sector de doctrina, suprime la pena de arresto de fin de semana.

Y ello resulta conveniente en la medida en que existen otras posibilidades eficaces de respuesta penal a las infracciones para las que se estableció la pena de arresto de fin de semana. Como alternativas, el anteproyecto regula las siguientes: 1) La pena de prisión de corta duración -de tres meses en adelante en los delitos-; 2) la pena de trabajo en beneficio de la comunidad, 3) la de multa y 4) la pena de localización permanente, que se crea en esta Ley Orgánica.

En suma, **la supresión del arresto de fin de semana constituye una opción de política criminal que resulta avalada por las experiencias del Derecho comparado, por las propias derivadas de la aplicación práctica de la pena, y por las tendencias doctrinales dominantes en la actualidad.**

**2. Debe observarse que el Anteproyecto ha olvidado reformar el artículo 626 del Código penal, que sanciona la falta de deslucimiento de bienes inmuebles con la pena de arresto de fin de semana.** Desaparecida esta pena del catálogo general debe hacerse la oportuna adaptación.

### **Artículo 37: La nueva pena de localización permanente**

1. A tenor del artículo 35 CP, según el Anteproyecto, “Son penas privativas de libertad la prisión, la localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.”

La novedad consiste en incorporar al catálogo de las penas privativas de libertad la de localización permanente y excluir el suprimido arresto de fin de semana. Esta nueva pena tiene su antecedente en el antiguo arresto domiciliario. La pena de localización permanente, que pasa a regularse en el modificado artículo 37, y que es exclusivamente aplicable a las faltas, constituye una novedad en el sistema de penas. Consiste en imponer al condenado la obligación de permanecer en su domicilio o en otro lugar señalado por el Juez o Tribunal durante un determinado espacio de tiempo, que no puede exceder de doce días.

Aunque el anteproyecto permite que esta pena pueda ser cumplida en fines de semana, o de forma no continuada. El artículo 37.2 dispone al efecto que “Si el reo lo solicitare y las circunstancias lo aconsejaren, oído el Ministerio Fiscal, el Juez o Tribunal sentenciador podrá acordar que la condena se cumpla durante los sábados y domingos o de forma no continuada”. Pero la diferencia sustancial con el arresto de fin de semana que se suprime es que no se produce el ingreso del penado en el establecimiento penitenciario o depósito municipal de detenidos para el cumplimiento del arresto, sino en su propio domicilio o en lugar adecuado para ello determinado por el Juez. Con ello se

evitan los efectos nocivos de una pena corta de prisión que determine la reclusión del interno en un centro penitenciario. Precisamente por ello la pena de arresto suprimida había de cumplirse en régimen de aislamiento celular, con el fin de conjurar el riesgo de que la pena de arresto de fin de semana se convirtiese en una «tertulia de delincuentes» o reunión de «casino o taberna», o el riesgo de contagio criminal a que daría lugar una comunicación entre los penados. Por ello, **la nueva de localización permanente para faltas es una pena más satisfactoria desde el punto de vista preventivo especial**, en cuanto favorece la integración familiar y laboral del penado.

2. **La efectividad de esta nueva pena dependerá del establecimiento de adecuadas medidas de control del cumplimiento.** Junto a los tradicionales controles policiales del arresto domiciliario, deberá tenerse en cuenta en el futuro la posibilidad de control telemático o electrónico, ya prevista en el Reglamento Penitenciario – artículo 86.4 -, para el control de los internos que disfrutan de régimen abierto, posibilidad de la que se hace eco la Memoria justificativa que acompaña al Anteproyecto. **Probablemente esta posibilidad de control electrónico debe disponerse en el propio Código**, y en todo caso en una norma con rango de ley, toda vez que pueden verse afectados derechos fundamentales de la persona.

#### **Artículo 48: La pena de alejamiento**

Se mejora técnicamente la regulación de la pena de alejamiento definiendo y sistematizando las prohibiciones en que consiste. Esta pena está prevista en el art. 57 CP como pena accesoria, particularmente en el caso de delitos contra la integridad moral del art. 173.2, en la forma que este precepto ha sido redactado por el Anteproyecto de reforma del CP en materia de violencia doméstica. Las modificaciones que realiza el Anteproyecto informado, que permiten una mayor efectividad esta pena accesoria, y que por ello merecen un juicio positivo, pueden resumirse en las siguientes:

a) Estableciendo por separado las tres modalidades que en la actualidad regula el Código Penal: 1) La prohibición de residir y acudir a determinados lugares; 2) la prohibición de aproximación a la víctima u otras personas y 3) la prohibición de comunicación con la víctima u otras personas. Esta misma reforma se hace en la regulación de la medida de seguridad equivalente.

b) Se amplía la duración máxima de las penas de alejamiento y de no aproximación a la víctima y se incluye la previsión de su cumplimiento simultáneo con la de prisión e incluso concluida la pena, para evitar el acercamiento durante los permisos de salida u otros beneficios penitenciarios o después de su cumplimiento.

c) Se prevé que en caso de aplicarse la pena queda en suspenso el régimen de visitas, comunicación y estancia de los hijos que no vivan con ellos.

En la medida que esta pena se regula como pena accesoria nos remitimos a lo que más abajo se dirá sobre el artículo 57 del Código.

### **Artículo 49: Los trabajos en beneficio de la comunidad**

Las modificaciones introducidas por el Anteproyecto en la regulación de la pena de trabajo en beneficio de la comunidad consisten en:

- 1) Ampliar el ámbito de aplicación de esta pena, que no se contempla ya únicamente como pena sustitutiva, sino también como pena principal para determinados delitos.
- 2) La atribución al Juez de Vigilancia, en lugar de al Tribunal sentenciador- como hasta ahora- del control de la ejecución.
- 3) La regulación en el propio Código – y no meramente en el reglamento - de las causas del incumplimiento de la pena.

- 4) Disponer en la propia ley que no se computarán en la liquidación de condena los días de inactividad laboral cuando ello obedezca a causa justificada.

### 1. Ámbito de la pena de trabajo en beneficio de la Comunidad

1. Una de las novedades más sobresalientes de la reforma penal de 1995, y sin precedentes en el Proyecto de 1980 y la Propuesta de 1983, vino constituida por la introducción en el sistema penal del trabajo en provecho de la comunidad, aunque ciertamente lo fue en forma limitada en cuanto es una pena que no se prevé en la parte especial como pena principal, contemplándose sólo como pena sustitutiva en caso de responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa - art. 53 - y como sustitutivo penal en sentido propio en el art. 88 del Código. **Esta pena aparece ahora reforzada en el Anteproyecto, en cuanto se contempla como pena principal**, sea única, o se establezca alternativa o acumulativamente a la pena de multa, **en la parte especial para delitos menos graves** ( así: artículo 289, destrucción de cosa propia de utilidad social o cultural; art. 379 – conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas o drogas; art. 463, delito contra la Administración de Justicia por incomparecencia a juicio; art. 526, violación de sepulturas) **o faltas** ( artículo 618, incumplimiento de obligaciones familiares; art. 632, maltrato de animales), **y viene a ocupar parte del espacio dejado por la suprimida pena de arresto de fin de semana.**

2. De ello existen antecedentes en el derecho comparado. Así, por ejemplo, en Francia el “ trabajo de interés general “ que fue introducido por Ley de 10 de junio de 1983, se regula como pena principal y como pena complementaria a la suspensión condicional de la pena ( *sursis avec mise en épreuve* ). En el Derecho inglés la *Community service order* introducida por la *Criminal Justice Act* de 1972, reformada en 1982, se prevé como pena alternativa a la prisión inferior a dos años y para sujetos mayores de dieciséis años tras la reforma de 1982. La Resolución del Consejo de Europa ( 76 ), 10 -

9 de marzo de 1976 - sobre "algunas medidas de sustitución a las penas privativas de libertad" había recomendado a los Estados miembros examinar nuevas medidas de sustitución a las penas de tal naturaleza, indicando especialmente a los Estados la posibilidad de considerar las ventajas del trabajo en provecho de la comunidad, y muy en particular la posibilidad ofrecida: *al delincuente*, de purgar su sanción al servicio de la comunidad; *a la comunidad*, de contribuir activamente a la resocialización del delincuente aceptando su participación en el trabajo " benévolo "

Por ello, **la reforma proyectada, en cuanto supone una evolución del sistema penal actual hacia fórmulas asentadas en el Derecho comparado, merece un juicio positivo.**

## 2. Control de la ejecución por el Juez de Vigilancia

El art. 94 Ley Orgánica del Poder Judicial atribuye al Juez de Vigilancia Penitenciaria el ejercicio de funciones jurisdiccionales previstas en la Ley General Penitenciaria en materia de ejecución de penas privativas de libertad y medidas de seguridad, y **demás funciones que señale la Ley**. El Anteproyecto – que tiene el carácter de Ley Orgánica – atribuye al Juez de Vigilancia nuevas funciones de control de la ejecución de una pena privativa de derechos, y no sólo de libertad, como hasta ahora.

En la medida en que el juez de Vigilancia cumple la función de control judicial de la actuación administrativa en materia penitenciaria proclamada por los arts. 9.3 y 106 de la Norma Fundamental. ( conforme a lo declarado por el Tribunal Constitucional en Sentencia 138/1986 de 7 de noviembre), parece razonable atribuirle el control de la ejecución de una pena, que también corresponde a la administración. En efecto, el seguimiento y control de la ejecución del trabajo se encomienda en el Reglamento de ejecución (*Real Decreto 690 / 1996, de 26 de abril, por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de*

*fin de semana*) de forma directa a la Administración Penitenciaria. Así, el inicio de ejecución de la pena tendrá lugar cuando la Administración Penitenciaria reciba del órgano sentenciador testimonio de la resolución y los particulares necesarios, esto es, la información necesaria sobre las jornadas de trabajo impuestas al penado, la duración horaria de las mismas y el plazo máximo en que deberán cumplirse. Y el artículo 6 del citado Reglamento dispone que “ durante el cumplimiento de la condena el penado deberá seguir las instrucciones que reciba de la autoridad judicial competente, así como de la autoridad encargada de la ejecución de la pena, y las disposiciones de la entidad para la que preste sus servicios “, sin perjuicio del superior control del órgano judicial. A tal fin la Administración mantendrá contactos periódicos con la entidad en que se lleve a cabo el trabajo y una vez cumplidas las jornadas de trabajo o constatado el incumplimiento lo pondrán en conocimiento del órgano sentenciador ( arts. 6, 7 y 8 ).

Por todo ello, **constituye una opción razonable del legislador encomendar al Juez de Vigilancia, en sustitución del órgano sentenciador, las tareas de control jurisdiccional de la ejecución de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.**

### 3. Regulación por ley de las causas de incumplimiento

1. El incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la Comunidad, además de motivar la ejecución de la pena de privación de libertad inicialmente impuesta, en los casos en que aquélla hubiese sido impuesta como sustitutiva, supone la realización del tipo del delito de quebrantamiento de condena del art. 468 el Código Penal. Por esta razón, y de acuerdo con las exigencias materiales del principio de legalidad, debe ser una ley formal la que determine en qué casos debe estimarse incumplida la pena de trabajo en

beneficio de la comunidad, esto es, debe ser la ley la que establezca los presupuestos del hecho punible. Sin embargo, en el sistema vigente se ha optado por la vía reglamentaria para determinar qué conductas deben considerarse como de incumplimiento de la pena, regulándose en el art. 8 del Real Decreto 690/1996, citado. **Por ello, el Anteproyecto soluciona adecuadamente un problema de legalidad planteado en el régimen vigente.**

2. A pesar de ello, en la regulación del Anteproyecto se conserva en la causa d) un importante grado de indeterminación en la descripción del comportamiento, al incorporar una cláusula abierta del tenor de que “ por cualquier otra razón “ su conducta fuere tal que el responsable del trabajo se negase a seguir manteniéndolo en el centro. Como se ha dicho, **este precepto está regulando en realidad los presupuestos del hecho punible del quebrantamiento de condena, por lo que debe exigirse al legislador el mayor grado de concreción posible.**

#### 4. Falta de cómputo de los días no trabajados

El Anteproyecto introduce en el artículo 49 del CP un nuevo apartado 7º que reproduce el artículo 9 del Reglamento de ejecución, por lo que no merece mayor comentario, aparte de haber elevado el rango formal de la norma reguladora.

### **Artículos 50,51,52 y 53: La pena de multa**

1. El apartado 3 del artículo 50 es modificado con el fin de establecer como periodo mínimo de la multa, en coherencia con la modificación del apartado 4 del artículo 33, el de diez días en lugar de los cinco actuales. Se mantiene en el Anteproyecto como límite máximo el de dos años, aunque

puede rebasarse en el caso de así resulte de la conversión de la prisión en caso de sustitución ( art. 88). La larga duración de la multa no tiene parangón en otros textos del Derecho comparado. En el StGB alemán, la multa corre desde cinco días a trescientos sesenta, salvo que la ley determine otra cosa. Y, en general, los países escandinavos contienen una duración extraordinariamente más limitada.

La multa de más de dos meses es considerada pena menos grave en el Anteproyecto.

Por otra parte, en cuanto a la cuota diaria, se actualiza al euro en el apartado 4 del artículo 50. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de cuatrocientos euros.

En el caso de que después de la sentencia variase la situación económica del penado, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, el Anteproyecto permite al Juez o al Tribunal modificar no solo el importe de las cuotas, como en el régimen vigente, sino también los plazos para su pago, lo que significa una apreciable mejora.

2. Es inherente al **sistema escandinavo de la multa o sistema de los días - multa**, que se recoge por vez primera en el Proyecto preliminar sueco de 1916 y que asumió la reforma penal en Alemania conforme al Proyecto oficial de 1962 (§ 42 del StGB), el abono conjunto de una sola vez de la multa declarada, sin perjuicio de la posibilidad extraordinaria de conceder plazo por razones de incapacidad de pago.

Frente a ello, los redactores del Proyecto Alternativo de 1966 propusieron un sistema de multa temporal (*Laufzeitgedanke*) mediante la obligatoriedad de los plazos - *pago forzosamente aplazado* -, haciendo coincidir su vencimiento con las previsibles fechas de ingresos. Este sistema fue acogido en el Proyecto de Código español de 1980 y en el Proyecto de 1992.

La reforma penal de 1995 dispuso en el apartado 6 del artículo 50 que “El Tribunal determinará en la sentencia el tiempo y forma del pago de las cuotas”, lo que hizo suponer a un sector de doctrina que el Código había optado por un sistema de multa temporal. **El Anteproyecto, mediante una opción legítima del prelegislador, sale al paso de esta interpretación, optando claramente por el sistema escandinavo de pago de una sola vez,** y disponiendo en el nuevo apartado 6 que “El Tribunal, por causa justificada, podrá autorizar el pago de la multa dentro de un plazo que no exceda de dos años desde la firmeza de la sentencia, bien de una vez o en los plazos que se determinen. En este caso, el impago de dos de ellos determinará el vencimiento de los restantes.” Luego la regla general es el pago de una sola vez y no el pago aplazado.

3. También en el caso de la **multa proporcional**, cuando después de la sentencia variase la situación económica del penado, excepcionalmente y tras la debida indagación de dicha situación, el Anteproyecto ha modificado el art. 52 con el fin de permitir al Juez o al Tribunal reducir el importe de la multa y establecer los plazos para su pago, lo que significa una importante flexibilización del régimen de la multa proporcional.

### **Artículo 53: Responsabilidad subsidiaria por impago de multa**

1. En esta materia, el Anteproyecto modifica el art. 53, fundamentalmente con el objeto de suprimir la referencia a la pena de arresto de fin de semana, en cuanto ya no es posible cumplir la responsabilidad personal subsidiaria en régimen de arresto de fin de semana, de modo que deberá hacerse mediante la pena de prisión. Como alternativas a la privación de libertad sustitutiva, el Anteproyecto dispone que con la conformidad del penado podrá el Juez acordar que la responsabilidad subsidiaria se cumpla

mediante trabajos en beneficio de la comunidad y, como novedad, mediante la nueva pena de localización permanente en el caso de faltas.

Por lo tanto, el trabajo en beneficio de la comunidad se constituye en la más importante alternativa a la privación de libertad sustitutiva de la multa. Si la multa pretende reducir los bienes del penado, que normalmente serán los que obtenga como rendimiento de su trabajo, igual efecto se consigue mediante la prestación de un trabajo que ya de antemano no resulta remunerado. Este *remedio* ya era conocido en el Derecho comparado: así, el alemán (art. 293 EGStGB “pago de penas pecuniarias incobrables por medio del trabajo libre,”) e italiano (art. 102 de la Ley de *Modifiche al sistema penale*, que junto al trabajo libre contempla como alternativa la libertad controlada).

2. En el caso de que proceda la localización permanente como pena alternativa a la prisión subsidiaria, el módulo de conversión se establece en la Disposición transitoria 2ª. – cada día de localización permanente equivale a uno de prisión -. **Considera este Consejo que debe disponerse en el propio artículo 53 la regla de conversión de modo análogo a lo que se hace con el trabajo en beneficio de la comunidad. También la pena alternativa está sujeta al mandato de determinación derivado del principio de legalidad de las penas.**

3. Como novedad destacable, y conforme a la revisión general de penas que acomete el Anteproyecto, dispone el Anteproyecto que esta responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cinco años, lo que supone elevar en un año el límite actual.

### **Artículos 56 y 57: Penas accesorias**

Los artículos 56 y 57 son modificados por el Anteproyecto, debiéndose observar al respecto lo siguiente:

1. El **artículo 56** establece que en las penas de prisión de hasta diez años, los Jueces o Tribunales impondrán, atendiendo a la gravedad del delito, como penas accesorias alguna de las siguientes: suspensión de empleo o cargo público, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, o inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho. El Anteproyecto modifica este precepto en el siguiente sentido: a) Aclara que la exigencia de la relación directa con el delito cometido, solo rige en el caso de la inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión, oficio, industria o comercio o cualquier otro derecho; b) El Anteproyecto añade al precepto vigente que lo establecido en él lo es “sin perjuicio de lo previsto en el art. 579 de este Código”, que regula la pena accesoria de inhabilitación absoluta en caso de delitos de terrorismo. Y “sin perjuicio de la aplicación de lo dispuesto en otros preceptos de este Código respecto de la imposición de estas penas”.

2. El **artículo 57** es destinado a regular una pena accesoria impropia en cuanto no la llevan aparejada otras penas sino algunos delitos, y su duración no depende de la pena principal. Este precepto que ya fue modificado por LO 11/1999, de 30 de abril, lo es de nuevo en el Anteproyecto informado. Además de la modificación meramente formal de remitirse ahora a la nueva regulación de las prohibiciones en que consiste la pena de alejamiento del art. 48, el nuevo precepto persigue en esencia: a) Ampliar la duración de la pena accesoria y prolongar los plazos de duración de esta pena accesoria cuando la pena principal fuera la de prisión; y b) hacer preceptiva la imposición de la prohibición de aproximarse a la víctima o sus familiares en el caso de delitos cometidos contra el cónyuge o familiares contra el cuarto grado inclusive que convivan con el condenado.

a) En cuanto a la duración de la pena de alejamiento como accesoria, se añade un párrafo 2º al apartado 1 del art. 57 en el sentido de que “No obstante lo anterior, si el condenado lo fuera a pena de prisión y el Juez o Tribunal acordara la imposición de una o varias de dichas prohibiciones, lo

hará por un tiempo superior entre uno y diez años al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia, si el delito fuera grave, y entre uno y cinco años si fuera menos grave. En este supuesto, la pena de prisión y las prohibiciones antes citadas se cumplirán necesariamente por el condenado de forma simultánea”.

