

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 12

La reforma del Código penal a debate

*Reyes Goenaga Olaizola / Jon Mirena Landa Gorostiza / Ana Ferrer García /
Gonzalo Quintero Olivares / Idoia Uncilla Galán / Natividad Esquiú Hernández /
Jesús Alfonso Poncela García / Cristina de Vicente Casillas /
Eleuterio González Campo / Pilar Otero González / Pastora García Álvarez /
Marta Marquina Bertrán / Eloy Velasco Núñez*

Cuadernos penales

José María Lidón

Cuadernos penales

José María Lidón

Núm. 12

La reforma del Código penal a debate

Reyes Goenaga Olaizola
Jon Mirena Landa Gorostiza
Ana Ferrer García
Gonzalo Quintero Olivares
Idoia Uncilla Galán
Natividad Esquiú Hernández
Jesús Alfonso Poncela García
Cristina de Vicente Casillas
Eleuterio González Campo
Pilar Otero González
Pastora García Álvarez
Marta Marquina Bertrán
Eloy Velasco Núñez

Bilbao
Universidad de Deusto
2016

Consejo Asesor:

Adela Asúa Batarrita
Alfonso Aya Onsalo
Juan Mateo Ayala García
Juana Balmaseda Ripero
Itziar Casanueva Sanz
María Soledad Gil Nobajas
Inmaculada de Miguel Herrán
Miren Ortubay Fuentes
José Ricardo Palacio Sánchez-Izquierdo
Federico Ruiz de Hilla Luengas
Reyes San Emeterio Peña

Director:

Juan Ignacio Echano Basaldua

Secretario

Xabier Etxebarria Zarrabeitia

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

© Publicaciones de la Universidad de Deusto
Apartado 1 - 48080 Bilbao
e-mail: publicaciones@deusto.es

ISBN: 978-84-15759-81-2
Depósito Legal: BI - 678-2016

Índice

Presentación	
<i>Reyes Goenaga Olaizola / Jon Mirena Landa Gorostiza.</i>	9
La prisión permanente revisable a revisión	
<i>Ana María Ferrer García.</i>	13
El comiso tras la reforma del Código penal (LO 1/2015, de 30 de marzo)	
<i>Gonzalo Quintero Olivares.</i>	41
La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo	
<i>Idoia Uncilla Galán.</i>	63
Las condiciones para la suspensión de la ejecución previstas en el artículo 84 CP y comentarios a la sustitución por expulsión regulada en el artículo 89 CP	
<i>Natividad Esquiú Hernández.</i>	91
La responsabilidad penal de las personas jurídicas	
<i>Jesús Alfonso Poncela García.</i>	99
Patchwork criminal o cómo tejer un Código penal mediante retazos. La reforma de los delitos patrimoniales	
<i>Cristina de Vicente Casillas.</i>	141
Frustración de la ejecución y bancarrota en la reforma 1/2015 del Código penal	
<i>Eleuterio González Campo.</i>	171

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-15759-81-2, núm. 12/2016, Bilbao, págs. 7-8

La corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015 <i>Pilar Otero González</i>	199
La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo <i>Pastora García Álvarez</i>	261
Los delitos de odio tras la reforma penal por la LO 1/2015 <i>Marta Marquina Bertrán</i>	321
Los delitos informáticos <i>Eloy Velasco Núñez</i>	377

Presentación

Reyes Goenaga Olaizola
Magistrada. Audiencia Provincial de Bizkaia

Jon Mirena Landa Gorostiza
Prof. titular —catedrático acreditado—. Universidad del País Vasco

1. Las XII Jornadas de Derecho Penal en Homenaje a José María Lidón: La reforma del Código penal a debate, nos recuerdan y nos ayudan a mantener la memoria de juez y profesor, colega y compañero, asesinado el 7 de noviembre de 2001 por ETA. Son ya 14 años de su ausencia y, al mismo tiempo, parece que fue ayer cuando él mismo, Jose María Lidón, acudía a sus clases o impartía justicia, en una combinación inmejorable para la práctica jurídica. Su vida fue segada pero no detenido su anhelo compartido por una democracia más profunda y por un concepto del derecho como instrumento a su servicio.

Pero no hay derecho democrático, en profundidad y con calidad, si más allá de los instrumentos legales la clase jurídica —en general— y los jueces y juezas —en particular— no someten su propio bagaje técnico y humano al contraste permanente, a la actualización, al trabajo por encontrar una motivación renovada que aspire a la mejor justicia posible para la ciudadanía. Y es por eso por lo que estas jornadas, ya en su XII edición, pretenden humildemente poner su granito de arena, tanto mediante el debate de sus sesiones como poniendo a disposición las ponencias y reflexiones mediante una publicación que venimos brevemente a prologar.