La finalidad de esta reforma, que se inspira en la precedente operada en el art. 579 por LO 7/2000, de 22 de diciembre, y conforme a la cual la accesoria de inhabilitación absoluta para el caso de delitos de terrorismo tiene una duración que excede a la de la pena de prisión, es evitar que en el caso de que la prisión se cumpla efectivamente la pena accesoria resulte inocua. Por ello, se prevé una duración que excede de la pena privativa de libertad impuesta. Pero al mismo tiempo se dispone la aplicación simultánea de esta pena accesoria aunque haya sido impuesta la pena de prisión, y durante su cumplimiento, con la finalidad de evitar que el penado aproveche permisos de salida u otras excarcelaciones para aproximarse indebidamente a la víctima o su familia. Con ello se mejora notablemente la regulación de esta pena de alejamiento cuando procede como accesoria.

b) En cuanto a la imperatividad de la pena accesoria, debe observarse, en primer término, que **no se explica suficientemente la restricción del círculo de sujetos pasivos** al cónyuge o familiares contra el cuarto grado inclusive que convivan con el condenado. **en relación a otros sujetos dependientes que convivan con el penado al margen del vínculo estrictamente familiar**, si el fundamento de la medida reside en la particular importancia que el alejamiento del agresor tiene en estos casos de convivencia. A pesar de que la Memoria explicativa que acompaña al Anteproyecto dice que la pena de alejamiento es preceptiva en los casos de violencia doméstica, debe observarse que el Consejo informó recientemente el Anteproyecto de Medidas relativas a la Seguridad Ciudadana, Violencia doméstica e integración social de los extranjeros, y en él se valoró como positiva la ampliación del nuevo tipo del art. 173, comprensivo de situaciones en las que se produce una situación de dependencia o subordinación, aunque

no se correspondan exactamente con una relación familiar. Y que en esta situación de subordinación, incluso mediante la convivencia, pueden encontrarse personas que no son ni el cónyuge ni los familiares del penado. Por lo tanto, **considera esta Consejo que debería adecuarse el art, 57 al nuevo círculo de sujetos pasivos del art. 173 del CP, según la reforma proyectada de este último precepto.**

### **Artículo 58: Abono de la prisión provisional**

En cuanto a las modificaciones que introduce el Anteproyecto en el art. 58 puede observarse:

a) Se atribuye al Juez de Vigilancia la decisión sobre el abono cuando la prisión indebida lo fue en otra causa; reforma que se sitúa en el contexto más amplio de potenciar la asunción de competencias penológicas por parte del Juez de Vigilancia. **Entiende el Consejo al respecto que el abono debe corresponder en este caso también al Tribunal sentenciador por varias razones.** En primer lugar, corresponde al órgano sentenciador practicar la correspondiente liquidación de la condena a la que se pretende el abono, pues en otro caso sería corregida en la posterior liquidación del Juez de Vigilancia. De otro lado, no se explica suficientemente la virtud de este nuevo sistema de atribuir al Juez de Vigilancia la competencia para acordar el abono, en cuanto el actual sistema no ha presentado disfunciones en este punto.

Pero fundamentalmente debe tenerse en cuenta que el abono de la prisión no pertenece a la fase de ejecución de la pena – en la que interviene el Juez de Vigilancia – sino a la fase de declaración, que pertenece al Juez o Tribunal sentenciador. La doctrina penal ha considerado que el art. 58 regula una causa de compensación parcial de la culpabilidad, de modo **que la decisión de abono forma parte de la tarea de la individualización de la pena por el Juez sentenciador.** La reforma impide que esta circunstancia pueda ser valorada en la propia sentencia, imponiendo su valoración en fase

de ejecución por el Juez de Vigilancia Penitenciaria, lo que contradice el fundamento teórico del abono de la prisión preventiva.

b) Sin embargo, se **mejora técnicamente el art. 58** en cuanto se clarifica que sólo procederá el abono de prisión preventiva sufrida en otra causa cuando **dicha medida cautelar sea posterior a los hechos delictivos** que motivaron la pena a la que se pretende abonar. La regulación vigente se refiere a hechos posteriores al ingreso en prisión, lo que podía generar alguna duda sobre si se refería a la prisión preventiva indebidamente sufrida o a la prisión en ejecución de la sentencia de condena a la que se pretende abonar el exceso de prisión preventiva de otra causa. Aunque sobre el particular una copiosa jurisprudencia se había pronunciado ya en el sentido que ahora asume la reforma.

### **Artículo 60: Incapacidad sobrevenida tras la sentencia firme**

1. También en esta materia el Anteproyecto potencia las funciones del Juez de Vigilancia, atribuyéndole la competencia para acordar la suspensión de la ejecución en estos casos, la imposición de las medidas pertinentes y, sanado el penado, la posibilidad de dar por extinguida la condena o reducirla en su duración. Como se ha dicho anteriormente, no debe asumir el Juez de Vigilancia funciones que no son propias de la fase de ejecución de las penas o de las medidas de seguridad. Y la decisión sobre la suspensión de la ejecución es una función que debe conservar el Tribunal sentenciador, pues es claro que, al menos cuando la fase de ejecución aún no ha comenzado, no se ha producido la situación en la que puede actuar el Juez de Vigilancia.

De igual forma, una vez restablecida la salud mental del penado, la decisión sobre **las medidas a imponer y si procede por razones de equidad dar por extinguida la condena o reducir su duración, cuando resulte innecesario el cumplimiento, es una facultad de sustitución de la pena que debe corresponder al Tribunal sentenciador.** En caso análogo, el art.

99 CP atribuye esta decisión al órgano sentenciador. Aunque la Memoria explicativa que acompaña al Anteproyecto dice que también se modifica este último precepto, coherentemente con su filosofía de que el Juez de vigilancia pasa a ser el ejecutor de las medidas de seguridad, lo cierto es que el texto del art. 99 sigue atribuyendo la decisión al órgano sentenciador.

### III

## APLICACIÓN DE LAS PENAS

### **Artículo 65.1 Comunicabilidad de las circunstancias**

Las circunstancias agravantes o atenuantes se extienden a los partícipes según el régimen que establece el art. 65 CP. Esta disposición, según su redacción vigente, requiere para su aplicación que se distinga entre las circunstancias que «consistieren en la disposición moral del delincuente, en sus relaciones particulares con el ofendido o en otra causa personal» y las que «consistieren en la ejecución material del hecho o en los medios empleados para realizarla». Las primeras circunstancias, denominadas a menudo en la doctrina como «subjetivas» sólo tienen *efecto personal* y no se comunican a los partícipes en quienes no concurren; mientras que otras circunstancias, denominadas «objetivas», serán *accesorias*, en el sentido de resultar aplicables a los restantes partícipes que hayan tenido conocimiento de ellas.

El apartado 1 del art. 65 se modifica en el Anteproyecto, regulándose con el siguiente tenor: Las circunstancias agravantes o atenuantes que consistan en cualquier causa de naturaleza personal agravarán o atenuarán la responsabilidad sólo de aquéllos en quienes concurren.

El Anteproyecto simplifica la fórmula y se limita a enunciar la categoría general de circunstancias a las que cabe reconocer naturaleza personal, de la

que forman parte las relaciones particulares del delincuente con el ofendido, y la impropia denominada disposición moral. En realidad, cabe incluir entre ellas, las circunstancias de atenuación basadas en una disminución de la capacidad de culpabilidad (arts. 21. 1.<sup>a</sup>, 2.<sup>a</sup> y 3.<sup>a</sup>) y las conductas de reparación, art. 21. 4.<sup>a</sup> y 5.<sup>a</sup>. En cuanto a las agravantes, las relativas a las motivaciones del autor (art. 22.3.<sup>a</sup> –precio –; art. 22.4.<sup>a</sup> –discriminación–), a la condición personal del mismo (art. 22.7.<sup>a</sup> –carácter público–), o a las relaciones del autor con el ofendido (art. 22.6.<sup>a</sup> –abuso de confianza –; art. 23–parentesco–).

### **Artículo 65: Atenuación de la pena para el partícipe en delito especial propio.**

1. La jurisprudencia es pacífica acerca de la necesidad de tomar en cuenta que la acción del partícipe no cualificado en un delito especial propio se debe sancionar teniendo en cuenta que en él no concurría el especial elemento personal que fundamenta la punibilidad. La Ley vigente no contiene una norma que establezca cuál es el criterio que se debe aplicar en aquellos casos en los que la circunstancia de la que carece el partícipe tiene una función *fundamentadora* de la punibilidad, como ocurre con las características de la autoría en los delitos especiales propios. El vigente art. 65 sólo contiene una disposición referente a los elementos personales que *modifican* la responsabilidad.

En esa situación, la doctrina y la jurisprudencia realizaron la siguiente reflexión: Si en los delitos especiales impropios hay para todos los extraños una atenuación en cuanto los partícipes no responden por el delito agravado del intraneus, sino por el delito común, parece justo que lo mismo rija para los delitos especiales propios. Pues, el mismo motivo que en los impropios lleva a una atenuación del extraño, a saber, el de que éste no infringe, como lo hace el autor directo intraneus, un deber especial, sigue teniendo plena vigencia en los propios. Por ello, **cuando la pena prevista para determinados partícipes es la misma que para el autor** (como acontece en nuestro art. 28 del CP) la

doctrina más moderna y la jurisprudencia (STS. 12 de febrero y 21 de marzo de 1992, 18 de enero y 2 de febrero de 1994, 21 de diciembre de 1999, 28 de marzo de 2001, 15 de julio de 2002, entre otras) **consideran necesaria una atenuación de la pena para el extraneus partícipe en un delito especial propio**, que la jurisprudencia ha llevado a la práctica mediante la aplicación análoga del art. 65 CP o mediante la aplicación de la atenuante analógica del art. 21.6 CP. Por tanto, si las características personales especiales que fundamentan la punibilidad del autor no concurren en el partícipe, el castigo de éste deberá atenuarse siempre.

2. Ahora se establece en nuestro derecho una regla análoga a la del párrafo 28 I. del StGB alemán. Y saludando favorablemente la iniciativa del Anteproyecto en este punto, toda vez que se hace eco de una jurisprudencia ya consolidada, deben hacerse, sin embargo, algunas precisiones técnicas:

a) De acuerdo con la doctrina que ha quedado expuesta, la atenuación penal resulta necesaria en los casos en los que el Código equipara el tratamiento punitivo del partícipe al del autor en sentido estricto. Y ello sucede sólo en el caso de la inducción y la cooperación necesaria. Pero no alcanza a la complicidad, en cuanto ya permite la Ley una responsabilidad atenuada. Por lo que **es incorrecto mencionar al cómplice, junto al inductor y al cooperador necesario, en el nuevo apartado 3 del art. 65.**

b) El precepto alude a que “no concurren las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito exija para poder ser responsable del mismo “. **El término responsabilidad es ambiguo y no expresa claramente que las cualidades establecidas lo son para ostentar la categoría de autor** según el tipo correspondiente de la parte especial, cuando aquélla cualidad fundamente – y no sólo modifique – la punibilidad. Por ello, **el precepto debería hacer referencia sólo a los partícipes ( inductor y cooperador necesario) que carezcan de las características personales especiales que fundamenten la punibilidad del autor;** de modo similar a lo

dispuesto en el párrafo 28.I del StGB alemán, en el que está inspirado el Anteproyecto.

c) **Tampoco debería a juicio del Consejo hacer referencia el Anteproyecto a la pena inferior en grado a la señalada por la Ley** “para la infracción consumada o intentada”, sino sólo a la señalada por la Ley, **con la finalidad de que en el caso de la complicidad pueda entenderse que proceda la pena inferior en grado a la señalada para el cómplice en el art. 63 CP.** De este modo no se equipara penológicamente al cooperador necesario y al inductor con el cómplice, al permitirse en este último caso una doble atenuación penal – por cómplice y por extraneus -, lo que permitirá adecuar la pena a la gravedad de la aportación de cada partícipe.

d) En cuanto al alcance de la atenuación, siendo conveniente arbitrar la posibilidad de descender al marco penal inferior al establecido para el autor, considera, sin embargo, este Consejo más adecuado un sistema de **atenuación facultativa de la pena**, que permita imponer la pena del marco penal establecido para el autor, en aquellos casos en los que, a pesar de tratarse de un extraneus, su contribución al hecho está próxima al dominio de la situación que permite el cumplimiento del deber especial a que se refiere el tipo. Por esta razón, el precitado párrafo 28.I del StGB alemán, que como decimos influyó en la doctrina jurisprudencial de la que trae causa el Anteproyecto, establece sólo una posibilidad de atenuación facultativa de la pena, permitiendo al tribunal la valoración en cada caso de la pena adecuada a la gravedad de la culpabilidad del partícipe.

### **Artículo 68: Atenuación obligatoria de pena en caso de eximente incompleta**

1. A tenor de la nueva redacción que ofrece el Anteproyecto del artículo 68 CP, “En los casos previstos en la circunstancia primera del artículo 21, los Jueces o Tribunales impondrán la pena inferior en uno o dos grados a la señalada por la Ley, atendidos el número y la entidad de los requisitos que

falten o concurran, y las circunstancias personales de su autor, sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código.”

Por lo tanto, la reforma incorpora la jurisprudencia recaída sobre el particular, toda vez que, a pesar de la redacción del artículo 68 vigente, que utiliza la fórmula aparentemente facultativa de “los jueces y tribunales podrán imponer”, el Tribunal Supremo ha decidido mantener la interpretación que había prevalecido con el texto derogado de que es preceptiva la rebaja al menos en un grado y facultativa hacerlo en dos (cfr., entre otras muchas las SSTs de 16 de enero y de 8 de abril de 1998, que establecieron la doctrina sobre la materia).

En la opción por un sistema de atenuación obligatoria de la pena, y no solamente facultativa, se han esgrimido por la doctrina y la jurisprudencia diversas razones, unas de naturaleza dogmática, ya que las eximentes incompletas disminuyen el desvalor del injusto o la gravedad del reproche y, en consecuencia, deben reducir la pena imponible; otras de índole histórica, en cuanto es la interpretación congruente con la conceptualización tradicional en nuestro Derecho de las eximentes incompletas como atenuantes privilegiadas o especialmente cualificadas tanto por su naturaleza como por sus efectos; y en fin, de orden lógico-sistemático, ya que la interpretación contraria conduciría al absurdo de que una eximente incompleta pudiera tener un efecto atenuatorio nulo, incluso inferior al legalmente prevenido para las atenuantes ordinarias.

**Entra las posibles soluciones de la atenuación facultativa** – seguida por otros ordenamientos europeos, como el alemán, por ejemplo – **y el sistema de atenuación obligatoria**, el Anteproyecto, siguiendo las razones dichas, **opta por el último de forma expresa**-. Y esas mismas razones, ahora asumidas por el prelegislador, son las que justificarían que la reforma del artículo 68 constituya una opción válida del Anteproyecto. Además, **se equiparan el tratamiento punitivo de la eximente incompleta y el del error de prohibición**, que en caso de ser vencible tiene como efecto una atenuación imperativa de la pena que no se había puesto en duda dados los términos en

que se redactó el artículo 14.3. Pues, como ha puesto de manifiesto la doctrina, en ocasiones la eximente incompleta consiste precisamente en un error sobre los límites de una causa de justificación, que, como es sabido, es un caso de error de prohibición indirecto.

2. En segundo lugar, a diferencia del régimen vigente, la reforma del artículo 68 supone la vinculación del Juez o Tribunal a las reglas del artículo 66, una vez determinado el marco penal conforme a la regla del artículo 68. A diferencia del vigente artículo 68 no puede el Tribunal aplicar la pena en al extensión que estime conveniente, sino que, como reza, el precepto proyectado deberá atender al número y la entidad de los requisitos que falten o concurren, y las circunstancias personales de su autor, “sin perjuicio de la aplicación del artículo 66 del presente Código”.

Ello supone un indudable acierto, pues, al igual que sucede, por ejemplo, con relación a la penalidad de la tentativa en que el peligro inherente al intento y el grado de ejecución son factores que determinan la decisión de modificación del marco penal uno o dos grados y no la fijación de la pena definitiva dentro del marco penal previamente establecido, en el caso de la eximente incompleta el artículo 68 pertenece todavía a la fase de la **determinación del marco legal de la individualización judicial**. Por el contrario, el artículo 66 es un precepto que ofrece reglas especiales para una mayor concreción del marco legal, próxima a la **individualización judicial stricto sensu, toda vez que las circunstancias agravantes y atenuantes inciden en el injusto o la culpabilidad del hecho, y no hay motivo para no sujetar al Juez a esas reglas en la determinación de la pena.**

Es decir, en la determinación de la pena , como ha puesto de manifiesto la doctrina, pueden distinguirse dos clases de operaciones que debe realizar el Juez Penal: 1) La *determinación del marco legal de la individualización judicial* en abstracto –actividad que en parte es realizada por el legislador y en parte por el tribunal–, y para la que cuenta el Juez con las reglas generales y especiales que se previenen en los artículos 61 y ss. CP; 2) la *individualización*

*de la pena* en sentido estricto, esto es, determinar, dentro del marco legal, qué pena debe imponerse al autor en atención a las circunstancias del caso concreto. Esta individualización judicial presupone la aplicación previa de las reglas generales y especiales previstas por el legislador para la concreción del marco legal abstracto; y una vez realizado debe graduar la gravedad de la culpabilidad atendiendo a los factores a que se refiere el artículo 66 CP.

3. A pesar de lo anterior, el Anteproyecto no modifica el artículo 62 del Código, que en el caso de la tentativa dispone, en el mismo sentido que la fórmula abandonada del artículo 68, que la pena se determinará en la extensión que se estime adecuada dentro del marco penal concretado por el Juez en atención al peligro inherente al intento y al grado de ejecución alcanzado. Pues, de acuerdo con lo expuesto, **en el artículo 66 se contienen las directrices para la individualización en sentido estricto, y constituye una regla que debería observarse en todos los casos, también en el caso del delito intentado. Por ello sugiere el Consejo que el artículo 62 sea modificado en el mismo sentido.**

### **Artículos 70 y 71: Reglas auxiliares en la determinación de la pena**

1. Las reglas contenidas en los artículos 70 y 71 del Código constituyen el complemento necesario del sistema asumido en la reforma penal de 1995 tras la supresión de las tradicionales escalas graduales de pena y la simplificación que sufre la pena privativa de libertad al reconocer *una* pena única de prisión.

Pero el Código 1995 planteó dudas de interpretación que ahora resuelve de forma expresa el Anteproyecto. En el sistema vigente el límite máximo de la pena básica coincide exactamente con el mínimo de la agravada. Y el mínimo de la básica coincide con el máximo de la atenuada. Por ello, un sector de doctrina propuso la delimitación entre el máximo de la pena base y el mínimo de la agravada, o entre el mínimo de la básica y el máximo de la atenuada mediante la adición o resta de unidades (un día, en la prisión, o una unidad de

moneda, en la multa ) para salvaguardar el principio de proporcionalidad. Y esta es la opción que ahora recoge el anteproyecto, disponiendo que:

1) El límite mínimo de la pena superior en grado será el máximo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, incrementado en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer.

2) El límite máximo de la pena inferior en grado será el mínimo de la pena señalada por la Ley para el delito de que se trate, reducido en un día o en un día multa según la naturaleza de la pena a imponer.

3) A los efectos de determinar la mitad superior o inferior de la pena o de concretar la pena inferior o superior en grado, el día o el día multa se considerarán indivisibles y actuarán como unidades penológicas de más o menos, según los casos.

2. En cuanto a la pena superior en grado, el artículo 70.3 del Anteproyecto establece la regla conforme a la cual, cuando la pena superior en grado exceda de los límites máximos fijados a cada pena en este Código, si la pena determinada fuera la de prisión, se considerará como inmediatamente superior la misma pena, con la cláusula de que su duración máxima será de treinta años. Debe tenerse en cuenta, como ha tenido oportunidad de informar recientemente este Consejo, que **el Anteproyecto sobre cumplimiento íntegro de las penas eleva la duración máxima de la prisión a cuarenta años, por lo que este precepto debería guardar la debida coherencia.** Debe tenerse en cuenta que existen preceptos de la parte especial cuyo máximo de pena alcanza los treinta años de prisión (ejemplo, art. 572.1º CP), por lo que la pena superior en grado, cuando proceda, debe poder rebasar este límite máximo en la medida en que ya lo permitirá el precepto general del art. 76 para el caso de concurso de delitos.