2. Este Cuaderno, el número 12, como fiel reflejo del programa que se siguió los días 5 y 6 de noviembre en el Palacio de Justicia de Bilbao, tiene como objeto atender a algunos temas centrales que se han visto profundamente renovados por la acción legislativa de la mano de la LO 1/2015, de 30 de marzo, que ya entró en vigor el pasado 1 de julio de este mismo año.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-15759-81-2, núm. 12/2016, Bilbao, págs. 9-11

La reforma, como es conocido, no es «una más». De entre las ya casi 30 reformas que se han sucedido desde 1995 y que han modificado el Código penal llamado de la democracia, al menos tres de ellas: la LO 15/2003; la LO 5/2010; y la propia LO 1/2015, han modificado en cada ocasión casi 200 artículos de un instrumento legal que tiene en la actualidad 616 artículos. Podría afirmarse que el Código penal en los últimos 12 años se ha modificado por tercios de forma radical y profunda hasta el punto que, entre los penalistas, se va instalando poco a poco una expectativa asumida con resignación: a saber, la de que cada gobierno impondrá su propia reforma penal como instrumento simbólico de comunicación y como ejercicio fáctico de política criminal al calor de las polémicas mediáticas de turno.

En tiempos no tan pretéritos, sin embargo, la reforma penal era anecdótica: a diferencia de otros ámbitos del Derecho —por ejemplo, el administrativo— estaba profundamente arraigado en la clase jurídica que el ordenamiento penal debía sufrir cambios muy excepcionales debido a su carácter de Constitución «negativa». Negativa porque el Código penal está llamado a fijar los consensos básicos y esenciales de una sociedad democrática que serán, en definitiva, merecedores de protección mediante el instrumento disuasorio de la pena. Protección de bienes jurídicos con amenazas tan graves como la prisión —en su máxima expresión— que debería dotar a las prohibiciones penales de estabilidad. Pero más aún en sociedades democráticas donde, siguiendo a Mir Puig, el derecho penal no está para crear consensos sociales vía castigo, sino para refrendarlos como reflejo de un derecho no autoritario, respetuoso, al servicio del pueblo soberano y en oposición radical de cualquier programa de coacción autoritaria o ingeniería social.

Por desgracia esta orientación se ve desdicha una y otra vez por la frenética actividad legislativa que en la última legislatura, la X, se ha intensificado particularmente. Y es que celebradas las elecciones en noviembre del año 2011 se produjo ya rápidamente un primer cambio, que se podría calificar de menor en comparación con los que estaban por venir. En efecto, la LO 7/2012, de 27 de diciembre en materia de transparencia y lucha contra el fraude fiscal y en la Seguridad Social, fue una primera incursión que, publicada en el *BOE* el día de los inocentes, pasó relativamente desapercibida para la opinión pública. Como traca final de la legislatura, también de forma desapercibida para el gran público, se ha aprobado el nuevo Código penal militar (LO 14/2015, de 14 de octubre) que entraría en vigor el 16 de enero de 2016. Pero entre ambos hitos, el gran debate penal ha venido marcado por algunos aspectos de elevado valor simbólico: discusión sobre la

—finalmente nonata— reforma del aborto que se quedó en una mera alteración de la regulación del consentimiento en la materia por LO 11/2015 de 21 de septiembre; reforma por Ley Orgánica 1/2014, de 13 de marzo, de modificación de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, relativa a la justicia universal (art. 23 LOPJ); pero, sobre todo, las leyes orgánicas 1 y 2/2015, la primera ya mencionada de índole general y la segunda, monográfica, de lucha contra el terrorismo.

3. Ante tan prolija variedad de temas y de tanto calado simbólico, técnico, filosófico y político, las ponencias que a continuación se publican pretendieron buscar un equilibrio entre aspectos de mayor incidencia social y otros de carácter más técnico; entre temas más propios de la Parte General y de la Parte Especial; entre aspectos novedosos sin precedentes de aplicación jurisprudencial e instituciones cuya aplicación consolidada se presentaban con un futuro ahora incierto por el impacto reformador. Por ello, a continuación, se desgranar reflexiones reposadas y meditadas tras el debate riguroso en materias transversales como la prisión permanente revisable, las nuevas formas de decomiso, la suspensión de la ejecución de la pena o la responsabilidad penal de las personas jurídicas. También más de índole sectorial se estudian los delitos contra el patrimonio y el orden socioeconómico; delitos contra la libertad e indemnidad sexual; delitos de odio; o delitos informáticos.

El perfil de los ponentes responde a la inquietud de aunar teoría y práctica: proceden de la carrera judicial, de la carrera fiscal y de la universidad. Esa diversidad de perspectivas complementarias en el trabajo jurídico ha permitido dar una visión global de los temas tratados, lo que se ha notado especialmente en el interés que ha despertado en los asistentes y en la participación activa en el debate.

Solo resta ya que esta contribución, selectiva en temas clave pero profunda en el análisis, pueda resultar útil y estimulante para dar continuidad a la labor desarrollada por José María Lidón, siempre fértil e inspiradora.

La prisión permanente revisable a revisión

Ana María Ferrer García
Magistrada. Sala II del Tribunal Supremo

Sumario: I. Introducción. II. La justificación del legislador. III. La opinión de los órganos constitucionales consultados. 1. El Consejo General del Poder Judicial. 2. El Consejo Fiscal. 3. El Consejo de Estado. 4. Otras Opiniones. IV. Derecho comparado. 1. Alemania. 2. Bélgica. 3. Italia. 4. Francia. 5. Reino Unido. 6. Consideración final. V. La prisión permanente revisable a través de la jurisprudencia del TEDH. VI. La constitucionalidad sometida a revisión. 1. Por su contrariedad a la prohibición de penas inhumanas (art. 15.1 CE). 2. Por su contrariedad al derecho a la libertad, por la privación de la misma desproporcionada y ajena a criterios de culpabilidad (art. 17.1 CE). 3. Por su contrariedad al mandato de determinación derivado del principio de legalidad penal (art. 25.1 CE). 4. Por su contrariedad al mandato de resocialización (art. 25.2 CE). VII. La prisión permanente revisable en el Código penal. 1. Requisitos para la revisión: a. El transcurso de un mínimo de cumplimiento. B. Que el penado se encuentre clasificado en tercer grado. C. Pronóstico favorable de reinserción. 2. La suspensión y paso a la libertad condicional. 3. La remisión de la pena. VIII. Delitos para los que está prevista la prisión permanente revisable. IX. Consideración final. X. Bibliografía.

I. Introducción

La época en la que las leyes nacían con vocación de permanencia ha pasado. Un ejemplo de ello es el Código penal. No existe ministro de justicia que resista la tentación de modificarlo. Las razones para ello son varias: el cumplimiento de nuestros compromisos internacionales, la adaptación del texto positivo a criterios jurisprudenciales, la aparición de nuevas realidades delictuales o voces que demandan una respuesta punitiva más severa.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-15759-81-2, núm. 12/2016, Bilbao, págs. 13-39

Sea cual fuere la razón predominante, la cuestión es que un texto que aún no ha cumplido los veinte años de vigencia, se ha visto sometido a más de 30 reformas.¹ Y aunque alguna de esas reformas pudo ser positiva e incluso necesaria, no desde luego la mayoría de ellas. Tantas modificaciones parciales han impedido la consolidación de una doctrina jurisprudencial que lo interpretara y la delimitación dogmática de sus construcciones, en lo que tuvieron en su día de novedades respecto a su predecesor, el texto del 73.²

En este contexto se ubica la prisión permanente revisable. Es la novedad más mediática de la última reforma del Código penal. Ha dado lugar a ríos de tinta ya desde los trabajos prelegislativos, aun cuando su aplicación será residual, porque queda reservada a supuestos de especial gravedad.

La prisión permanente revisable ha sido duramente criticada desde la doctrina y desde la clase política, pese a lo cual, el juego de las mayorías parlamentarias ha propiciado su aprobación. Se ha cuestionado su oportunidad, una vez desaparecido su precedente inmediato en el sistema penal español desde que el Código de 1928 suprimió la cadena perpetua y la reclusión a perpetuidad por imperativo del principio de humanidad de las penas. También su necesidad, cuando contamos con un índice de criminalidad de los más reducidos de los Estados de la Unión Europea³ y la violencia del terrorismo de ETA que tanto dolor ha causado, actualmente en «tregua permanente irreversible», ha sucumbido ante el Estado de Derecho y una respuesta dura pero proporcionada de la ley penal⁴. El ordenamiento penal contaba pues con instru-

¹ El pasado 28 de octubre de 2015 entró en vigor la operada por el Estatuto de la Víctima (Ley 4/2015, de 27 de abril).