3. El artículo 71 establece el régimen para la determinación de pena inferior en grado, conforme al cual en la determinación de la pena inferior en grado, 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. Y como novedad se dispone que, ello no supondrá la degradación a falta.

En ocasiones, considerando el legislador que determinado hecho debe constituir delito con carácter general se establecen marcos penales atenuados para el caso de que el hecho presente escasa significancia lesiva que pueden conducir a que la magnitud de pena corresponda a una pena leve. Y ello puede suceder en el caso de que concurren diversas posibilidades de atenuación conforme a las reglas de los arts. 62 – tentativa-, 63 – complicidad-, 14.3 – error de prohibición -, 66.4º . concurrencia de pluralidad de atenuantes o una muy cualificada - y 68 – eximente incompleta-. De este modo es posible mantener la naturaleza de delito del hecho, al margen del criterio formal de delimitación entre el delito y la falta que se establece en el artículo 13 del Código penal.

Como ha dicho recientemente este Consejo en el informe emitido al Anteproyecto de Ley sobre Medidas de Seguridad Ciudadana, Violencia doméstica e integración social de los extranjeros, el delito y la falta presentan desde un punto de vista material un distinto grado de lesividad social, por lo que es posible afirmar que el delito es más grave que la falta, no tanto por la mayor pena con que se sanciona el primero, sino porque el delito, frente a la falta, presenta un mayor contenido de injusto. Por ello, en los casos, en que el delito realizado deba ser atenuado hasta el punto de situar el marco penal en la magnitud de la pena leve, se dará en realidad una **equivalencia valorativa desde el punto de vista de su contenido de injusto entre el delito atenuado y la falta, sin que no obstante sea necesario transformar la naturaleza jurídica del hecho punible realizado, determinada de conformidad con el correspondiente tipo de la parte especial.**

## **Artículo 72: La motivación en la individualización de la pena**

1. A tenor de la nueva regulación proyectada del artículo 72: “Los Jueces o Tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta.”

Esta reforma permite: 1) Dar contenido a un precepto que en la redacción vigente había quedado obsoleto; 2) establecer con carácter general la necesidad de motivación de la individualización de la pena, exigencia que hasta ahora sólo se recogía de forma dispersa en algunos preceptos del Código ( por ejemplo, art. 66.1.º y 4.º, 68 –«razonándolo en sentencia»–, 74.2 –«motivadamente», etc.).

2. En cuanto a lo primero, el artículo 72 vigente dispone que “ Cuando la pena señalada en al Ley no tenga una de las formas previstas especialmente en este Título, se individualizará y aplicará, en su caso, haciendo uso analógico de las reglas anteriores”. Este precepto tuvo sentido en Códigos anteriores que contenían una Escala general de penas que incluía algunas que no figuraban en la tabla demostrativa de la división de grados. Asimismo, algunos tipos de la parte especial no establecían la pena en toda su extensión. Como quiera que todas las penas que se recogen en el vigente artículo 33 tiene una extensión determinada susceptible de dividirse en dos mitades, para hacer posible la aplicación de las reglas auxiliares mencionadas más arriba, el artículo 72 había perdido todo su contenido.

3. La exigencia de motivación en la individualización judicial de la pena constituye una exigencia constitucional derivada del artículo 120.3 y de la prohibición de la arbitrariedad de los poderes públicos (art. 9.3 CE). Por ello se ha considerado que la mayor o menor amplitud del marco legal de pena que se ofrece al Juez penal debe ser concretado con arreglo a criterios razonados, esto es, el arbitrio de los Tribunales debe estar *jurídicamente vinculado*. De otro lado, la jurisprudencia ha ampliado la posibilidad del control casacional de la motivación de la individualización en las resoluciones judiciales, toda vez que, como puede leerse en diversas resoluciones de nuestra jurisprudencia

penal, un aspecto esencial de la fundamentación de las sentencias es justificar la individualización judicial de la pena, extremo de la mayor importancia pues equivale a explicitar el porqué en la sentencia se fija una determinada cantidad de pena y no otra diferente, siendo ello especialmente exigible cuando se fija la pena en cuantía superior a los mínimos legales (SSTS 08.05.00; 19.05.00, entre otras muchas).

En consecuencia, **el Anteproyecto merece un juicio positivo al introducir un precepto general que impone a los jueces y tribunales el debido razonamiento en la sentencia en cuanto al proceso de concreción del marco penal y de determinación final de la pena impuesta.**

#### **Artículo 74: Tratamiento penal del delito continuado.**

1. En el régimen vigente el tratamiento del delito continuado ha partido de la idea de que la pluralidad de hechos es valorada como caso de unidad de acción, lo que permite sancionar el hecho continuado de la misma forma que el concurso ideal homogéneo. De esta manera, el delito continuado se sanciona con una sola pena como un solo hecho, la correspondiente al hecho individual *más grave*, que se impondrá en su mitad superior. El Anteproyecto modifica en este punto el art. 74, manteniendo el sistema de absorción agravada obligatoria como regla general, pero **posibilitando la exasperación facultativa de la pena – imposición de la pena superior en grado –** del mismo modo que autorizaba el precedente art. 69 bis. tras la reforma penal de 1983.

La consideración de la continuidad delictiva como una situación intermedia entre los casos de unidad y pluralidad de hechos llevó a la jurisprudencia anterior a la reforma de 1995 a justificar la previsión legislativa en el art. 69 bis derogado de la facultad del Tribunal de exasperar facultativamente la pena hasta el grado medio de la pena superior, en aras a conseguir una mejor justicia retributiva, distinguiendo la punición de la acción

delictiva única de la pluralidad de acciones en la continuidad delictiva, si bien evitando, a la vez, la aplicación de la acumulación de penas.

Ahora bien, **el Anteproyecto informado, como el antiguo art. 69 bis, conceden un amplio arbitrio al Tribunal sin precisar los criterios que debe tener el Juez en la determinación de la pena. Por ello debería disponerse al menos que para imponer la pena superior en grado el Juez deberá valorar el número de acciones realizadas y su respectiva gravedad.** De este modo puede resultar plausible tener en cuenta que, a pesar de que el delito continuado es tratado como un único hecho, no puede olvidarse en la individualización de la pena la circunstancia de son plurales las acciones realizadas, por lo que en atención a su número y entidad puede estar justificado en el caso concreto rebasar el marco penal de la infracción más grave.

Como ha dicho este Consejo en el informe al Anteproyecto de Medidas de Seguridad ciudadana, Violencia doméstica e integración social de los extranjeros, **el delito continuado, con el tratamiento penal actual, en ocasiones puede conducir a un tratamiento privilegiado de la criminalidad en serie, por lo que la ampliación de las posibilidades de individualización de la pena mediante un marco penal más amplio merece un juicio favorable.**

2. En segundo lugar, el artículo 74 es modificado en el apartado 3º con la finalidad de permitir la relación de continuidad de acciones que ataquen al honor o a la libertad sexual sólo en el caso de afecten a un único sujeto pasivo, además de adecuar formalmente la rúbrica de los delitos contra la libertad sexual a la más apropiada de "libertad e indemnidad sexuales " tras la reforma del CP por LO 11/1999, de 30 de abril.

Con carácter general no es posible la relación de continuidad entre acciones lesivas de bienes jurídicos altamente personales. Ello se debe a la importancia que tiene la naturaleza de los bienes altamente personales (vida,

integridad, libertad...) y a la necesidad de una mayor protección de bienes que tutelan en un primer plano a la persona en cuanto tal. La excepción se limita en el caso de ataques a la libertad sexual y el honor en función de la «naturaleza del hecho» y del «precepto infringido». Pero el delito continuado aún en estos casos sólo es posible cuando se ataque a un mismo sujeto pasivo. **La justificación dogmática de esta previsión expresa que hace el Anteproyecto informado se encuentra en que cuando los titulares de los bienes afectados son distintos, en atención a la referencia personal del bien, puede decirse que cada acto presenta un tan diverso contenido de injusto y culpabilidad que no es posible renunciar a una particular valoración de cada acción.** Por ello la doctrina y la jurisprudencia habían exigido ya este requisito de la identidad de sujeto pasivo para la valoración unitaria de los plurales ataques contra el honor o la libertad sexual. Por ello la modificación del art. 74.3 merece un juicio favorable al recoger una opinión pacífica en la dogmática y praxis penales.

#### IV

### SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DE PENAS

1. Las novedades apreciables en materia de **suspensión condicionada de la pena** consisten, en esencia, en las siguientes:

a) El límite de pena para la suspensión de la ejecución de la pena, establecido en dos años, regirá bien se trate de pena única, bien de la suma de varias condenas, aunque se hubieran impuesto en distintas sentencias (modificación del art. 81.2ª). Por tanto, se equipara el tratamiento del que es juzgado en un solo proceso por varios hechos, respecto del que lo es en procesos distintos. La modificación es oportuna pues, incluso, materialmente el concurso de delitos existe aunque los hechos hubieran sido enjuiciados en procesos distintos, pudiendo serlo en uno solo.

b) Se excluye del cómputo de la pena para la concesión de la remisión condicional la responsabilidad personal subsidiaria por impago de la multa ( art. 81.2º ), lo cual había sido ya reconocido en la praxis.

c) Se suprime la Sección Especial del Registro de Penados y Rebeldes, de modo que las penas suspendidas acceden al régimen general de inscripción ( modificaciones de los arts. 82.2 y 85).

d) En el caso de penados que hubieren cometido el hecho a causa de su adicción a las drogas o al alcohol se aumenta el límite para la concesión hasta cinco años de privación de libertad ( apartados 1 y 4 del art. 87), lo que es coherente con la revisión general de penas que acomete el Anteproyecto.

2. En materia de **sustitución de las penas**, se modifica el art. 88 como consecuencia de la supresión de la pena de arresto de fin de semana, y su reemplazo por el trabajo en beneficio de la comunidad.

3. El nuevo párrafo 2º del art. 94 completa el actual apartado 1º en cuanto al cómputo del periodo para considerar al **reo habitual**, con el fin de excluirle de los beneficios de la suspensión de la ejecución y de la sustitución de penas.

## V

### RÉGIMEN DE LA LIBERTAD CONDICIONAL

1. El régimen de la libertad condicional es sustancialmente modificado en el Anteproyecto de Ley para el cumplimiento íntegro de las penas que ya ha tenido oportunidad de informar este Consejo. Por ello, el Anteproyecto presenta ahora una reforma complementaria mediante la modificación, en primer término, del art. 92 - anticipación de la libertad condicional para mayores de 70 años y enfermos con padecimientos incurables - que no merece

observación alguna por parte de este Consejo en cuanto se limita a la mera mejora técnica de la regulación vigente. Y en segundo término, mediante la modificación del art. 93 en materia de revocación de la libertad condicional, con la importante novedad del reconocimiento expreso de que el Juez de Vigilancia podrá decretar la suspensión cautelar de la libertad condicional si apreciase la concurrencia de circunstancias que pudieran dar lugar a la revocación, o cuando el liberado reingrese en prisión por condena impuesta por hechos anteriores a la aprobación de la libertad condicional. Entonces, la suspensión cautelar de la libertad condicional puede conducir a alguna de estas tres decisiones: 1) revocación de la libertad condicional; 2) alzamiento de la suspensión; 3) ampliación de la libertad condicional a la nueva causa.

La suspensión de la libertad condicional por el Juez de Vigilancia es una medida que ya se adopta por razones prácticas, fundamentalmente en los casos en que el liberado es objeto de una medida cautelar de prisión provisional, y no ha recaído, en consecuencia, aún sentencia firme por el delito imputado. A ello parece referirse el Anteproyecto cuando alude a “ la concurrencia de circunstancias que pudieran dar lugar a la revocación”. **Sería más clarificador que incorporase expresamente el legislador como causa de suspensión de la libertad condicional la circunstancia de la adopción de medidas cautelares personales que priven o limiten la libertad del liberado condicional.**

2. Merece destacarse la **posibilidad de revocación de la libertad condicional por involución en el tratamiento del penado.** De este modo el Anteproyecto añade un párrafo al art. 93 conforme al cual, además de las causas ya establecidas en el texto vigente – esto es, que vuelva a delinquir o no observe las reglas de conducta impuestas - se añade lo siguiente: “Igualmente, el Juez de Vigilancia Penitenciaria podrá revocar la libertad condicional cuando el sujeto denote una evolución desfavorable en relación a su tratamiento, manifestada en los pertinentes informes de los profesionales encargados de su asistencia y control.”

Esta posibilidad es coherente con la naturaleza jurídica de la libertad condicional como cuarto grado penitenciario. La libertad condicional reconocida en nuestro Derecho desde la Ley de 1914, es el último periodo en la ejecución de la pena privativa de libertad. En este sentido, el artículo 72.1 de la LOGP, declara que la libertad condicional es el cuarto o último grado del sistema de ejecución penitenciaria: “Las penas privativas de libertad se ejecutarán según el sistema de individualización científica, separado en grados, el último de los cuales será el de libertad condicional, conforme determina el Código Penal”. Si se tiene en cuenta que para la evolución de grado es preciso que por la evolución de su tratamiento se haga merecer el penado de la progresión ( art. 72.4), es razonable establecer la posibilidad de regresión de grado, que equivale a la revocación de la libertad condicional, cuando el liberado condicional, conforme a los informes sociales, no presente un pronóstico favorable, a pesar de que aún no se haya traducido en la comisión de nuevos delitos, o haya supuesto el incumplimiento de alguna de las reglas de conducta impuestas.

No obstante, estima este Consejo que esta posibilidad debe ser excepcional y debidamente motivada. El interno en libertad condicional no recibe propiamente un tratamiento penitenciario, sino que el tratamiento consiste en la sujeción a determinadas normas de conducta de las previstas en el art. 105 CP, al que se remite el art. 90.2. **Por ello el Código, en vez de referirse a la evolución desfavorable en relación a su tratamiento, en la medida en que el liberado condicional no está sujeto a un tratamiento penitenciario en sentido técnico, debería aludir a que el Juez de Vigilancia podrá revocar la libertad condicional cuando concurrieren circunstancias que permitan realizar un juicio pronóstico desfavorable de reinserción social, por haber variado las condiciones que llevaron a un juicio inicial favorable** a la concesión de la libertad condicional, pero que se ha demostrado equivocado. En realidad se trata de prevenir el riesgo de reiteración delictiva sin esperar a que esta se produzca.

## VI

### LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD

Sobre las modificaciones introducidas en el sistema de medidas de seguridad, y en particular, en los arts. 96, 97, 99, 100, 104 y 105, pueden formularse las siguientes observaciones:

a) El Anteproyecto aclara que la aplicación de la medida de seguridad sólo es posible en el caso de que el hecho punible cometido constituya *delito* y no sólo falta. Para ello se modifica la circunstancia 1ª del apartado 1 del art. 95 en el sentido de cambiar la expresión “ que el sujeto haya cometido un hecho previsto como *delito* “ por la de un “hecho constitutivo de delito “. Sin embargo no se modifica correlativamente el artículo 6 cuando dispone que las medidas de seguridad se fundamentan en la peligrosidad criminal del sujeto al que se impongan “ exteriorizada en la comisión de un hecho previsto como *delito* “. **Entiende este Consejo que para cubrir plenamente los objetivos pretendidos debe modificarse también este precepto general del art. 6.**

b) En el artículo 96, además de la incorporación de las medidas del art. 105, en lugar de la mera remisión, y de una nueva ordenación sistemática, destaca la nueva medida consistente en la prohibición de acudir a determinados lugares como los “espectáculos deportivos o culturales” y “establecimiento de bebidas alcohólicas o juego”.

c) En el art. 97 se sustituye la mención “podrá” por la de “adoptará”, de modo que se clarifica que el órgano sentenciador deberá imperativamente adoptar durante la ejecución de la medida alguna de las decisiones a que se refiere el precepto.

d) En el art. 104 se introduce un apartado 2º conforme al cual “Cuando se aplique una medida de internamiento de las previstas en el apartado anterior o en los artículos 101, 102 y 103, el Juez o Tribunal sentenciador comunicará al Ministerio Fiscal, con suficiente antelación, la proximidad de su

vencimiento, a efectos de lo previsto por la disposición adicional primera de este Código.” Ello se debe a la finalidad expresada en la Exposición de Motivos de que cuando esté próximo su vencimiento pueda el Ministerio Fiscal instar, si fuera procedente, la declaración de incapacidad ante la jurisdicción civil, potenciándose de este modo la figura del Ministerio Fiscal en relación con la protección de los derechos de los condenados y sus familiares.

## VII

### CONSECUENCIAS ACCESORIAS

#### **Artículo 127: El comiso**

##### 1. Comiso y pérdida de la ganancia

El Anteproyecto sigue el sistema tradicional de regular conjuntamente el comiso de los instrumentos y efectos del delito y la pérdida de la ganancia. Como ya advirtió este Consejo en el informe al Anteproyecto de Código penal de 1992, “ no hace falta subrayar que la naturaleza del comiso de los instrumentos del delito, y aun de sus productos, por un lado, y el de las ganancias, por otro, responden a consideraciones tan diversas que cabe hablar de dos figuras distintas”.

Por ello **conviene distinguir con claridad entre el comiso de seguridad y la confiscación de la ganancia**. Esta diferenciación aparece más nítida en el Derecho comparado. Así, el StGB alemán distingue ambas figuras destinando a su regulación preceptos separados (§§ 73 y ss. StGB – *Verfall*, pérdida de la ganancia - , §§ 74 y 75 - *Einziehung* , comiso -). También lo hace el schStGB suizo, que destina el § 58 al comiso de seguridad (*Sicherungseinziehung* ), y el § 59 al comiso de valores patrimoniales (*Einziehung von Vermögenswerte* ) .

Ambas figuras responden a un distinto fundamento: El comiso de seguridad, referido a productos e instrumentos del delito, se fundamenta en la *peligrosidad del objeto* sobre el que recae, cuando los objetos pongan en peligro a la colectividad ( ejemplo, material inflamable, tóxico, armas y munición ... ) o cuando exista el peligro de que ellos puedan servir a la comisión de hechos antijurídicos (ejemplo, armas, moneda y documentos falsificados, útiles para el robo, ... ). Por el contrario, la pérdida de la ganancia, o comiso de ventajas patrimoniales, responde a la finalidad político criminal de *corregir situaciones patrimoniales ilícitas*, sobre la base del principio general de que nadie debe enriquecerse mediante hechos antijurídicos.

## 2. El comiso del valor equivalente

A tenor del apartado 2 del art. 127, según el Anteproyecto informado, “Si por cualquier circunstancia no fuera posible el comiso de los bienes señalados en el párrafo anterior, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho”.

En el régimen vigente, tanto en el caso de los instrumentos del delito como en el de la ganancia, cabe extender el comiso al **valor de sustitución**, en el supuesto de que por la acción del autor o del partícipe, se haya frustrado el comiso o la confiscación. Ello tendrá lugar cuando, antes de la resolución sobre confiscación, el autor o partícipe hayan enajenado el bien de que se trate o lo hayan gravado con el derecho de un tercero, de forma tal que no es posible la efectividad de la medida. En ese caso, el comiso se extiende a los bienes de que se trate“ cualquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar”.

**La novedad del Anteproyecto consiste en posibilitar el comiso del valor equivalente, conforme al cual cabe extender el comiso a otros bienes de origen o comercio lícito pertenecientes al responsable penal**

**cuando se han frustrado las expectativas de comiso sobre los bienes o instrumentos derivados del delito o sus transformaciones.** Esta posibilidad es admitida en el derecho comparado y en determinados instrumentos internacionales. Así, por ejemplo, el art. 5,1 a) de la Convención de Viena de 1988; o el Convenio Internacional para la Represión de la Financiación del Terrorismo de 9 de diciembre de 1999. En particular, la Decisión Marco del Consejo Europeo de la UE de 26 de junio de 2001, relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito, establece la necesidad de que cada Estado adopte las medidas necesarias para que su legislación y procedimientos permitan el decomiso del valor.

### 3. El llamado “comiso indiferenciado”

1. La redacción vigente del art. 127, que contempla el comiso como consecuencia asociada a la imposición de una pena, determina que sólo puede tener lugar cuando el sujeto obró con capacidad de culpabilidad. Por ello, en los casos en los que no es posible declarar la culpabilidad del autor (incapacidad de culpabilidad, error de prohibición invencible, inexigibilidad, etc.) no puede imponerse una pena y, en teoría, tampoco el decomiso, aunque el objeto o el instrumento de que se trate sea objetivamente peligroso. Esta es la razón por la que la doctrina proponía como única solución para conjurar ese peligro acudir al art. 635 del la Ley de Enjuiciamiento Criminal, conforme al cual “ cuando las *piezas de convicción* entrañen, por su naturaleza algún peligro grave para los intereses sociales o individuales, así respecto de las personas como de sus bienes, los Tribunales, en prevención de aquél, acordarán darles el destino que dispongan los Reglamentos o, en su caso, las inutilizarán previa la correspondiente indemnización, si procediere ”.

El Anteproyecto soluciona adecuadamente este problema cuando introduce un apartado tercero en el art. 127, conforme al cual “ El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este

artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal”. Pues el comiso no es una pena, por lo que no es presupuesto para su adopción la responsabilidad por el hecho punible. **Este precepto se fundamenta en experiencias de otros Derechos, que reconocen el llamado *comiso indiferenciado* en defensa de la colectividad, en el que no se tiene en cuenta el carácter culpable del hecho sino sólo la posibilidad de utilización peligrosa del objeto.** Este *comiso indiferenciado* presenta los perfiles propios de una medida de seguridad.

De este modo el comiso puede extenderse:

a) A los casos de **autor inculpable**, resultando irrelevante la conciencia de la ilicitud y la capacidad de imputabilidad del autor, cuando los objetos pongan en peligro a la colectividad o cuando exista el peligro de que ellos puedan servir a la comisión de hechos antijurídicos.

b) En los mismos casos podría extenderse el comiso frente a **bienes o derechos de tercero** – aún de buena fe -, sin perjuicio de la correspondiente indemnización en los casos que proceda. En el StGB alemán se admite el comiso indiferenciado frente a terceros cuando se trate de objetos que en atención a su naturaleza y circunstancias acompañantes sean peligrosos para la colectividad o exista el peligro de que servirán a la comisión de acciones conminadas con pena ( cfr. § 74e II. En relación con el § 74.II.2.).

c) Prescindir de la capacidad de culpabilidad también permite atacar patrimonios ilícitos que se encuentran en manos de **personas jurídicas** respecto de delitos realizados en el seno de la empresa.

2. De acuerdo con la anterior la reforma merece un juicio positivo en cuanto da respuesta a un problema práctico planteado ante nuestros Tribunales. Pero el apartado 3 del art. 127 requiere determinadas mejoras técnicas:

a) **El Anteproyecto debería regular de forma clara el comiso de instrumentos y productos del delito, incluso la ganancia, cuando son propiedad, no de la persona física responsable criminalmente responsable, sino de la persona jurídica para quien se actúa.** La ausencia de responsabilidad criminal de la persona jurídica en cuanto tal – conforme al principio tradicional *societas non delinquere* - no debe impedir que alcance el comiso a bienes de su titularidad. Por ello, en el caso de que se declare la responsabilidad de la persona física que actúa en nombre de la persona jurídica, conforme al art. 31 CP, el art. 127CP debería permitir la confiscación de los bienes o ganancias de las que se hubiere beneficiado aquélla, pues esta consecuencia no queda claramente establecida en la redacción propuesta en el Anteproyecto. En este sentido, por ejemplo, se pronuncia el § 75 StGB alemán.

b) El número 3 del art. 127 se refiere a personas exentas de responsabilidad criminal. **Probablemente debería ampliar ámbito a personas cuya responsabilidad se ha extinguido cuando a pesar de ello quede demostrada la situación patrimonial ilícita.** Por ejemplo, puede suceder en la práctica que la declaración de prescripción de un delito impida el decomiso de sus efectos que están en posesión del autor cuya responsabilidad criminal no puede declararse. El art. 127 CP contempla el comiso y la confiscación como consecuencia asociada a la imposición de una pena, por lo que si falta un presupuesto del proceso – prescripción- impide la misma declaración de culpabilidad. En estos casos, conforme al régimen vigente, la prescripción obliga a considerar tercero al partícipe en el hecho criminal cuya responsabilidad no pueda declararse.

c) **No regula de forma clara el art. 127 si el comiso puede extenderse a terceros que hayan favorecido imprudentemente el hecho.** La situación del tercero en cuanto al comiso es clara cuando: 1) aunque no haya habido mala fe del tercero, éste tiene obligación de restituir lo recibido a título lucrativo, conforme a lo dispuesto en el art. 122 CP; 2) En el caso de que

el tercero adquiriera por transmisión del autor o partícipe bienes sujetos a comiso o bienes de origen ilícito, con conocimiento acerca de dicha procedencia- tercero de mal fe -.

Pero la situación es diferente cuando se trata de bienes que pertenecen en el momento del hecho al tercero y que el autor los ha utilizado para su realización. En este caso, si concurrió dolo del tercero podrá deducirse responsabilidad penal a título de partícipe, en cuanto favoreció el hecho poniendo a disposición del autor el instrumento del delito. Pero, por el contrario, puede darse un favorecimiento imprudente, consistente en haber facilitado el hecho al haberse utilizado el instrumento por el autor como consecuencia de la omisión de los deberes de control del bien que incumbía al tercero. Y en estos casos, cuando se trata de delitos dolosos no cabe declarar responsabilidad criminal del tercero.

La posibilidad de extender la medida de confiscación frente a tercero, aunque haya contribuido de forma imprudente al hecho punible, es reconocida en otras legislaciones de nuestro entorno, y se ha declarado ajustada al CEDH por la STEDH de 5 de mayo de 1995, *asunto Air Canadá c. el reino Unido*, caso en el que la Compañía Air Canadá hubo de satisfacer una importante cantidad para liberar el embargo de un avión que había sido utilizado para el transporte en el depósito de equipaje de una cantidad relevante de droga y respecto del cual la Compañía aérea había omitido elementales controles de seguridad. En este sentido, el StGB alemán (§ 74a.1) permite el comiso frente a tercero cuando haya cooperado imprudentemente a que las cosas o derechos hayan sido utilizados como medios u objetos del delito o de su preparación. Pero, como decimos, **no queda debidamente clarificado, en la regulación dada por el Anteproyecto al apartado 3 del art. 127, que pueda extender el comiso a este tercero, pues ni puede considerarse tercero de mal fe por la circunstancia de haber favorecido imprudentemente el hecho, ni parece alcanzarle la cláusula de “estar exenta de responsabilidad criminal”.**

#### 4. Comiso y prueba del delito previo

En el Anteproyecto se mantiene la estructura actual del art. 127 CP, cuando restringe el comiso a los bienes que provengan del delito concretamente enjuiciado y por el que se impone pena, y no de otros delitos. Ello determina, en principio, la necesidad de declarar la culpabilidad del acusado respecto del concreto hecho del que deriva la ganancia ilícita. Sin embargo, la realidad pone de manifiesto en ocasiones que es posible declarar la procedencia ilícita de un bien, sin poder declarar correlativamente la responsabilidad criminal del poseedor por ese concreto hecho.

**Entiende el Consejo que debería aprovecharse la reforma para ampliar la posibilidad del comiso de bienes de ilícita pertenencia, cuando quede acreditado que proceden de la actividad delictiva del poseedor, aunque no quede acreditado que la ganancia proviene del concreto hecho que se está enjuiciando.** Ciertamente las reformas legales han reducido considerablemente el problema al permitir el comiso de bienes que se encuentren en manos de terceros no responsables del delito, salvo que hubieren adquirido de buena fe.

El art. 127 CP, en cuanto regula la pérdida de la ganancia como consecuencia que deriva de la previa imposición de una pena por un delito determinado, anulando los provechos económicos que *de él* – no de otro – derivan, puede conducir a la devolución de aquellos bienes intervenidos que no se ha probado en el proceso guarden estrecha relación con el delito enjuiciado. Por tanto, pueden darse situaciones en las que se ponga de manifiesto un incremento de patrimonio no justificado ( como consecuencia de comportamientos de corrupción de funcionario, por ejemplo) y que incluso existan evidencias de su origen ilícito, pero que no sea decomisible al no probarse la vinculación concreta con el hecho que se enjuicia.

Sin embargo, en lo referente a los delitos de tráfico de drogas, y de acuerdo con el texto vigente, han sido posibles interpretaciones alternativas

derivadas de la especificidad de la regulación contenida en el art. 374 CP, en el ámbito específico del tráfico de drogas, que sin embargo el Anteproyecto reconduce al régimen general del art. 127. En efecto, el art. 374 vigente autoriza la confiscación de ganancias que se demuestra tienen origen en delitos contra la salud pública, en la continuada actividad de tráfico de drogas a la que se dedica el acusado, y que incluso puede ser demostrada con resoluciones judiciales precedentes, pero que no son ganancias que deriven del *concreto* hecho que se enjuicia. El criterio restrictivo consistente en entender que el comiso sólo puede acordarse respecto a los elementos patrimoniales que provengan de la específica acción delictiva juzgada o que se hayan utilizado como instrumentos para su ejecución, pero no con relación a aquellos otros que pudieran referirse a otros hechos delictivos diferentes – perspectiva tradicional, fue abandonado por decisión del Pleno no jurisdiccional celebrado el día 5 de octubre de 1998, en el que se acordó interpretar el ámbito de aplicación del comiso en el sentido de extenderlo a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación de tráfico de droga descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio – perspectiva adecuada al Derecho penal de la globalización -.

De acuerdo con ello, la STS de 5 de abril de 1999 (Sr. Adolfo Prego y Oliver) declara expresamente que “ el comiso de efectos y dinero procedentes del tráfico de droga puede abarcar los obtenidos por tal comercio, en *actos de tráfico distintos del que sea objeto de acusación*, si así consta acreditado como aquí sucede, a la vista de los datos objetivos que valorados por la Sala de instancia conforme a las reglas de la lógica y de la experiencia, conducen a la conclusión racional de que tal era la procedencia de los que han sido en este caso decomisados“. No es necesario que la acusación se extienda a otros hechos principales, como por ejemplo, un delito continuado de tráfico de drogas, siendo suficiente, para respetar el principio acusatorio, con que la parte acusadora interese el comiso llevando a debate la procedencia de los bienes cuyo decomiso se pretende o el carácter de confiscables de las ganancias obtenidas por el acusado.

**Por ello debería ampliarse el ámbito del art. 127, con la finalidad de posibilitar la confiscación cuando exista prueba suficiente de la procedencia ilícita del bien, con independencia de que haya podido determinarse la vinculación del bien como efecto procedente del concreto delito que se enjuicia.** Y por las razones dichas, la modificación del art. 374 por el Anteproyecto se aleja de los objetivos que han quedado expuestos y en este punto puede conducir a determinadas disfunciones como analizaremos al referirnos a este precepto de la parte especial.

#### 5. Adjudicación del bien decomisado

1. No dice nada el art. 127 CP acerca de si el bien decomisado se adjudica al Estado. A juicio de este Consejo debería disponerse que cuando un objeto sea decomisado se transmitirá al estado, desde la firmeza de la resolución, la propiedad sobre la cosa o el derecho de que se trate. Por el contrario, el art. 374.3 sí dispone que “ Los bienes, efectos e instrumentos definitivamente decomisados por sentencia se adjudicarán al Estado ”, lo cual se mantiene en la nueva redacción que da a este precepto el Anteproyecto.

2. Sin perjuicio de las excepciones prevenidas en la Ley – cfr. art. 374, para el delito de tráfico de drogas -, los objetos decomisados se destinarán, con carácter general, si son de lícito comercio, a su venta, a cubrir las responsabilidades civiles del penado, dándoseles en otro caso el destino que se disponga reglamentariamente, y en su defecto se inutilizarán.

El Anteproyecto conserva en este punto la regulación vigente, y no requiere expresamente la previa insolvencia del penado para imputar el importe de la venta a la satisfacción de las responsabilidades civiles. Debe tener en cuenta, sin embargo, que de no requerirse la previa excusión de bienes del penado, al menos cuando se trate de la ganancia ilícita, la aplicación al pago de la responsabilidad civil puede conducir a consolidar la

injusta situación patrimonial, en la medida en que el penado libere otros bienes como consecuencia de ello. **Por entiende el Consejo que debe aclararse que la obligación de pago que se deriva del art. 109 debe realizarse con cargo al patrimonio del propio penado tras la sentencia, afecto en su totalidad a esa responsabilidad, y sólo subsidiariamente con cargo a los bienes transmitidos ipso iure al Estado por virtud del comiso.**

### **Artículo 129: Clausura, suspensión e intervención de empresas**

El artículo 129 es modificado con la finalidad de dar previa audiencia al Ministerio Fiscal sobre las consecuencias accesorias que establece, sin que sobre el particular quepa formular observación alguna.

## VIII

### EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL

#### **Artículo 130: Remisión definitiva de la pena**

En materia de extinción de la responsabilidad criminal, el artículo 130 es modificado con el fin de incluir el supuesto de remisión de la pena en los casos de suspensión de la misma previsto en el Código Penal. Esta modificación es explicada en la Exposición de Motivos por ser necesaria para dar una mayor seguridad jurídica a la extinción de la responsabilidad penal en los casos en que no se cumple la pena por su suspensión. **La remisión definitiva equivale funcionalmente al cumplimiento, pero constituye una mejora técnica su previsión expresa como causa de extinción de la responsabilidad criminal.**

## **Indulto**

El Anteproyecto no modifica el art. 130 en materia de indulto. El Consejo quiere poner de manifiesto la necesidad de que esta causa de extinción de la responsabilidad criminal se regule en cuanto a sus efectos jurídicos en el propio Código, de forma análoga a otras causas de extinción, sin perjuicio de que los aspectos procedimentales se regulen en Ley especial. En particular, **resulta necesario que el Código penal aclare los efectos del indulto con relación a aquellas penas que suponen la pérdida de determinados derechos – señaladamente la de inhabilitación – en orden a su recuperación**, en el sentido de si la decisión de indulto supone la posibilidad de recuperar la cualidad jurídica perdida como consecuencia de la pena. Pues a diferencia de otras penas cuya ejecución impide la retroacción de consecuencias, entiende este Consejo que ello no sucede con las penas privativas de determinados derechos como el ejercicio de determinadas funciones públicas, o la patria potestad, por ejemplo.

### **Artículos 131, 132 y 133: Prescripción de delitos y penas**

El Anteproyecto reforma los arts. 131, 132 y 133, con el objetivo de modificar los plazos de prescripción de los delitos para evitar que los mismos puedan ser iguales a los de la pena y para armonizarlos con los nuevos módulos de penas graves y menos graves. Los mismos criterios se siguen en la reforma de los plazos de prescripción de las penas. Esta reforma constituye una mejora técnica del régimen vigente, y en lo que es tributaria del nuevo sistema de penas no merece más observaciones.

### **Artículo 136: Cancelación de antecedentes penales**

En lo que respeta a la cancelación de los antecedentes penales, y conforme a lo dicho más arriba, se suprime el tratamiento privilegiado que tienen en el Código vigente aquellos condenados que obtienen la suspensión

de la ejecución de la pena y, finalmente, su remisión definitiva. Para ello el art. 136 es modificado con el fin de suprimir la sección especial del Registro Central del Penados y Rebeldes donde ahora se inscriben las penas suspendidas, con el fin de que éstas pasen al régimen general de inscripción.

Además se realizan algunas mejoras técnicas, estableciendo una regla específica en cuanto al plazo para la cancelación de antecedentes penales en los casos de remisión definitiva de la pena tras la suspensión condicional.

## MODIFICACIONES DEL LIBRO II

### PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO

#### I

#### MODIFICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS PENOLÓGICAS

##### **Sustitución de la pena de arresto de fin de semana por otras penas**

De conformidad con lo ya expuesto al analizar la reforma de la parte general del Código Penal, en un buen número de artículos **se suprime la pena de arresto de fin de semana** y se sustituye, en general, por otras, teniendo en cuenta fundamentalmente la naturaleza del delito cometido.

Así, en los delitos de aborto por imprudencia grave (art. 146), lesiones al feto por imprudencia grave (art. 158), expedición o distribución de moneda falsa recibida de buena fe (art. 386), distribución o utilización de sellos o efectos timbrados falsos adquiridos de buena fe (art. 389) es sustituida por la de **multa**, si bien en los dos últimos preceptos la pena de multa ya estaba prevista junto a la de arresto de fin de semana.

Es sustituida por la de **prisión** en los delitos de lesiones por imprudencia grave del art. 147.1 (art. 152,1º ap. 1), reclamación pública de acciones violentas (art. 170 ap. 2), acoso sexual (art. 184), establecimiento de depósitos o vertederos de desechos o residuos (art. 328), perturbación grave del orden en la audiencia de un tribunal o juzgado, actos públicos, colegios electorales, espectáculos, etc (art. 558) y por la de **prisión o multa** en los de incumplimiento de los deberes legales de asistencia inherentes a la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar o establecida para el sustento

de descendientes, ascendientes o cónyuge (art. 226, ap. 1) y de impago de prestaciones establecidas en convenio o aprobadas judicialmente en caso de nulidad matrimonial, separación o divorcio (art. 227).

El arresto de fin de semana se ha sustituido por la pena de **trabajos en beneficio de la comunidad** en los delitos de sustracción de cosa propia a su utilidad social ( artículo 289), conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas (art. 379), obstrucción a la justicia por incomparecencia ante el juez o tribunal con suspensión del procedimiento con reo en prisión provisional (art. 463.1), violación de sepulturas (art. 526) y en la falta de maltrato a los animales sin el resultado lesivo previsto en el art. 337 (art. 632.2).

Como ya se ha señalado, la transformación más importante se ha llevado a efecto al sustituir la pena de arresto de fin de semana en un buen número de artículos que sancionan las faltas por la de **localización permanente**. Así, la falta de lesiones o golpear o maltratar a otro sin causarle lesión (art. 617), la de no presentar a la autoridad o a la familia a un menor o incapaz abandonado (art. 618.1), amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas de carácter leve en el ámbito doméstico (art. 620), hurto (art. 623), daños (art. 625), expedición de moneda, billetes, sellos o efectos timbrados falsos recibidos de buena fe en cuantía inferior a 400 euros (art. 629), abandono de jeringuillas u otros instrumentos peligrosos (art. 630), perturbar levemente el orden de una audiencia en un tribunal o juzgado, en actos públicos, espectáculos deportivos o culturales, solemnidades o reuniones numerosas (art. 633), el mantenerse contra la voluntad de su titular en domicilio, despacho o establecimiento (art. 635) y el uso público e indebido de uniforme, traje, insignia, condecoración o atribución de título académico (art. 637).

## Revisión de las penas

1. Las penas, en general, **aumentan** ligeramente en los siguientes delitos: amenazas no condicionales en el ámbito familiar (art. 169), difusión de pornografía entre menores o incapaces (art. 186), delitos contra la propiedad intelectual e intelectual ( arts. 270, 271, 273 y 274), delito publicitario ( artículo 282), maquinaciones para alterar el precio de las cosas ( artículo 284), receptación (artículo 298.2), introducción de especies de fauna o flora no autóctona con perjuicio del equilibrio ecológico (art. 333), malversación en cuantía inferior a 4.000 euros, aunque sólo en cuanto a la pena accesoria de inhabilitación especial (art. 432.3), delito de obstrucción a la justicia por incomparecencia ante el juez o tribunal (art. 463), afirmar falsamente la existencia de bombas, explosivos, sustancias químicas, bacteriológicas, tóxicas u otras que puedan causar el mismo efecto (art. 561), estableciendo la pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas por tiempo superior en tres años a la pena de prisión impuesta en todos los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos (art. 570).