² El Consejo Fiscal en su informe de 20 dic 2012 al Anteproyecto de Reforma del CP subrayó «que las modificaciones continuas en el ámbito penal afectan al principio de seguridad jurídica, reconocido en el art. 9.3 CE», que implica tanto «la certeza sobre el ordenamiento jurídico aplicable y los intereses jurídicamente tutelados... como la expectativa razonablemente fundada del ciudadano en cuál ha de ser la actuación del poder en la aplicación del Derecho.» (SSTC n.º 225/1998, de 25 de noviembre; y 104/2000, de 13 de abril). Incluso puede quedar afectado el principio de legalidad penal (arts. 9.3 y 25.1 CE) que incluye como garantía «la imperiosa exigencia de predeterminación normativa de las conductas ilícitas y de las sanciones correspondientes» (SSTC 22/1990, de 15 de febrero y 276/1994, de 17 de octubre).

³ El informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma de 16 de enero de 2013 insistió en esta cuestión.

⁴ CARBONELL MATEU, Juan Carlos: «Prisión permanente revisable», en J.L. González Cussac (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal 2015*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 211-221.

mentos idóneos para hacer frente a cualquier otro tipo de terrorismo, incluido el yihadista que se perfila como nueva amenaza.

Y se ha puesto en cuestión su constitucionalidad por la doctrina desde que apareció incorporada al Anteproyecto 2012, lo ha seguido siendo durante la tramitación parlamentaria del proyecto y después de su aprobación. Hasta el punto que su inconstitucionalidad ha sido formalmente denunciada ante el Tribunal Constitucional.

Su constitucionalidad plantea dudas, sobre todo por la indeterminación de su duración (art. 9.3), por su incompatibilidad con el derecho a la dignidad de las personas (art. 10) por ser pena inhumana y degradante (art. 15) y difícilmente compaginable con el mandato constitucional que exige que las penas estén orientadas a la reeducación y reinserción social de los penados.

Se ha destacado también su incompatibilidad con la progresión que incentiva el tratamiento penitenciario. Aunque no está expresamente excluido, no es probable que se concedan permisos. Estos no solo exigen que se haya cumplido una cuarta parte de la condena, lo que se equipara a grandes periodos. Además, exigen el correspondiente informe de los equipos penitenciarios. Los criterios que habitualmente se utilizan para denegar los permisos⁵ nos permiten sospechar que en este caso los informes favorables no abundarán. Las posibilidades de concesión son más bien escasas y lo mismo ocurre con el acceso al tercer grado o al régimen abierto.

La incorporación de la prisión permanente revisable supone el incremento de la dureza de la penas a límites que pueden llegar a 35 años de cumplimiento efectivo, con la posibilidad muy limitada de acceder a permisos penitenciarios y sin los acortamientos que puedan derivar de distintos beneficios penitenciarios, la progresión a tercer grado o la libertad condicional. Sin embargo, no existen datos empíricos que avalen que los incrementos en penas ya muy elevadas tengan réditos adicionales en la contención de delito. Ello ha llevado también al Consejo de Estado a afirmar que la incorporación de la prisión permanente revisable responde a una libre opción de política legislativa que, sin embargo, no ha sido suficientemente justificada en el expediente⁶.

⁵ Alarma social, gravedad del delito, lejanía con las tres cuartas partes de la condena...

⁶ Informe del Consejo de Estado al Anteproyecto de LO por el que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, aprobado el 27 de junio de 2013.

II. La justificación del legislador

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, dedica el apartado II de su preámbulo a definir la nueva pena que pasa a ocupar la cúspide del sistema penológico y a justificar la misma. Contiene la única definición que existe en el texto: «La reforma introduce una nueva pena de prisión permanente revisable.... una pena de prisión de duración indeterminada (prisión permanente), si bien sujeta a un régimen de revisión: tras el cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, acreditada la reinserción del penado, éste puede obtener una libertad condicionada al cumplimiento de ciertas exigencias, en particular, la no comisión de nuevos hechos delictivos.»

Además, marca sus perfiles. En relación al principio de proporcionalidad indica que se trata de una pena que queda reservada para los delitos de mayor gravedad «que podrá ser impuesta únicamente en supuestos de excepcional gravedad —asesinatos especialmente graves, homicidio del Jefe del Estado o de su heredero, de Jefes de Estado extranjeros y en los supuestos más graves de genocidio o de crímenes de lesa humanidad— en los que está justificada una respuesta extraordinaria».