En este apartado quizá debe llamarse la atención sobre la **severidad que resulta de sancionar el delito contable con una pena de prisión de cinco a siete meses** ( artículo 310), en sustitución de la pena de arresto de fin de semana, pues esta infracción, por su proximidad a la infracción administrativa - repárese en que el mero incumplimiento de deberes contables se concibe en la Ley General Tributaria como infracción administrativa *simple* - y tratarse de un mero acto preparatorio del delito fiscal (así lo ha entendido la jurisprudencia, STS 31.10.92,10.10.01), supone anticipar la tutela penal a la fase de preparación de un delito patrimonial. Siendo excepcional ya la punición de los meros actos preparatorios, lo es aún más cuando trata de prevenirse un delito de naturaleza socioeconómica, alejado de la referencia central del derecho penal que es la lesión de bienes individuales. Además, y sobre ello debe llamarse la atención, **la pena del acto preparatorio se solaparía con la pena de la tentativa del delito fiscal**, y ello supone una grave desproporción. Por ello deberían buscarse otras alternativas penológicas que sustituyan a la

pena de arresto de fin de semana de forma que, al menos, no agrave la consecuencia penológica actual.

2. En algún caso se modifican a la baja las sanciones, como en el delito de omisión de socorro del artículo 195.3 en el que se suprime la pena de multa conjunta con la de prisión.

3. En unas ocasiones en la pena de multa y en otras en la de prisión se **modifican los límites** mínimos de las mismas con lo cual se permite una mejor individualización de la pena en atención a las circunstancias concurrentes y naturaleza de la infracción cometida. Esto ocurre, entre otros en los siguientes casos: riña tumultuaria (art. 154), amenazas (art. 171), coacciones (art. 172), exhibición obscena (art. 185), calumnia (art. 206), restitución de un menor inducido a abandonar el domicilio (art. 225), violación de sepulturas (art. 526), faltas de dejar animales dañinos sueltos o en disposición de causar mal (art. 631) y maltrato de animales (art. 632.2). En el artículo 285.2 ( que sustituye al 286 actual), el tipo agravado de abuso de información privilegiada se sanciona con multa proporcional en lugar del sistema de días multa de la ley vigente.

4. Especial mención merecen algunos cambios importantes desde el punto de vista penológico. Así, en el **artículo 557** y en relación con los desórdenes públicos se prevé la posibilidad de que se imponga la pena de prohibición de acudir a eventos o espectáculos por un tiempo superior a tres años a la pena de prisión impuesta, con lo cual se endurece el régimen penal pero no automáticamente, sino que corresponde al juez, valorando las circunstancias del caso, establecer esta especial forma de protección de las posibles víctimas.

5. En el **art. 558** se prevé la posibilidad de imponer la **pena de privación de acudir a los lugares, eventos o espectáculos** en los que se ha producido la grave perturbación del orden, Tribunales, Juzgados, actos públicos propios de cualquier autoridad o Corporación, colegio electoral, centro

docente, etc, por un tiempo superior hasta tres años a la pena de prisión impuesta, lo que puede dar lugar a problemas de incompatibilidad con el legítimo ejercicio de ciertos derechos o cumplimiento de deberes, incluso de inexcusable cumplimiento, como es el ejercicio del derecho de sufragio, la asistencia como parte, testigo, perito a un juicio, o a un examen en un centro docente, o simplemente para la realización de alguna gestión como formalizar una matrícula, solicitar el documento nacional de identidad o el permiso de conducir, **por lo que, aun siendo obvio, debería contemplarse alguna excepción en la propia ley o permitir al juez o tribunal señalar la forma de cumplimiento de la pena o definirse adecuadamente el contenido de la misma en el art. 48.**

6. Constituye una indudable mejora técnica la modificación del **artículo 379** en cuanto permite clarificar una problema que había generado jurisprudencia contradictoria. En efecto resultaba dudoso si la **conducción de vehículo de motor bajo la influencia de bebidas alcohólicas** podía ser sancionada con la privación del permiso de conducir ciclomotores o si sólo la pena privativa de derechos alcanzaba a la clase de vehículo utilizado. Tras la reforma, y la supresión del adverbio “ respectivamente ” queda aclarado que la privación del derecho a conducir, con motivo del hecho tipificado en el artículo 379, alcanza tanto a la conducción de vehículo de motor, como a la de ciclomotores, conjuntamente, de forma coherente a como se define la pena en la escala general del art. 33 y en el artículo 47.

## II

### EXTENSIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS

En los delitos relativos a la manipulación genética del título V del Libro II, utilización de menores con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos del art. 189, blanqueo de capitales (artículo 302), contra la salud pública (artículo 369.2), falsificación de moneda del art. 386 y de corrupción en las transacciones comerciales internacionales del art. 445, se prevé la aplicación como consecuencia accesoria de la clausura, disolución, suspensión

de actividades, prohibición de realizarlas en el futuro o intervención de empresas, sociedades, asociaciones o fundaciones, en los términos previstos en el **artículo 129**, si el culpable perteneciere a una sociedad, asociación o fundación que se dedicare a la realización de tales actividades.

Las consecuencias accesorias del artículo 129 sólo pueden ser impuestas en los supuestos previstos en este Código, a tenor del propio artículo citado, por lo que la ampliación de los casos en que esta consecuencia procede en función de los delitos realizados en el seno de organizaciones criminales resulta procedente.

### III

## MODIFICACIONES DE TIPOS PENALES EXISTENTES

### **Ajustes de orden sistemático**

El artículo 161, en sus dos apartados, relativos a la fecundación de óvulos humanos con cualquier fin distinto de la procreación humana y a la clonación o selección de la raza, se integra en el art. 160, que pasa así a tener tres apartados, el actual art. 161 queda con el contenido del art. 162 y este se modifica totalmente para permitir la imposición de las consecuencias previstas en el art. 129 si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación que se dedicare a tales actividades.

Al tipificar en el artículo 286 la utilización ilegítima de claves de acceso a servicios de telecomunicación, el contenido del actual artículo 286 para a ser el apartado 2 del artículo 285.

Al incluir la inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de cazar o pescar en los arts. 334.1, 335 y 336, se incluye en el art. 337, ya vacío de contenido, un nuevo tipo relativo al maltrato de animales domésticos.

El contenido del artículo 444 se incluye en el art. 443, que pasa a tener tres números, con lo cual se integran en un solo precepto todos los supuestos de solicitud sexual efectuada por funcionarios públicos, mientras que el contenido del art. 445 se traslada al art. 444, permitiendo así que el art. 445 sea el art 445, único artículo del capítulo X del Título XIX del Libro II, relativo a los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales.

Se suprime el contenido del apartado 2 del artículo 461 relativo a la presentación en juicio de elementos documentales falsos, precepto que presentaba indudables problemas derivados de la misma expresión “elementos documentales”, de la determinación del concepto de “falso” y, sobre todo, de la concurrencia con las falsedades documentales de los artículos 393 y 396, dando lugar a una reiteración en la tipificación difícil de solucionar en muchos casos. Por ello el apartado 3 pasa a ser el apartado 2.

Se introduce en el Título XX del Libro II un capítulo IX rubricado como “De los delitos contra la Administración de Justicia en la Corte Penal Internacional”, con un solo artículo el 471 bis, que analizaremos más adelante.

Queda vacío de contenido el número 6 del artículo 515, ya que las asociaciones que promuevan el tráfico ilegal de personas se consideran ilícitas en el art. 318 bis del código Penal en la redacción que le da la nueva Ley Orgánica de medidas concretas de seguridad ciudadana, violencia doméstica e integración social de los extranjeros.

### **Revisión al alza de los límites cuantitativos de los tipos penales**

1. Se sustituye la denominación en pesetas por la denominación en euros y a la vez se actualizan las cuantías de los tipos en los delitos de contenido patrimonial. Así:

a) Pasan a ser **cuatrocientos euros** las cincuenta mil pesetas que figuraban en los siguientes delitos: alteración de lindes (art. 246), distracción de aguas (art.247), estafa y apropiación indebida ( arts. 249 y 252,253 y 254), defraudaciones del fluido eléctrico y análogas ( arts. 255 y 256), daños ( artículo 263), daños en el patrimonio histórico ( artículo 324), distribución de moneda falsa recibida de buena fe (art. 386), distribución de sellos o efectos timbrados falsos recibidos de buena fe (art. 389).

b) se establece en **ochenta mil euros** el delito de daños causados por imprudencia grave ( artículo 267).

c) En el delito de abuso de información privilegiada ( artículo 285) el beneficio económico o el perjuicio pasa a ser de **seiscientos mil euros**.

d) También se actualizan las cuantías del delito fiscal, estableciéndose el límite de punibilidad en **ciento veinte mil euros**, cuando se trate de defraudaciones a la Hacienda estatal, autonómica, foral o local (artículo 305.1) o a la Seguridad Social ( artículo 307.1); en **sesenta y cinco mil euros** cuando se trate de la defraudación a la Hacienda de la Comunidad Europea ( artículo 305. 3 y 309); o de **ochenta mil euros** en caso de fraude de subvenciones ( artículo 308.1 y 2); **doscientos cuarenta mil euros** en caso de delito contable ( artículo 310).

e) El límite para atenuar la pena según lo previsto en el art. 432.3 en los casos de malversación pasa a ser de **cuatro mil euros** frente a las quinientas mil pesetas.

2. La revisión al alza de las cuantías es una opción razonable del legislador, en cuanto el transcurso del tiempo desde la última revisión precedente de 1995 situaba los vigentes límites cuantitativos por debajo de la medida necesaria para establecer la equivalencia valorativa entre el tipo del Código vigente y el actual. Mantener los límites actuales, sin revisión, significaría con el paso del tiempo ampliar el ámbito del delito en detrimento de

la falta – o en el caso del delito fiscal, por ejemplo, de la infracción administrativa, por el progresivo menor valor relativo del dinero. Por todo ello la revisión al alza de las cuantías constituye una necesidad si quieren mantenerse las actuales valoraciones sociales entre la distinta gravedad del delito y la falta.

### **Modificación de las formulaciones típicas**

Sin que constituyan nuevas incriminaciones, se introducen modificaciones en varios de los tipos vigentes:

#### **1. Delito de torturas.**

Este Consejo General del Poder Judicial en su informe al Código Penal de 1995 consideró oportuno introducir una referencia al **móvil discriminatorio** dentro de la **tortura**, al estar expresamente contemplado en la Convención de las Naciones Unidas contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes de 10 de diciembre de 1984 y que entró en vigor el 26 de junio de 1987. Efectivamente, en su artículo 1 se establece que se entenderá por tortura, a los efectos de la Convención *“todo acto por el cual se inflija intencionadamente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos o mentales, con el fin de obtener de ella o de un tercero información o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se sospeche que ha cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona o a otras, o por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, cuando dichos dolores o sufrimientos sean infligidos por un funcionario público u otra persona en el ejercicio de sus funciones públicas, a instigación suya, o con su consentimiento o aquiescencia.”* Opina un sector de la doctrina que tal vez la

razón de que el **artículo 174** no acogiera la sugerencia se debía a la introducción de la agravante genérica de cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación, pero hay que tener en cuenta que si ello fue así, quedaría sin reproche penal, por estar excluido del tipo el elemento subjetivo del injusto de infligir intencionadamente dolores o sufrimientos graves por cualquier razón basada en cualquier tipo de discriminación, ya que para poder apreciar la agravante es necesario que previamente se realice la conducta tipificada que hasta el momento presente es únicamente el infligir tales dolores o sufrimientos para obtener una confesión o información o para castigar un hecho cometido o que se sospeche cometido, lo que supone que la tortura castigada actualmente sea la indagatoria o inquisitiva y la vindicativa.

Por ello se valora positivamente el que en el anteproyecto se incluya esta finalidad en cuanto elemento subjetivo del injusto del mismo modo que otros elementos del tipo, previstos en la citada Convención, aparecen ya en el articulado del Código Penal aunque no en el mismo precepto. Así en el art. 176 se castiga a la autoridad o funcionario que, faltando a los deberes de su cargo, permitiere que otras personas ejecuten las torturas o atentados contra la integridad moral, sancionándose a los instigadores como autores a través del art. 28 CP.

## 2. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Pornografía infantil

1. En los **delitos contra la libertad e indemnidad sexuales** se modifican, en primer lugar, los **artículos 179, 182 y 183**, relativos a las **agresiones sexuales, abusos sexuales** y al conocido tradicionalmente como **estupro** fraudulento, cuando en todos los casos exista acceso carnal o introducción de objetos por vía vaginal o anal, modificación encaminada a resolver los problemas interpretativos derivados de la anterior redacción y que dio lugar a algunas sentencias del Tribunal Supremo como la de 7 de julio de 2000, que a su vez cita las de 8 de febrero de 1994, 5 de marzo de 1999, 3 de

junio de 1999 y 5 de abril de 2000 en las que se rechazaba que la introducción de los dedos en la vagina debiera dar lugar al tipo agravado de agresión sexual por introducción de objetos, por considerar que, constituyendo una indudable lesión de la libertad sexual, no vulnera del mismo modo la integridad moral y física de la persona agredida que la bárbara y vejatoria introducción de objeto, Partiendo del hecho de que la penetración del miembro viril por vía anal o bucal es un supuesto de acceso carnal, las citadas sentencias consideraban que la introducción de objetos, siendo un salvaje y degradante atentado contra la integridad física y moral, puede estar incluido en el tipo delictivo del art. 179 por razones criminológicas y por la equivalente gravedad de las agresiones, pero produce un efecto distorsionante en la estructura del precepto si no se hace una interpretación que tenga en cuenta y pondere los distintos bienes jurídicos que se tratan de proteger con los tipos delictivos agrupados en la norma. Para ello le bastó al Tribunal Supremo con analizar el significado que la palabra “objeto” tiene en el común lenguaje de la gente y en el Diccionario de la Real Academia, en la no se incluyen los miembros corporales.

En los tres preceptos citados se aclara que es objeto de reproche penal la introducción de “**miembros corporales**” u objetos por las dos primeras vías, esto es, la vaginal o anal, ya que la introducción del miembro viril por vía bucal es un supuesto de acceso carnal.

2. Mayor alcance tiene la modificación del **art. 189**, precepto dedicado a la represión de la **utilización de menores o incapaces en fines o espectáculos exhibicionistas o pornográficos, o para la elaboración de material pornográfico.**

Sustancialmente la reforma pretende, a través de la nueva redacción de la mayoría de los apartados del precepto, una mejora técnica y la adaptación de la norma a las exigencias de la normativa internacional, por lo demás abundante, que existe en la materia. Así, y sólo a título de ejemplo, podríamos citar el art. 34 c) de la Convención de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989 y, el

Protocolo Facultativo hecho en Nueva York el 25 de mayo de 2000, en el que se alude a la preocupación por la cada vez más frecuente práctica del turismo sexual, disponibilidad de la pornografía infantil en Internet y otros medios tecnológicos modernos, por lo que asume las conclusiones de la Conferencia Internacional de Viena de 1999, definiendo la pornografía infantil como *“toda representación por cualquier medio, de un niño dedicado a actividades sexuales explícitas, reales o simuladas, o toda representación de las partes genitales de un niño con fines primordialmente sexuales”*, y prevé la sanción de la tentativa, complicidad o cualquier forma de participación, siempre con penas adecuadas a su gravedad, así como la incautación y confiscación de bienes, materiales, activos, medios, etc., y las utilidades del delito y el cierre de los locales utilizados, debiendo proteger en todas las fases del proceso los derechos e intereses de los niños víctimas de las prácticas prohibidas en el protocolo.

La Acción Común de 24 de febrero de 1997 adoptada por el Consejo, sobre la base del art. k.3 del tratado de la Unión Europea, relativa a la lucha contra la trata de seres humanos y explotación sexual de los niños en la que se entiende por explotación sexual de los niños *“la explotación de niños para actuaciones y material pornográfico, sea producción, venta y distribución u otras formas de tráfico de material de este tipo, y la posesión de dicho material”*, obliga a cada Estado a revisar la legislación y las prácticas existentes imponiendo penas eficaces, proporcionadas y disuasorias, imponiendo sanciones a las personas jurídicas que puedan resultar penalmente responsables de estos delitos, la confiscación de los medios y ganancias y el cierre temporal o definitivo de los establecimientos.

Por otra parte la Decisión del Consejo de 29 de mayo, relativa a la lucha contra la pornografía infantil en Internet, haciéndose eco de las múltiples iniciativas aprobadas en la materia, afirma ser consciente de que el abuso sexual de los niños y la producción, tratamiento, posesión y difusión de material pornográfico infantil pueden representar una modalidad importante de la delincuencia internacional organizada, cuya envergadura dentro de la Unión

Europea suscita cada vez mayor preocupación, por lo que se hace necesario adoptar medidas para fomentar una utilización segura de Internet retirando de la circulación todo el material pornográfico infantil, modificando los procedimientos penales e impulsando nuevas leyes.

En el apartado 1 del artículo que comentamos, por una parte, se mejora la redacción al sustituir la expresión “elaborar cualquier clase de material pornográfico” por *“elaboración de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte”* y, al evitar la reiteración de conductas de la letra b) aludiendo, en general a quien *“facilitare por cualquier medio material pornográfico”* y, por otra, se incluye en ésta letra la posesión de material pornográfico con fines de producción, venta, distribución, exhibición o para facilitarlo, castigando estas conductas con la misma pena en toda su extensión y no en su mitad inferior, como veía siendo hasta ahora. Con ello se mantiene el criterio de castigar como verdadera autoría conductas que, en su caso, podrían ser calificadas de formas de complicidad con la repercusión punitiva que ello supone.

En el apartado 2 se castiga, conforme a lo previsto en el Acuerdo marco citado, la posesión de material pornográfico para uso propio en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces, dando así respuesta penal a una conducta cada vez más frecuente favoreciéndose la difusión y tenencia de éste material a través de medios informáticos.

Las conductas sancionadas en el tipo básico del apartado 1 del artículo se agravan en aquellos casos en los que se utilice a menores de 13 años, cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, revista especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico, represente a niños o incapaces que son víctimas de violencia física o sexual, el culpable perteneciere a una organización o asociación que se dedicare a estas actividades o fuere ascendiente, tutor, curador, guardador maestro o persona encargada, de hecho o de derecho, del menor o incapaz. La sanción establecida en todos estos supuestos, de cuatro a ocho años de

prisión, pretende dar una respuesta adecuada a la gravedad de la conducta con una finalidad tanto de prevención general como especial.

Para intentar evitar la más mínima fisura en la represión de estas conductas, se castiga en el apartado 7, aunque únicamente con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años, el empleo de la voz o imagen alterada o modificada de menores o incapaces aun cuando no hayan sido utilizados directamente. No obstante, y desde el punto de vista jurídico, **cabe poner en duda la inclusión en el Código Penal de la sanción de la pornografía virtual, en la que no se utilice directa o indirectamente a menores con finalidad estrictamente sexual en su producción, distribución o consumo**, ya que en estos casos, aunque el legislador quiere proteger la indemnidad sexual lo hace anticipando la tutela penal de una manera exagerada, toda vez que se protege aquél bien jurídico mediante la “prevención de personalidades desviadas”, pero la intervención del Derecho penal en un estadio previo incluso a la propia puesta en peligro del bien jurídico es discutible, máxime cuando esos comportamientos de pornografía virtual no se encuentran necesariamente en una relación de causa a efecto con la efectiva puesta en peligro del bien jurídico. Por mucho que la conducta de quien produzca, distribuya o consuma no responda a la normalidad sexual mayoritariamente aceptada, puede darse el caso de que a través de esta vía se llegue a sancionar comportamientos éticamente reprobables pero sin trascendencia penal para los otros.

No obstante, se sigue haciendo alusión en el tipo base a “*para la elaboración de material pornográfico*”, expresión que fue comentada en el Informe que este Consejo General del Poder Judicial aprobó el 17 de septiembre de 1997 al analizar el anteproyecto de Ley Orgánica de modificación del Título VIII del CP, en el sentido de que si bien es evidente que “utilizar a menores o incapaces... para elaborar... material pornográfico”, está comprendido en “utilizarlos... con fines pornográficos”, y el añadido podría considerarse superfluo, no presenta objeción en la especificación expresa de estas conductas.

### 3. Injurias o calumnias dirigidas contra funcionario público. Persecución de oficio

En los delitos contra el honor la única modificación afecta al art. 215.1 al permitir que las **injurias o calumnias** dirigidas contra funcionario público, Autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos puedan **perseguirse de oficio** y no mediante la interposición de la correspondiente denuncia.

Pese al carácter íntimo o personalísimo de los bienes afectados la redacción que se pretende modificar daba entrada a los llamados delitos semipúblicos, al condicionar su persecución a la denuncia previa del ofendido, siguiendo la línea general del Código de 1995 que aumentó extraordinariamente este género delictivo, aunque con fundamentación muy diversa, siendo la del presente caso el velar por los intereses sociales. Como recuerda la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1996, debe tenerse presente la flexibilización que de este requisito de la denuncia previa de la persona ofendida realiza el Tribunal Supremo, al equiparar o considerar suficiente para convalidar su ausencia, actuaciones posteriores de la víctima, como su declaración sumarial (STS 29-5-63), evacuar escrito de calificación acusatorio (19-12-74), su no oposición a la prosecución del proceso ante el ofrecimiento de acciones (2-10-75) o al conocer la pendencia de la causa (1-12-58, 7-6-68, 18-11-75).

Dada la desaparición del desacato, las ofensas a funcionarios, autoridades o sus agentes sólo eran perseguibles a través de los tipos genéricos de injurias y calumnias, por lo que el hecho de que ahora se permita su persecución de oficio obedece a razones de interés público, parece que intentando paliar la impunidad del desacato ante el peligro que para la función pública podía suponer este comportamiento. Así, parece que se pretende evitar la impunidad cuando las ofensas se dirigen genéricamente a colectivos

públicos no específicamente protegidos en otros preceptos penales, como jueces, fiscales y determinada clase de funcionarios, mientras que sí son objeto de protección singularizada el Gobierno de la Nación, el Consejo General del Poder Judicial, el Tribunal Constitucional, el Tribunal Supremo, los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, Cortes Generales y Asambleas Autonómicas, ejércitos, etc. También puede ser una medida adecuada para evitar que la ofensa injuriosa a jueces o magistrados quede sin sanción, siendo necesaria la recuperación de algún tipo de infracción que tendiera a defender de manera objetiva *“la imagen de independencia e imparcialidad de la Administración de Justicia, su prestigio en una sociedad democrática y su normal funcionamiento”*, como señala el informe de este Consejo sobre los problemas de aplicación del nuevo Código Penal, y por considerar que no siempre se consigue el efecto deseado a través de la previsión del art. 14 de la LOPJ. Por último se da la paradoja de que continúa existiendo la falta de desacato en el art. 634, lo que permite castigar las ofensas más leves, mientras que las graves sólo lo serían en virtud de denuncia del agraviado.

#### 4. Cooperación a la estafa informática

El anteproyecto introduce en el artículo 248 un apartado 3º conforme al cual “Los que fabricaran, introdujeran, poseyeren o facilitaren programas de ordenador específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo, serán castigados con la pena señalada en cada caso para el supuesto de que se trate”.

Frente a este precepto puede observarse: Se tratan conjuntamente meros actos preparatorios (“fabricar, introducir y poseer programas de ordenador”) y conductas de cooperación al hecho facilitar esos programas). De otro lado, **la consecuencia penológica es ambigua: la “pena señalada en cada caso para el supuesto de que se trate” no aclara suficientemente si lo que quiere el legislador es que se sancione el hecho conforme a lo**

**dispuesto en los artículos 249 y 250 y que se sancionen estos comportamientos que la misma pena prevista para el autor.** Por ello debería emplearse otra fórmula como “ Con la misma pena serán castigados quienes ...”.

## 5. Delitos contra la propiedad intelectual

Los **arts. 270 y 271** son objeto de reforma mediante la inclusión en nuestro Código Penal de las decisiones adoptadas por la Unión Europea en la materia. Ello en ocasiones supone el agravamiento de las penas y, en todo caso, la mejora técnica de su tipificación. En particular, se introducen en el artículo 271 dos nuevos tipos agravados: 1) Que el culpable pertenezca a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad industrial; 2) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos, lo que supone una tipificación especial de la autoría mediata en este delito.

Con la reforma del artículo 387 desaparece el requisito de la persecución de estos delitos a instancia de la víctima, de modo que a partir de ahora podrán perseguirse de oficio.

## 6. Delito de blanqueo de capitales

1. El Anteproyecto modifica los arts. 301 y 302 CP con la finalidad expresada de adaptar la regulación del blanqueo de capitales a la Decisión Marco del Consejo de la UE de 26 de junio de 2001 relativa al blanqueo de capitales, la identificación, seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los instrumentos y productos del delito. En esta Decisión se trata de aproximar las legislaciones de los Estados en la determinación de las actividades delictivas que constituyen delitos principales en materia de blanqueo de capitales. Y en cuyo artículo 1 se dispone que no se formularán formularan

reservas al Convenio del Consejo de Europa de 1990, relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito, en cuanto al art. 2 – medidas de confiscación-, cuando se trate de delitos sancionados con prisión superior a un año; ni al art. 6 – blanqueo de capitales-, cuando se trate de delitos graves, entendiendo por tales todos los que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración máxima superior a un año o, en los Estados en cuyo sistema jurídico exista un umbral mínimo para los delitos, aquellos que lleven aparejada una pena privativa de libertad o medida de seguridad de duración mínima superior a seis meses.

El delito de blanqueo de capitales en su evolución se ha caracterizado por una paulatina ampliación del tipo objetivo. Así, hasta la reforma del Código penal de 1995, como delito principal requería el tipo que se tratase —art. 546 bis f— de un delito de tráfico ilícito de drogas o estupefacientes; tras la entrada en vigor del nuevo Código bastaba para su realización que los bienes tuviesen origen en un delito grave.

Ahora bien, a diferencia del precepto vigente, el art. 301 es reformado en el sentido de que la conducta típica se realiza cuando se adquiera, convierta o transmita bienes, sabiendo que éstos tienen su origen *en un delito*. **Debe observarse que se ha reducido el límite mínimo de la pena de prisión hasta los tres meses, y que no todos los delitos están sancionados con pena privativa de libertad, por lo que la ampliación del ámbito objetivo del delito de blanqueo de capitales que resulta de la modificación del Código puede considerarse excesiva y excede de las pretensiones de la aludida Decisión Marco. Al menos debería exigirse una penalidad de más de seis meses de prisión para el delito principal.**

De lo contrario, el aprovechamiento de los efectos de cualquier delito es en todo caso delito de blanqueo de capitales, sancionado con pena más grave que la del delito de procedencia.

2. La inclusión de un nuevo apartado 5º en el art. 301, que se remite al art. 127 en cuanto a la confiscación de las ganancias, no añade nada al régimen general. Por el contrario, **el apartado c) del art. 302.2 debería suprimirse, en cuanto el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios de él derivados debe acordarse imperativamente en virtud de lo dispuesto en el art. 127 CP, y no facultativamente como establece el artículo citado**, y además no tiene sentido que en los casos en los que procede el tipo agravado se disponga un régimen de comiso más flexible que el establecido en el tipo básico.

#### 7. Delitos relativos a la protección de la flora y fauna.

Dentro de los delitos relativos a la protección de la flora y fauna, en el **art. 332** se introduce la expresión **“El que con grave perjuicio para el medio ambiente”**. Con ello se pone fin a las frecuentes críticas doctrinales al precepto que obligaba a sancionar penalmente conductas que debían ser objeto únicamente de reproche administrativo al no exigirse el requisito de la gravedad en la corta, tala, quema, arranque, recolección o tráfico ilegal de alguna especie o subespecie de flora amenazada o sus propágulos, cuando sí se exige tal gravedad en la destrucción o alteración de su habitat contemplada en el mismo precepto o el perjuicio grave del equilibrio natural o biológico en los arts. 325, 328 o 333.

Al respecto es oportuno citar la sentencia del Tribunal Supremo de 30 de enero de 2002 cuando afirma:” *Por otra parte, el principio de intervención mínima sólo se entiende cabalmente si se le sitúa en un contexto de cambio social en el que se produce una tendencia a la descriminalización de ciertos actos -los llamados "delitos bagatelas" o las conductas que han dejado de recibir un significativo reproche social- pero también una tendencia de sentido contrario que criminaliza atentados contra bienes jurídicos que la mutación acaecida en el plano axiológico convierte en especialmente*

*valiosos. Esto último nos debe poner en guardia frente a determinadas demandas que se formulan en nombre del mencionado principio.*

*En la sentencia 1705/2001 se dice que "el medio ambiente que se puede considerar adecuado es un valor de rango constitucional puesto que el derecho a disfrutarlo y el deber de conservarlo aparecen proclamados en el art. 45.1 de la Norma fundamental. La importancia de este valor aconseja no recurrir con demasiada facilidad al principio de "intervención mínima" cuando se trata de defenderlo mediante la imposición de las sanciones legalmente previstas a los que lo violan. El citado art. 45 CE, en su tercer párrafo, proporciona una pauta a seguir en este sentido al prever que la ley establecerá sanciones penales o, en su caso, administrativas para los que violen el medio ambiente..... La exigencia de que el peligro sea grave atribuye a los Tribunales una labor de concreción típica, que un sector doctrinal considera que es función propia del legislador. Semánticamente grave es lo que produce o puede producir importantes consecuencias nocivas, lo que implica un juicio de valor (S. 105/99, 27 de enero...Para encontrar el tipo medio de gravedad a que se refiere el art. 325 del CP - y antes el 347 bis - habrá que acudir, como dijo la citada sentencia 105/99, de 27 de enero, a la medida en que son puestos en peligro, tanto el factor antropocéntrico, es decir, la salud de las personas, incluida la calidad de vida por exigencia constitucional, como a las condiciones naturales del ecosistema (suelo, aire, agua) que influyen por tanto, en la gea, la fauna y la flora puestas en peligro"*

*En términos parecidos se pronuncia la sentencia el mismo Tribunal de 23 de noviembre de 2001: "Por otra parte esta tutela penal cumple las tres exigencias del principio de intervención mínima: el medio ambiente constituye un bien jurídico digno de protección penal, necesitado de protección penal por la peligrosidad y gravedad de los ataques de que es objeto y susceptible de protección penal, a través de la técnica de los delitos de peligro. ...La tutela del bien jurídico medio-ambiente exige la coordinación de medidas administrativas y penales que se complementan, ocupando cada*

*ordenamiento su lugar específico: al derecho administrativo le corresponde desempeñar un papel preventivo y sancionador de primer grado, reservando el Derecho Penal, conforme al principio de intervención mínima, para las infracciones más graves”.*

Sin embargo, **la gravedad del perjuicio no deja de ser un concepto jurídico indeterminado**, pese a lo cual puede ser la única forma de dar respuesta penal a los nuevas figuras delictivas. Por otra parte, deben respetarse las exigencias constitucionales en lo que se refiere a las normas penales en blanco (STC 122/1987, 120/1998, 118/1992, 111/1993, 62/1994 y 24/19996).

En el caso de que las conductas que el precepto analizado sanciona no causen grave perjuicio para el medio ambiente se castigarán como falta según lo previsto en el nuevo apartado 1 del art. 632.

## 8. Estragos

En el delito de estragos del **art. 346** se introduce, por sus evidentes consecuencias para la vida e integridad de las personas y la grave alteración de la paz pública que ocasiona, con peligro para la seguridad colectiva, la **perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental**.

Además se introduce como apartado 2 el último inciso del 1, de manera que el actual apartado 2 pasa a ser el 3 manteniéndose los problemas concursales con el delito de daños del art. 266, que se justifican por la extrema gravedad de la sanción prevista para los estragos y ello aún en el caso de que se aplique el art. 266.4 al cometer los daños concurriendo la provocación de explosiones o la utilización de otros medios de similar potencia destructiva y, además, se pusiera en peligro la vida o integridad de las personas.

## 9. Delitos contra la salud pública por tráfico de drogas

1. En relación con los delitos contra la salud pública, además de su nueva ordenación sistemática, se amplía el número de agravantes atendiendo a las especiales circunstancias que concurran. Así, se establece un agravamiento de la pena cuando las conductas tengan lugar en centros docentes, en centros, establecimientos o unidades militares, en establecimientos penitenciarios o en centros de deshabituación o rehabilitación **o en sus proximidades** (número 8º del artículo 369), así como cuando el culpable empleare violencia o exhibiere o hiciese uso de armas para cometer el hecho (número 9º del artículo 369).

En cuanto al nuevo tipo agravado del número 9º citado, **este Consejo considera innecesario un tipo complejo en el que se incorpore al tipo agravado del delito de tráfico drogas el empleo de la violencia o la exhibición o uso de armas para cometer el hecho.** El empleo de estos medios con la finalidad de cometer el delito – esto es con carácter previo al inicio de la ejecución – será improbable en la práctica. Y a diferencia de otros tipos agravados análogos, como el contenido en el artículo 242.2 CP, aquí no se produce una intensificación del injusto, del ataque a la salud pública, por la circunstancia del empleo de la violencia o de las armas, sino la lesión de otros bienes jurídicos con ocasión del tráfico que en su caso daría lugar al oportuno concurso de delitos.

2. A tenor de la exposición de motivos, se incrementa la proyección de la responsabilidad penal sobre las personas jurídicas al establecerse que cuando se imponga una pena de multa al administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica por hechos relacionados con su actividad ésta será responsable del pago de manera directa y solidaria. Reproducimos aquí lo dicho en el cuerpo de este informe a propósito de idéntica previsión con carácter general en el artículo 31 CP.

Asimismo, se prevé la posibilidad de que si el delito se ha cometido a través de una sociedad u organización ésta, además de poder ser clausurada, suspendida en su actividad, disuelta o intervenida, pueda ser privada del derecho a obtener beneficios fiscales y puedan ser sus bienes objeto de comiso. Se considera muy positivo que en se introduzca un nuevo número 2 al artículo 369 conforme al cual “ En los supuestos previstos en los números 2º, 3º y 4º del apartado anterior de este artículo, se impondrá a la organización, asociación o persona titular del establecimiento... El comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios obtenidos directa o indirectamente del acto delictivo”. Sin embargo, como se dijo a propósito del artículo 31 y 127 CP, **esta consecuencia debería generalizarse a todo supuesto en el que delito se realizare a través de una persona jurídica, asociación u organización, y no sólo en el ámbito del delito de tráfico de drogas, pues concurre identidad de razón para extender el comiso o la pérdida de la ganancia sobre bienes que pertenecen a esa organización con relación a otros delitos realizados por la organización criminal.**

3. En cuanto a las agravaciones de segundo grado, el artículo 370 es modificado en el siguiente sentido:

a) Se establece un sistema de agravación obligatoria en un grado, y facultativa en dos – pena superior en uno o dos grados a la establecida en el artículo 368 –, con lo que se amplía el margen de discrecionalidad del Juez en la determinación de al pena proporcionada a la gravedad del hecho, y la consiguiente posibilidad de moderar la consecuencia penológica, que en el régimen vigente se establece imperativamente en una agravación en dos grados respecto de la pena prevista en el tipo básico.

b) Se ha incorporado la circunstancia de la utilización de menores de dieciocho años o de disminuidos psíquicos para cometer estos delitos, que antes sólo daba lugar a una agravación de primer grado, por lo que se amplía al ámbito de protección de las personas más vulnerables.

c) Constituye una indudable mejora técnica que en el número 3 del artículo 369 se defina la agravación por extrema gravedad, asumiendo las directrices establecidas por la jurisprudencia en la interpretación del tipo agravado. A tal fin “ Se considera de extrema gravedad, los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de notoria importancia, o se hayan utilizado buques o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internaciones dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1”.

Al respecto la jurisprudencia había establecido que la existencia o inexistencia había de integrarse a partir de elementos no sólo cuantitativos sino también cualitativos; y que "extrema gravedad" no equivale sólo a "extrema cantidad". En definitiva, se ha considerado que es preciso partir de una cantidad de droga enormemente elevada, extrema o excepcional, pero ello no es suficiente para apreciar la circunstancia, sino que deben concurrir otras circunstancias y condiciones como son las relativas a la existencia de una organización, peligrosidad de la misma por su complejidad y eventual eficacia criminal, pluralidad y riqueza de los medios empleados en la actividad delictiva, en suma, el despliegue de una logística particularmente relevante y próxima al límite de gravedad de la conducta en materia de introducción y distribución, tráfico en suma, de sustancias estupefacientes, pudiendo desde luego suscitarse tanto en los supuestos de sustancias que causan grave daño a la salud como en aquéllos que conllevan menor gravedad ( entre otras, SS. 22.05.00 y 14.04.002). La definición dada por el prelegislador tiene en cuenta estos criterios jurisprudenciales, que ahora explicita en la norma interpretativa.

4. En cuanto a la regulación del comiso en el artículo 374, nos remitimos a lo dicho más arriba a propósito de esta consecuencia accesoria. Y la reforma del artículo 376 supone sólo una mejora técnica al suprimir la

necesidad de que el reo se presente a las autoridades confesando el hecho, que no requiere de mayor comentario.

## 10. Falsificación de moneda.

1. Dando respuesta a lo previsto en la Decisión marco de Consejo de 29 de mayo de 2000, sobre el fortalecimiento de la protección, por medio de sanciones penales y de otro tipo, contra la falsificación de moneda con miras a la introducción del euro, se modifica el **art. 386** para introducir como elementos del tipo la **alteración de moneda, su exportación y transporte** y ello pese a que se considera por la doctrina que hoy es difícil pensar en supuestos de alteración de moneda al no estar hechas con metales preciosos, lo que no excluye, desde la perspectiva de una mayor protección, el que se puedan intentar formas diversas de alteración que podrían incluirse en la falsificación.

El nuevo texto se aproxima al del Código Penal de 1973 cuya redacción debería ser tenida en cuenta por su mayor claridad y por no excluir del tipo, tal y como ocurre en el texto propuesto, el transporte, expedición o distribución de moneda alterada, pues sólo se alude en el anteproyecto a la falsificada o introducida.

Así, **el punto 2º podría tener la siguiente redacción: “El que introduzca en el país o exporte moneda falsa o alterada” y el punto 3º: “El que transporte, expendo o distribuya, en connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador moneda falsa o alterada”.**

Las demás conductas previstas en la decisión marco están contempladas en los distintos apartados del art. 386, como la tenencia de moneda falsa para su expedición o distribución o la adquisición de la misma para ponerla en circulación, o bien en el art. 400 relativo a la fabricación o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, máquinas, programas de ordenador o aparatos específicamente destinados a la falsificación.

Siguiendo los criterios de la Decisión marco se prevén en el último párrafo consecuencias para las personas jurídicas si el culpable perteneciera a alguna de ellas, imponiendo alguna de las medidas del art. 129 CP.

2. En el **art. 387** se incluye en el concepto de moneda, a los efectos del artículo 386, **las tarjetas que puedan utilizarse como medios de pago** con lo cual se da respuesta al Acuerdo no jurisdiccional de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002 en el que se afirma que las tarjetas de crédito o débito son medios de pago que tienen la consideración de dinero de plástico que el art. 387 equipara a la moneda, por lo que la incorporación a la banda magnética de uno de estos instrumentos de pago de unos datos obtenidos fraudulentamente constituye un proceso de fabricación o elaboración que debe ser incardinado en el art. 386 del Código Penal y solicita del Gobierno la inclusión en el Código Penal de un precepto específico que contemple los actos de falsificación de tarjetas, con establecimiento de penas adecuadas para cada supuesto, en consonancia con lo previsto en la Decisión marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea de 28 de mayo de 2001, sobre la “lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo”.