Entre sus finalidades, según el legislador, incluye la que constitucionalmente corresponde a las penas, la reinserción del penado: «la prisión permanente revisable, cuya regulación se anuncia, de ningún modo renuncia a la reinserción del penado: una vez cumplida una parte mínima de la condena, un tribunal colegiado deberá valorar nuevamente las circunstancias del penado y del delito cometido y podrá revisar su situación personal. La previsión de esta revisión judicial periódica de la situación personal del penado, idónea para poder verificar en cada caso el necesario pronóstico favorable de reinserción social, aleja toda duda de inhumanidad de esta pena, al garantizar un horizonte de libertad para el condenado». Se defiende de esta manera el preámbulo de las críticas que cuestionan su constitucionalidad como hemos adelantado, sobre todo por la indeterminación de su duración (art. 9.3 CE), por su compatibilidad con el derecho a la dignidad de las personas (art. 10 CE) por ser pena inhumana y degradante (art. 15 CE) y difícilmente compatible con el mandato constitucional que exige que las penas estén orientadas a la reeducación y reinserción social de los penados (art. 25 CE).

Prosigue el legislador. «En la prisión permanente revisable, cumplida esa primera parte mínima de la pena, si el tribunal considera que

no concurren los requisitos necesarios para que el penado pueda recuperar la libertad, se fijará un plazo para llevar a cabo una nueva revisión de su situación; y si, por el contrario, el tribunal valora que cumple los requisitos necesarios para quedar en libertad, se establecerá un plazo de libertad condicional en el que se impondrán condiciones y medidas de control orientadas tanto a garantizar la seguridad de la sociedad, como a asistir al penado en esta fase final de su reinserción social.»

Y justifica la misma: «la pena de prisión permanente revisable no constituye, por ello, una suerte de «pena definitiva» en la que el Estado se desentiende del penado. Al contrario, se trata de una institución que compatibiliza la existencia de una respuesta penal ajustada a la gravedad de la culpabilidad, con la finalidad de reeducación a la que debe ser orientada la ejecución de las penas de prisión.»

Finalmente proclama su sintonía con otras instituciones reguladas en los ordenamientos de países de nuestro entorno. «Se trata, en realidad, de un modelo extendido en el Derecho comparado europeo que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha considerado ajustado a la Convención Europea de Derechos Humanos, pues ha declarado que cuando la ley nacional ofrece la posibilidad de revisión de la condena de duración indeterminada con vistas a su conmutación, remisión, terminación o libertad condicional del penado, esto es suficiente para dar satisfacción al artículo 3 del Convenio (cfr. SSTEDH 12-2-2008, caso Kafkaris vs. Chipre; 3-11-2009, caso Meixner vs. Alemania; 13-11-2014, caso Bodein vs. Francia; 3-2-2015, caso Hutchinson vs. Reino Unido)».

III. La opinión de los órganos constitucionales consultados

En la fase de elaboración los distintos órganos constitucionales que emitieron el correspondiente informe avalaron la prisión permanente revisable, pero no sin matizaciones.

1. *El Consejo General del Poder Judicial*

El CGPJ en informe aprobado por mayoría, destacó que la reclusión o prisión a perpetuidad no ha sido una figura extraña a la normativa penal española, si bien no ha sido contemplada por los textos penales más recientes, concretamente los elaborados durante el siglo xx.

La definió como una prisión a perpetuidad sometida a revisión obligatoria, fruto de una técnica legislativa que no es admisible en la legislación penal, que está sometida al principio de seguridad jurídica. Es

decir, a las mayores cotas de taxatividad posible para evitar ámbitos de incertidumbre, inconcreción y, en suma, de inseguridad jurídica. Y así aunque concluyó que, en cuanto no se excluía a los condenados a esta pena de prisión permanente revisable la aplicación de las medidas previstas por la legislación penitenciaria para favorecer su reinserción social, «esta nueva figura delictiva no ignora el mandato constitucional de que las penas privativas de libertad tienen que estar orientadas hacia la reeducación y reinserción social de los condenados recogido en el artículo 25.2 de la Constitución»⁷. Ciertamente, aunque no están expresamente excluidos, no es probable que se concedan permisos. Estos no solo exigen que se haya cumplido una cuarta parte de la condena, lo que resulta difícil de fijar. Además, exigen el correspondiente informe de los equipos penitenciarios. Los criterios que habitualmente se utilizan para denegar los permisos (alarma social, gravedad del delito, lejanía con las tres cuartas partes de la condena) permiten sospechar que en este caso los informes favorables no abundaran. Lo mismo ocurre con el acceso al tercer grado o al régimen abierto con el efecto desincentivador que ello provoca en la población reclusa.