En esta Decisión marco se considera “instrumento de pago ” *todo instrumento material, exceptuada la moneda de curso legal (es decir los billetes de banco y las monedas metálicas), que por su naturaleza específica permita, por sí solo o junto con otro instrumento (de pago), al titular o usuario transferir dinero o un valor monetario -como, por ejemplo, tarjetas de crédito, tarjetas eurocheque, otras tarjetas emitidas por entidades financieras, cheques de viaje, eurocheques, otros cheques o letras de cambio- que esté protegido contra las imitaciones o la utilización fraudulenta, por ejemplo, a través del diseño, un código o una firma*”. Se incluyen entre los delitos: “a) robo o apropiación indebida de instrumentos de pago; b) falsificación o manipulación de instrumentos de pago, para su utilización fraudulenta; c) recibo, obtención, transporte, venta o transferencia a un tercero o posesión

*de instrumentos de pago que hayan sido objeto de robo u otra forma de apropiación indebida, falsificación o manipulación, para su utilización fraudulenta; d) uso fraudulento de instrumentos de pago que hayan sido objeto de robo u otra forma de apropiación indebida, falsificación o manipulación”* a los que se añaden los relacionados con equipos informáticos y con dispositivos especialmente adaptados y que son objeto de persecución en el art. 400 del CP, obligando a imponer sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias entre las que figuren, al menos en los casos graves, penas de privación de libertad que puedan dar lugar a extradición.

Como consecuencia de la Ley 46/1998, de 17 de diciembre sobre introducción del Euro, de la LO 10/1998, de 17 de diciembre, complementaria de la anterior y de los Reglamentos CE del Consejo 1103/97, de 17 de junio y 974/98, de 3 de mayo, en relación con lo establecido en el convenio de Ginebra de 20 de abril de 1929 y su reforma de 27 de diciembre de 1947, se procede a modificar el mismo art. 387 ya que la moneda nacional en este momento es el euro pero debe contemplarse la protección de la moneda de aquellos países de la Unión que no han aceptado el euro, así como cualquier moneda extranjera.

#### 11. Delito de encubrimiento.

Dentro del encubrimiento por favorecimiento personal del apartado 3º del **art. 451** se incluyen aquellos casos en los que el delito encubierto es de **lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado**, como natural exigencia de la introducción en el Código Penal de los delitos de lesa humanidad en el nuevo art. 607 bis a continuación del delito de genocidio y por la trascendencia de los delitos contra las personas y bienes en caso de conflicto armado, incluidos dentro del Título XXIV “Delitos contra la Comunidad Internacional” y en justa respuesta a los convenios internacionales que, principalmente en el marco de las Naciones Unidas, se esfuerzan en la represión de estos delitos, como

por ejemplo, la Resolución 3074 (XXVIII) de la Asamblea General, de 3 de diciembre de 1973, sobre principios de cooperación internacional en la identificación, detención, extradición y castigo de los culpables de crímenes de guerra, o de crímenes de lesa humanidad.

## 12. Desórdenes públicos.

Por su mayor peligrosidad, se impone la pena superior en grado a la prevista en el que hasta ahora era el único párrafo del **art. 557**, cuando la **alteración del orden**, con el fin de atentar contra la paz pública, tiene lugar en eventos o espectáculos que congreguen a gran número de personas o se puedan provocar avalanchas u otras reacciones del público que pusieren en peligro a parte o a la totalidad de los asistentes. Lo razonable del nuevo tipo y la adecuación de la pena, ante la gravedad de las consecuencias que las conductas descritas pueden tener, merecen un comentario favorable.

En el **art. 561**, relativo a las **alarmas infundadas** se incluye el afirmar falsamente la existencia de sustancias químicas, bacteriológicas o tóxicas que puedan causar daño a la salud, inclusión importante pues no cabe duda de que es una forma grave de alteración de la paz pública, creando pánico en la población y alterando el normal funcionamiento de los servicios públicos e instituciones. **No obstante tal vez sería conveniente el sustituir la palabra “bacteriológicas” por “biológicas” empleada en los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, ya que ésta última es el género en el que se incluyen las sustancias bacteriológicas**, garantizando así la punición de la afirmación falsa de la existencia de cualquier sustancia biológica y no sólo las de origen bacteriano.

## 13. Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos.

Acertada es la inclusión en los **arts. 566 y 567** la referencia a las armas biológicas, completando así la enumeración de posibles armas objeto de tenencia, tráfico o depósito que fue ampliada a las armas químicas en el Código Penal de 1995, y cuya importancia es evidente por los graves efectos que su utilización comporta para un grupo más o menos amplio de personas.

#### IV

### INTRODUCCIÓN DE NUEVOS TIPOS PENALES

#### **Razones de la inclusión de nuevos tipos penales**

La incriminación de nuevos comportamientos es una opción de legislador que debe adaptar las normas penas a las nuevas necesidades de protección penal que demandan determinados bienes jurídicos. Las nuevas formas de ataque a bienes jurídicos tradicionales, o la necesidad de incorporar al Código de nuevos bienes jurídicos como objeto de tutela penal, aconsejan las oportunas modificaciones legislativas. En este sentido, la Exposición de Motivos declara que existen nuevas realidades a las que es preciso dar una adecuada respuesta jurídico penal. Pues, desde la aprobación del vigente Código Penal tanto diversas disposiciones de la Unión Europea, proposiciones parlamentarias como la realidad social han provocado que una reforma coherente y sistemática del Código tenga que abordar la definición de nuevos tipos legales y la modificación de algunos de los ya existentes, para ser capaces de abordar el problema de la criminalidad en todos sus ámbitos y contribuir también con las reformas a combatir la criminalidad con mayor eficacia e incrementar la seguridad de los ciudadanos y el pacífico disfrute de sus bienes y derechos.

De acuerdo con estos objetivos, pueden realizarse algunas consideraciones sobre los nuevos tipos penales.

## Nuevas conductas típicas

### 1. Utilización ilegítima de claves de acceso a servicios de telecomunicación

1. El nuevo **art. 286** tipifica como delito la acción de quien, sin consentimiento del prestador de servicios y con fines comerciales, utilice ilegítimamente las claves de acceso a servicios de televisión radiodifusión o internet. También se tipifica el comportamiento de quien, incluso sin ánimo de lucro, facilite a terceros el acceso mencionado.

En segundo lugar, se sanciona la manipulación de aparatos o equipos de telecomunicación de forma que se permita su funcionamiento en contra del titular. De este modo se pretende, por ejemplo, la represión de comportamientos de utilización indebida de teléfonos móviles sustraídos.

La introducción de este tipo penal puede conducir a situaciones de concurso de normas. Así, en el caso de quien manipula el aparato habiendo participado previamente en su sustracción, podría considerarse el hecho consumido en el injusto previo conforme a las reglas del concurso de normas. Y este nuevo delito puede solaparse con la figura delictiva del artículo 256 en la medida en que se trate de la manipulación de un terminal de telecomunicación.

Cuando se trate de la utilización de los equipos o programas que permitan el acceso no autorizado a servicios de acceso condicional, el art. 286 se remite a la pena del art. 255, con independencia de la cuantía de la defraudación.

La tipificación del acceso no autorizado a sistemas informáticos o la utilización de determinados servicios de comunicación sin costo completa la regulación vigente y llena las lagunas que pueden resultar de una

interpretación estricta, como procede, del actual delito del artículo 256 CP, pues no en todo caso el acceso ilegal al servicio equivale al uso del equipo terminal de telecomunicación sin consentimiento del titular.

2. El nuevo delito se tipifica en el artículo 286, cuyo contenido actual pasa a constituir el apartado 2 del artículo 285. Resulta discutible la ubicación sistemática dada al nuevo delito y su tratamiento dentro de la sección relativa a los delitos relativos al mercado y a los consumidores. Más bien se trata de conductas de tipo defraudatorio que producen un perjuicio patrimonial. La utilización de servicios sin costo, mediante un acceso ilegal, es una acción que debería tipificarse en la sección relativa a las estafas. Así, el artículo 248.2 tipifica la llamada estafa informática, comprensiva, entre otros comportamientos, el acceso no autorizado a un sistema informático con fines de obtener una transferencia patrimonial, o la obtención fraudulenta de prestaciones de un aparato automático ( ejemplo, máquina de tabaco, de bebidas, expendedora de gasolina, despacho de billetes para un transporte público, para espectáculos, una cabina de teléfono, etc. ). También en el artículo 255 y 256 se tipifican, como delitos patrimoniales, las defraudaciones de fluido eléctrico o el uso indebido, de cualquier equipo terminal de telecomunicación.

El comportamiento que ahora se tipifica como delito consiste en esencia en la obtención de un servicio sin contraprestación, y presenta, en consecuencia, una perspectiva individual, no socioeconómica como la que presentan los delitos tipificados como delitos contra el mercado o los consumidores. La circunstancia de que el tipo subjetivo requiera que el comportamiento se realice con fines comerciales, no aleja el delito de aquella perspectiva patrimonial. Y ello es claro en otros comportamientos que no requieren ese elemento subjetivo. Por ejemplo, la utilización sin consentimiento del titular de un teléfono móvil sustraído no tiene una perspectiva socioeconómica y supraindividual. **Por ello sugiere el Consejo que este nuevo delito se tipifique en el Capítulo VI del Título XIII del Código, junto a las demás defraudaciones de contenido patrimonial.**

3. Y de acuerdo con las consideraciones sistemáticas formuladas, no se explica suficientemente por qué este delito – a diferencia del resto de las defraudaciones – se somete en el nuevo artículo 387 al régimen de denuncia previa de la persona agraviada o sus representantes legales.

## 2. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.

Respondiendo a las exigencias de la decisión marco 203/80/JAI del Consejo, de 27 de enero de 2003, relativa a la protección del medio ambiente a través del Derecho penal, se introduce un nuevo **apartado 2 en el art. 325** con el fin de castigar al *“que dolosamente libere, emita o introduzca radiaciones ionizantes u otras sustancias en el aire, tierra o aguas marítimas, continentales, superficiales o subterráneas, en cantidad que produzca en alguna persona la muerte o enfermedad que, además de una primera asistencia facultativa, requiera tratamiento médico o quirúrgico o produzca secuelas irreversibles”*. Frente al apartado 1. en el que como agravante se prevé el riesgo de grave perjuicio para la salud de las personas, este precepto se caracteriza por el resultado, la muerte o lesiones graves de alguna persona, según lo establecido en el art. 2 de la Decisión marco. Por otra parte no presenta problemas de concurso con otros tipos y en especial con el del art. 341. Dada la mayor pena y la especificidad al referirse a la liberación de energía nuclear, de efectos mucho más graves que la liberación de otras radiaciones, del delito previsto en el art. 341, sería éste el aplicable, pero el resultado previsto en el 325.2, la muerte o lesiones impide el conflicto, aunque **puede ser desproporcionada la pena señalada en el art. 341 cuando sólo se ponga en peligro la vida o la salud de las personas, al ser igual a la señalada para el asesinato.**

El resto de las infracciones dolosas a las que alude el art. 2 de la Decisión marco se sancionan, en general, en otros artículos del Código Penal, aunque con cierta dispersión y sin hacer referencia directa al comercio

ilícito de sustancias que agotan la capa de ozono, que pueden entenderse incluidas en los tipos ya existentes. No obstante se podría aprovechar la reforma para mejorar técnicamente los tipos y su sistemática.

### 3. Maltrato de animales domésticos.

El cambio radical en la concepción que el Derecho tenía de los animales como cosas para convertirlos en titulares de derechos subjetivos supuso un notable avance especialmente a partir del reconocimiento de los derechos civiles y libertades fundamentales a todos los individuos, frente a la negación de los mismos a algunas categorías con anterioridad a la universalización de los mismos, es verdad que progresiva, a partir de la Ilustración y las declaraciones de Derechos americana y francesa de finales del siglo XVIII ello con independencia de determinados pronunciamientos puntuales siempre a nivel puramente doctrinal cuando no filosófico.

Es realmente a partir del siglo XIX cuando comienzan a dictarse las primeras leyes que prohíben el maltrato de los animales, especialmente de los domésticos, como la Ley inglesa de 1822 y la Ley Grammont, dictada en Francia en 1850. No obstante la orientación de estas leyes es antropocéntrica ya que más que procurar el bienestar de los animales quiere apartar de la vista humana algunas formas de maltrato o inculcar al hombre o incluso a los niños buenos sentimientos como ocurre con la Real Orden de 29 de julio de 1883.

La Declaración Universal de los Derechos de los animales, adoptada en 1977 por la Liga Internacional de los Derechos del Animal, proclamada en 1978 y posteriormente aprobada por la UNESCO y la ONU, en su art. 3º establece que *“ningún animal será sometido a malos tratos y se establece la prohibición de actos crueles sobre los animales”*. Es pues a partir de la segunda mitad del siglo XX cuando se produce un cambio hacia la llamada ética ecológica, con una mayor sensibilidad hacia la protección de los animales con reflejo legislativo.

La normativa es abundante durante todo el siglo XX en general pero siempre fragmentaria y puntual y de carácter preferentemente administrativo, incluyendo lo dispuesto en ordenanzas municipales. Así en 1924 se prohíbe el uso de pinchos para la conducción del ganado vacuno, en 1927 se regula la recogida de perros vagabundos, en 1935 se prohíben las peleas e perros, en 1928 las carreras de gallos, en 1929 se sancionan en general los malos tratos a los animales o los daños a las plantas. No obstante las buenas intenciones que inspiraron esta regulación fragmentaria encaminada a erradicar prácticas muy concretas, la escasa vigilancia de su cumplimiento por los Ayuntamientos y la falta de medios coactivos las hicieron prácticamente ineficaces.

El Derecho Comunitario también se hizo eco de la necesidad de protección de los animales dictando entre otras Directivas como la 86/609/CEE, del Consejo, para la protección de los animales utilizados para la experimentación y otros fines científicos, la 74/577/CEE sobre el aturdimiento de los animales previo al sacrificio, la 77/489/CEE sobre protección de los animales en el transporte internacional, la 81/389/CEE sobre aplicación de la anterior, la 91/628/CEE para la protección durante el transporte, la 79/409/CEE sobre protección de las aves, etc. Incluso el Tribunal de Justicia se ha visto obligado a resolver algunos conflictos en la materia (Sentencias *Hadley Lomas* de 23 de mayo de 1996 y *Compasión in World Farming* de 19 de marzo de 1998).

El Código Penal de 1995 es el primero que incorpora un Capítulo dedicado a la fauna silvestre contemplando conductas, alguna de las cuales aparecían de modo disperso en la legislación anterior, pero la regulación que introduce se aplica a animales silvestres, sin contemplar la tutela de los animales domésticos, salvo en la referencia a los mismos en el art. 632 que castiga como falta el maltrato cruel de estos animales. La legislación protectora de los animales domésticos se ha producido, especialmente a partir de los años 90, en vía administrativa a través de la amplia legislación de las Comunidades Autónomas. Por ello tiene especial importancia el tipo previsto

en el **art. 337** al castigar con pena de prisión de 3 meses a 1 año e inhabilitación especial de 1 a 3 años para el ejercicio de profesión, oficio o comercio que tenga relación con los animales a los que maltrataren con ensañamiento e injustificadamente a animales domésticos, causándoles la muerte o provocándoles lesiones que produzcan un grave menoscabo físico.

Así queda así como residual la falta del art. 632 en la que se castiga el maltrato cruel a animales domésticos o a cualquiera otros en espectáculos no autorizados legalmente sin que se produzca el resultado previsto en el art. 333.

Alabando la introducción de este art. 337, no obstante es necesario hacer algunas **observaciones** principalmente por entender que el tipo se queda corto.

En primer lugar, en la memoria justificativa se advierte que no sólo se incluye en el maltrato a animales domésticos en este precepto, sino también a cualquier otro animal cuando se produzcan espectáculos no autorizados legalmente, pero sin embargo, en el art. 337 expresamente sólo se protege a los animales domésticos, ampliándose la protección en el sentido anunciado únicamente a través de la falta sancionada en el art. 632.2. En este sentido, podría haberse seguido una redacción parecida a la del art. 521-1 del Código Penal francés, en el que se sanciona a los actos de crueldad hacia un animal doméstico, domesticado, o mantenido en cautividad. No cabe duda de que el reproche social por la especial sensibilidad que hoy se tiene hacia los animales en cuanto seres sintientes justifica **una igualdad de trato entre los animales domésticos en sentido estricto, los domesticados o incluso los mantenidos en cautividad**. Al respecto, podemos recordar la reciente normativa comunitaria sobre las condiciones de los animales en los zoológicos.

En segundo lugar, las conductas castigadas como delito son únicamente el maltrato con ensañamiento e injustificadamente de lo que parece deducirse que quedaría sin sanción el maltrato con ensañamiento justificado o el maltrato injustificado aunque no sea con ensañamiento, lo cual

no sólo es contrario a la declaración de derechos internacionales de los animales antes citada que incluso impone, en caso de que la muerte del animal sea necesaria esta debe ser instantánea, indolora y no generadora de angustia, sino que puede dejar fuera del tipo otras muchas conductas merecedoras de reproche penal por el desvalor tanto de la acción como del resultado, consistentes **en imponer a los animales condiciones de vida atroces, de extremada crueldad** y que, en principio podría el autor justificar por necesidades diversas como puede ser el mantenerlos de por vida atados o en pequeños habitáculos, en pésimas condiciones de higiene y salubridad, en parcelas, solares, almacenes, etc, en supuestas o reales labores de vigilancia cuando se trata de perros, o para evitar el peligro que pueden suponer para las personas. Al respecto hay que tener en cuenta que el art. 4 de la declaración anteriormente citada establece *el derecho a la libertad de los animales salvajes y el derecho de los domésticos a vivir y crecer al ritmo y las condiciones propias de su especie y a vivir en su medio ambiente natural, ya sea terrestre, aéreo o acuático, a reproducirse y a cumplir su ciclo natural de vida.*

Algo parecido podríamos afirmar con respecto al maltrato supuestamente “justificado” de los animales de trabajo, para el que la declaración prevé *el derecho a limitar su tiempo e intensidad de trabajo, a una alimentación adecuada y al reposo.*

Por lo tanto, este Consejo considera conveniente **una mejor redacción de los tipos penales en los que se incluyan todas aquellas conductas que implican un sufrimiento para el animal y que carezcan de toda justificación** con independencia de que sean sancionadas, según el desvalor de la acción y del resultado, como delito o como falta y en concreto todos los actos de crueldad hacia un animal, con ensañamiento o sin justificación razonable, de forma directa o indirecta que suponga su muerte o la causación de mutilaciones o lesiones, imponiéndoles condiciones de vida que les impida crecer y desarrollarse conforme a las características de su especie y medio ambiente natural, o trabajos penosos, por sus condiciones, tiempo o intensidad.

**Debe sancionarse el abandono de animales**, práctica frecuente y que si en sí misma es un acto más de crueldad gratuita hacia el animal, cuyo destino final es la muerte por hambre, sed, enfermedad, atropello, etc, y por lo tanto ya merecedora de sanción, también entraña un evidente riesgo concreto para la población de transmisión de enfermedades a las personas y otros animales, y por el peligro que, en concreto los perros de mediano y gran tamaño, suponen al vagar sin control atacando a rebaños e incluso a personas. El Código penal francés sanciona con las mismas penas previstas para el delito de maltrato de animales (hasta dos años de prisión y multa de 30.000 euros y posible interdicción de la posesión de un animal) el abandono de un animal doméstico, domesticado o mantenido en cautividad.

El art. 337 contiene conceptos jurídicos indeterminados que pueden dar lugar a problemas de aplicación de la norma, tales como maltrato “injustificado” o provocación de lesiones “que produzcan un grave menoscabo físico”. Inevitablemente, deberá ser la jurisprudencia la que fije estos conceptos, sin perjuicio de la remisión a lo establecido para las lesiones. Los tribunales franceses consideran que son los jueces quienes deben constatar la comisión de actos de crueldad, entendiendo por tales aquellos que se aproximan a la barbarie y al sadismo y que se distinguen de la simple brutalidad por inspirarse en una mayor reflexión que se traduce en la intención de infligir un sufrimiento, denotan una voluntad perversa o un instinto de perversidad.

Por último, **además de la pena de inhabilitación especial ya prevista, pero que sólo afecta a profesionales, podría estudiarse la posibilidad de que, siguiendo el modelo francés, el juez, como pena complementaria, prohíba al culpable la posesión, definitiva o temporal, de un animal.**

#### 4. Delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional.

El art. 70 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, ratificado por España establece en su apartado 4.a) que *“todo Estado parte hará extensiva sus leyes penales que castiguen los delitos contra la integridad de su propio procedimiento de investigación o enjuiciamiento a los delitos contra la Administración de Justicia a que se hace referencia en el presente artículo y sean cometidos en su territorio o por uno de sus nacionales”*. Y en el b): *“ a solicitud de la Corte, el Estado parte, siempre que lo considere apropiado, someterá el asunto a sus autoridades competente a los efectos del enjuiciamiento. Esas autoridades conocerán de tales asuntos con diligencia y asignarán medios suficientes para que las causas se sustancien en forma eficaz”*.

Asumiendo el compromiso internacional que resulta de la ratificación del Estatuto de la Corte Penal Internacional, se ha introducido en el Código Penal, en el Título XX del Libro II, el Capítulo IX, con el fin de tipificar en su único artículo todas las conductas ilícitas contenidas en el art. 70 del Estatuto, lo que se considera un acierto, ya que, con independencia del contenido propio de cada figura delictiva, el bien jurídico protegido es en todos ellos la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional.

Todos y cada uno de los tipos a los que se hace referencia en los cinco apartados del punto primero del art. 70 se recogen en el **art. 471 bis**, adaptando, especialmente el delito de falso testimonio al sistema penal español para distinguir entre falso testimonio en general, en contra del acusado, y agravarlo si lleva a dictar un fallo condenatorio.

En el apartado 2 del art. 471 bis se hace referencia a la presentación de pruebas a sabiendas de que son falsas o han sido falsificadas, incluyendo en el apartado 3 un supuesto no expresamente contemplado en el art. 70, pero que garantiza una mayor protección a la Administración de Justicia, al castigar al que intencionadamente destruya o altere pruebas o interfiera en las diligencias de prueba ante la Corte Penal Internacional.

En el apartado 5 se castiga el poner trabas, corromper a un funcionario de la Corte o abusar de la amistad íntima con él, pero se observa la falta de referencia a la intimidación a la que se alude en la letra d) del apartado primero del art. 70 del Estatuto.

#### 5. Incumplimiento de obligaciones familiares constitutivo de falta

En el **artículo 618.2** se castiga con la pena de trabajos en beneficios de la comunidad de uno a treinta días, el incumplimiento de obligaciones familiares establecidas en convenio judicialmente aprobado por resolución judicial en los supuestos de: separación legal, divorcio, declaración de nulidad del matrimonio, proceso de filiación o proceso de alimentos a favor de sus hijos, que no constituya delito. Con ello se completa la protección de la familia, menores o incapaces que garantiza la Sección II del Capítulo III del Título XII del Libro II del Código Penal, incluyendo la sanción como falta, no solo del incumplimiento de obligaciones de contenido económico, sino también, de cualesquiera otras establecidas en convenio judicialmente aprobado o resolución judicial, frecuentes en la práctica y que por sus consecuencias no merecen un mayor reproche penal.

## OTRAS OBSERVACIONES

1. En cuanto a la **Disposición Transitoria Segunda**, considera este Consejo que la regla debe llevarse al propio articulado en los casos en que debe declararse en la sentencia la magnitud de la pena, como por ejemplo, en caso de responsabilidad subsidiaria en caso de impago de la multa. Sin perjuicio de que esta transitoria sea oportuna para otras posibles hipótesis, como, por ejemplo, a la revisión de las condenas dictadas con arreglo al régimen derogado.

2. Procede observar en cuanto a la **Disposición Fina Única** que, dada la naturaleza e importancia de la reforma, número de preceptos afectados y los cambios sustanciales que se introducen en muchos de ellos, **parecería oportuno el evitar la inmediata entrada en vigor de la ley, por lo que se aconseja conceder al menos el periodo de “vacatio legis” previsto en el art. 2 del Código Civil**, lo que garantizaría la suficiente publicidad y conocimiento de la norma. Máxime cuando se tratan de normas penales respecto de las que debe garantizarse la posibilidad del conocimiento de la antijuridicidad por la comunidad.

Incluso en la propia Disposición Transitoria Tercera se alude a un periodo de vacatio – para la revisión de sentencias no firmes -, que luego no se hace efectivo en la Disposición Final.

## **CONCLUSIONES FINALES**

### **SOBRE LAS MODIFICACIONES DEL LIBRO I**

**1) En el art. 31 no se establece propiamente la responsabilidad penal de la persona jurídica, pues en ese caso la sanción debía serle impuesta de forma directa, sino sólo la consecuencia de que los bienes de la persona jurídica quedan afectos al pago de la multa, con lo que se priva a ésta de su carácter personal**

**2) No se regula adecuadamente en el Anteproyecto la posibilidad de atacar el patrimonio antijurídico de la persona jurídica mediante la pérdida de las ganancias obtenidas por medio de los hechos imputables a sus órganos.**

**3) El Anteproyecto debería modificar el artículo 36 del Código Penal que es, precisamente, el precepto que establece la duración de la pena de prisión., pues la rebaja de la duración de esta pena a tres meses se obtiene sólo de otros preceptos como el art. 33.**

**4) Debe observarse que el Anteproyecto ha olvidado reformar el artículo 626 del Código penal, que sanciona la falta de deslucimiento de bienes inmuebles con la pena de arresto de fin de semana, a pesar de la supresión de esta pena.**

**5) La nueva de localización permanente para faltas es una pena más satisfactoria desde el punto de vista preventivo especial, en cuanto favorece la integración familiar y laboral del penado. Pero su efectividad dependerá del establecimiento de adecuadas medidas de control del cumplimiento. Probablemente la posibilidad de control electrónico debe disponerse en el propio Código.**

6) En el artículo 49 es positivo que se regulen las causas de incumplimiento de la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, pero regulándose en realidad los presupuestos del hecho punible del quebrantamiento de condena, debe exigirse al legislador el mayor grado de concreción posible, que no se alcanza en la causa enumerada en el apartado d) de la condición 6ª del precepto.

7) En el caso de que proceda la localización permanente como pena alternativa a la prisión subsidiaria, el módulo de conversión se establece en la Disposición transitoria 2ª. Considera este Consejo que debe disponerse en el propio artículo 53 la regla de conversión de modo análogo a lo que se hace con el trabajo en beneficio de la comunidad. También la pena alternativa está sujeta al mandato de determinación derivado del principio de legalidad de las penas.

8) En cuanto a la imperatividad de la pena accesoria de alejamiento del art. 57 no se explica suficientemente la restricción del círculo de sujetos pasivos al cónyuge o familiares contra el cuarto grado inclusive que convivan con el condenado, en relación a otros sujetos dependientes que también convivan con el penado al margen del vínculo estrictamente familiar. Por lo que se considera que debería adecuarse el art, 57 al nuevo círculo de sujetos pasivos del art. 173 del CP, según la reforma proyectada de este último precepto.

9) Entiende el Consejo que el abono de la prisión preventiva a que se refiere el art. 58 CP debe corresponder en todo caso al Tribunal sentenciador porque la decisión de abono forma parte de la tarea de determinación de la pena, y no puede residenciarse en el Juez de Vigilancia.

10) También se considera que en el caso previsto en el art. 60, de enfermedad mental sobrevenida tras la sentencia, una vez restablecida la salud mental del penado, la decisión sobre las medidas a imponer y si

procede por razones de equidad dar por extinguida la condena o reducir su duración, cuando resulte innecesario el cumplimiento, es una facultad de sustitución de la pena que debe corresponder al Tribunal sentenciador.

11) Solo se considera necesaria una atenuación de la pena para el extraneus partícipe en un delito especial propio cuando la pena prevista para determinados partícipes es la misma que para el autor. Por ello, es incorrecto mencionar al cómplice, junto al inductor y al cooperador necesario, en el nuevo apartado 3 del art. 65.

12) El término responsabilidad empleado en el art. 65.3 es ambiguo y no expresa claramente que las cualidades establecidas lo son para ostentar la categoría de autor. El precepto debería hacer referencia sólo a los partícipes (inductor y cooperador necesario) que carezcan de las características personales especiales que fundamenten la punibilidad del autor.

13) Tampoco debería a juicio del Consejo hacer referencia el Anteproyecto en el apartado 3 del art. 65 a la pena inferior en grado a la señalada por la Ley “ para la infracción consumada o intentada”, sino sólo a la señalada por la Ley, con la finalidad de que en el caso de la complicidad pueda entenderse que proceda la pena inferior en grado a la señalada para el cómplice en el art. 63 CP.

14) Considera este Consejo más adecuado un sistema de atenuación facultativa de la pena, que permita imponer la pena del marco penal establecido para el autor, en aquellos casos en los que, a pesar de tratarse de un extraneus, su contribución al hecho está próxima al dominio de la situación que permite el cumplimiento del deber especial.

15) En el artículo 66 se contienen las directrices para la individualización en sentido estricto, y constituye una regla que debería

observarse en todos los casos, y no solo en el de la eximente incompleta del art. 68, sino también en el caso del delito intentado. Por ello sugiere el Consejo que el artículo 62 sea modificado en el mismo sentido que el art. 68.

16) En el art. 70.3 se conserva aún el límite máximo de los treinta años de prisión, a pesar de que el Anteproyecto sobre cumplimiento íntegro de las penas eleva la duración máxima de la prisión a cuarenta años, por lo que este precepto debería guardar la debida coherencia.

17) En el tratamiento del delito continuado, el Anteproyecto informado, como el antiguo art. 69 bis, conceden un amplio arbitrio al Tribunal sin precisar los criterios que debe tener el Juez en la determinación de la pena. Por ello debería disponerse al menos que para imponer la pena superior en grado el Juez deberá valorar el número de acciones realizadas y su respectiva gravedad.

18) En el art. 93, sería más clarificador que incorporase expresamente el legislador como causa de suspensión de la libertad condicional la circunstancia de la adopción de medidas cautelares personales que priven o limiten la libertad del liberado condicional.

19) En cuanto a la posibilidad del art. 93 de revocación de la libertad condicional por involución en el tratamiento del penado, en la medida en que el liberado condicional no está sujeto a un tratamiento penitenciario en sentido técnico, debería referirse el Código a que el Juez de Vigilancia podrá revocar la libertad condicional cuando hayan variado las circunstancias que permitieron realizar un juicio pronóstico favorable de reinserción social.

20) En materia de medidas de seguridad, entiende este Consejo que para cubrir plenamente los objetivos pretendidos con la modificación

del art. 95 debe modificarse también el precepto general del art. 6, que se pronuncia en los mismos términos que el precepto modificado.

21) El Anteproyecto debería regular de forma clara el comiso de instrumentos y productos del delito, incluso la ganancia, cuando son

propiedad, 63875 los TDis3Farse4PobnTjceasesind195473ejui(27)ecto. 0de27075 Tj -320c2

2) La consecuencia penológica del nuevo artículo 248.3 resulta ambigua: la “pena señalada en cada caso para el supuesto de que se trate” no aclara suficientemente si lo que quiere el legislador es que se sancione el hecho conforme a lo dispuesto en los artículos 249 y 250 y que se sancionen estos comportamientos que la misma pena prevista para el autor.

3) Sugiere el Consejo que el nuevo delito del artículo 286, consistente en la utilización ilegítima de claves de acceso a un servicio de telecomunicación se tipifique en el Capítulo VI del Título XIII del Código, junto a las demás defraudaciones y no como delito relativo al mercado o a los consumidores.

4) En cuanto la modificación del art. 301 - delito de blanqueo de capitales- debe observarse que se ha reducido el límite mínimo de la pena de prisión hasta los tres meses, y que no todos los delitos están sancionados con pena privativa de libertad, por lo que la ampliación del ámbito objetivo del delito de blanqueo de capitales que resulta de la modificación del Código puede considerarse excesiva y excede de las pretensiones de la aludida Decisión Marco. Al menos debería exigirse una penalidad de más de seis meses de prisión para el delito principal.

5) El apartado c) del art. 302.2 debería suprimirse, en cuanto el comiso de los bienes objeto del delito y de los productos y beneficios de él derivados debe acordarse imperativamente en virtud de lo dispuesto en el art. 127 CP, y no facultativamente como establece el artículo citado.

6) En el delito contable del artículo 310 deberían buscarse otras alternativas penológicas distintas de la prisión que sustituyan a la pena de arresto de fin de semana de forma que, al menos, no agrave la consecuencia penológica actual.

7) En cuanto al nuevo tipo agravado del número 9º del artículo 368, este Consejo considera innecesario un tipo complejo en el que se incorpore al tipo el empleo de la violencia o la exhibición o uso de armas para cometer el hecho, sin perjuicio en su caso de la posible concurrencia de delitos.

8) Las consecuencias prevista en el artículo 369.2, aplicables a personas jurídicas, organizaciones y asociaciones, debería generalizarse a todo supuesto en el que delito se realizare a través de una persona jurídica, asociación u organización, y no sólo en el ámbito del delito de tráfico de drogas, pues concurre identidad de razón para extender el comiso o la pérdida de la ganancia sobre bienes que pertenecen a esa organización con relación a otros delitos realizados por la organización criminal.

9) En cuanto a la pena de privación de acudir a los lugares, eventos o espectáculos el art. 558 debería contemplarse alguna excepción para hacerla compatible con el ejercicio legítimo de determinados derechos, o permitir al juez o tribunal señalar la forma de cumplimiento de la pena o definirse adecuadamente el contenido de la misma en el art. 48.

10) Se sugiere sobre el art. 386 que el punto 2º pase a tener la siguiente redacción: “El que introduzca en el país o exporte moneda falsa o alterada” y el punto 3º: “El que transporte, expendo o distribuya, en connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador moneda falsa o alterada”.

11) En el art. 561, tal vez sería conveniente el sustituir la palabra “bacteriológicas” por “biológicas” empleada en los delitos de tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, ya que ésta última es el género en el que se incluyen las sustancias bacteriológicas.

12) Puede resultar desproporcionada la pena señalada en el art. 341 cuando sólo se ponga en peligro la vida o la salud de las personas, al ser igual a la señalada para el asesinato.

13) En el art. 337, podría haberse seguido una redacción parecida a la del art. 521-1 del Código Penal francés, en el que se sancionan los actos de crueldad hacia un animal otorgando una igualdad de trato entre los animales domésticos en sentido estricto, los domesticados o incluso los mantenidos en cautividad.

14) En el delito de maltrato de animales, además de la pena de inhabilitación especial prevista para los profesionales, podría estudiarse la posibilidad de que, siguiendo el modelo francés, el juez, como pena complementaria, prohíba al culpable la posesión, definitiva o temporal, de un animal.

15) Este Consejo considera conveniente una mejor redacción de los tipos penales en los que se incluyan todas aquellas conductas que implican un sufrimiento para el animal y que carezcan de toda justificación. En particular, debe sancionarse el abandono de animales.

### III

#### OTRAS OBSERVACIONES

En cuanto a la Disposición Final única, considera el Consejo la conveniencia de que se disponga de una *vacatio legis*, de al menos la misma duración que la establecida generalmente en el Código Civil.

Es todo cuanto tiene a bien informar este Consejo General del Poder Judicial.

## INDICE

MODIFICACIONES DEL LIBRO I .....	5
PARTE GENERAL DEL CÓDIGO.....	5
Actuaciones en nombre de otro .....	5
LAS PENAS Y SUS CLASES .....	8
Duración de la pena de prisión.....	9
Artículo 33: Frontera entre la pena grave y la pena leve.....	10
Supresión de la pena de arresto de fin de semana.....	11
Artículo 37: La nueva pena de localización permanente .....	13
Artículo 48: La pena de alejamiento.....	14
Artículo 49: Los trabajos en beneficio de la comunidad .....	15
1. Ámbito de la pena de trabajo en beneficio de la Comunidad .....	16
2. Control de la ejecución por el Juez de Vigilancia.....	17
3. Regulación por ley de las causas de incumplimiento .....	18
4. Falta de cómputo de los días no trabajados .....	19
Artículos 50,51,52 y 53: La pena de multa .....	19
Artículo 53: Responsabilidad subsidiaria por impago de multa.....	21
Artículos 56 y 57: Penas accesorias .....	22
Artículo 58: Abono de la prisión provisional .....	25
Artículo 60: Incapacidad sobrevenida tras la sentencia firme.....	26
III.....	27
APLICACIÓN DE LAS PENAS .....	27
Artículo 65.1 Comunicabilidad de las circunstancias.....	27
Artículo 65: Atenuación de la pena para el partícipe en delito especial propio.....	28
Artículo 68: Atenuación obligatoria de pena en caso de eximente incompleta .....	30
Artículos 70 y 71: Reglas auxiliares en la determinación de la pena .	33
Artículo 72: La motivación en la individualización de la pena .....	35
Artículo 74: Tratamiento penal del delito continuado.....	37
SUSPENSIÓN Y SUSTITUCIÓN DE PENAS .....	39

V.....	40
Régimen de la libertad condicional .....	40
LAS MEDIDAS DE SEGURIDAD .....	43
CONSECUENCIAS ACCESORIAS .....	44
Artículo 127: El comiso.....	44
1. Comiso y pérdida de la ganancia .....	44
2. El comiso del valor equivalente .....	45
3. El llamado “comiso indiferenciado” .....	46
4. Comiso y prueba del delito previo .....	50
5. Adjudicación del bien decomisado .....	52
Artículo 129: Clausura, suspensión e intervención de empresas .....	53
EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD CRIMINAL .....	53
Artículo 130: Remisión definitiva de la pena .....	53
Indulto .....	54
Artículos 131, 132 y 133: Prescripción de delitos y penas .....	54
Artículo 136: Cancelación de antecedentes penales.....	54
MODIFICACIONES DEL LIBRO II .....	56
PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO .....	56
I.....	56
MODIFICACIÓN DE LAS CONSECUENCIAS PENOLÓGICAS .....	56
Sustitución de la pena de arresto de fin de semana por otras penas	56
Revisión de las penas .....	58
II.....	60
EXTENSIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS.....	60
III.....	61
MODIFICACIONES DE TIPOS PENALES EXISTENTES .....	61
Ajustes de orden sistemático .....	61
Revisión al alza de los límites cuantitativos de los tipos penales .....	62
Modificación de las formulaciones típicas.....	64
1. Delito de torturas.....	64
2. Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales. Pornografía infantil	
.....	65

3. Injurias o calumnias dirigidas contra funcionario público. Persecución de oficio .....	70
4. Cooperación a la estafa informática.....	71
5. Delitos contra la propiedad intelectual.....	72
6. Delito de blanqueo de capitales.....	72
7. Delitos relativos a la protección de la flora y fauna. ....	74
8. Estragos .....	76
9. Delitos contra la salud pública por tráfico de drogas .....	77
10. Falsificación de moneda. ....	80
11. Delito de encubrimiento. ....	82
12. Desórdenes públicos. ....	83
13. Tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos.83	
IV .....	84
INTRODUCCIÓN DE NUEVOS TIPOS PENALES.....	84
Razones de la inclusión de nuevos tipos penales .....	84
Nuevas conductas típicas.....	85
1. Utilización ilegítima de claves de acceso a servicios de telecomunicación .....	85
2. Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente.....	87
3. Maltrato de animales domésticos.....	88
4. Delitos contra la Administración de Justicia de la Corte Penal Internacional.....	92
5. Incumplimiento de obligaciones familiares constitutivo de falta .	94
OTRAS OBSERVACIONES .....	95
<b>CONCLUSIONES FINALES.....</b>	<b>96</b>

**Y para que conste, extiendo y firmo la presente en Madrid, a veintiséis de marzo de dos mil tres.**