El informe que nos ocupa recomendó ante las deficiencias detectadas en la regulación de esta figura «adecuar la regulación de la prisión permanente revisable al principio de legalidad establecido en el artículo 25.1 de la Constitución y a la consecuente garantía de previsibilidad de las sanciones ínsita en dicho mandato, de manera que quede nítidamente reflejado el contenido esencial de la pena objeto de cita, más allá de los beneficios penales y penitenciarios a que el penado pueda ser acreedor». El texto definitivo no introdujo novedades relevantes respecto al texto del prelegislador.

2. *El Consejo Fiscal*

Su informe de 20 de diciembre de 2012 destacó que «esta pena no es incompatible con la libertad condicional» lo que posibilita al penado «la progresión de grado en el ámbito penitenciario y a la suspensión condicional de la parte de la pena una vez alcanzado el cumplimiento de un determinado período fijado por la ley» lo que hace del todo viable la reinserción; de esta forma el condenado mantiene una oportunidad concreta y realizable para recuperar la libertad.

⁷ Fue una enmienda aprobada en el Pleno respecto a la cual 6 vocales formularon voto particular.

3. *El Consejo de Estado*

El Consejo de Estado ha afirmado que esta pena se ajusta a los parámetros de constitucionalidad y al Convenio Europeo de Derechos Humanos por cuanto «... el mero hecho de que el condenado tenga acceso a los mecanismos de revisión de la pena es revelador de la voluntad... de orientar también esta pena especialmente grave hacia una —en todo caso eventual— reinserción».

Sin embargo, ha censurado que la incorporación de una pena de estas características no esté debidamente justificada.

Y así consideró que, si bien la exposición de motivos del Anteproyecto y la Memoria que lo acompañó apuntaron distintos argumentos destinados a justificar la constitucionalidad y hasta la proporcionalidad de la medida, en ningún momento se indicaron las razones, motivos, causas o circunstancias por las que se ha entendido que una reforma de esta magnitud resultaba necesaria en el momento actual. Lo que compagina mal con los datos que al respecto puso de relieve el informe del Consejo General del Poder Judicial en relación a la baja tasa de criminalidad violenta que presenta nuestro país o el cese de la violencia terrorista de ETA.

Y añade el Consejo de Estado que «la alarma social y valoraciones extremadamente negativas que suscitan las excarcelaciones de condenados por ciertos delitos graves, situaciones que generan una intensa crítica social respecto a nuestro sistema punitivo. Como en todo sistema democrático, nuestro sistema penal es susceptible de mejoras, y no es extraño que en ocasiones genere cierta alarma entre los ciudadanos conocer el resultado punitivo —en apariencia poco severo— que finalmente pueden tener determinadas conductas extremadamente graves y ampliamente difundidas.

Este contexto social puede sin duda avivar o acelerar la decisión del Gobierno de proponer una revisión del sistema de penas del calado de la que ahora se somete a dictamen del Consejo de Estado, pero tal determinación debe explicarse y motivarse de forma expresa por referencia a las mejoras que tales reformas implicarán en nuestro sistema penal, desde el punto de vista de la víctima y de la propia sociedad». De esta manera el Consejo de Estado mostró su discrepancia con la forma en que se había presentado esta importante decisión de política penal y penitenciaria, e insistió en la necesidad de que una reforma de tal envergadura vaya acompañada de una justificación profunda, detallada y respaldada por datos precisos de las razones que la motivan y concluyó: «En último término, corresponderá en todo caso al legislador valorar la oportunidad de la medida, pero el proyecto de

Ley Orgánica que el Gobierno remita a las Cortes Generales debería contener, en su exposición de motivos, una clara referencia a los referidos motivos o circunstancias, y habría de acompañarse de una Memoria justificativa que lo sea verdaderamente en lo que afecta, cuando menos, a este punto».⁸

⁸ El Consejo de Estado se había pronunciado en relación a las penas que implican reclusión a perpetuidad en el dictamen emitido por su Comisión Permanente el 22 de agosto de 1999, en el que concluyó que la normativa constitucional no constituía un obstáculo para la ratificación del Tratado de Roma; las referencias en el Tratado a las penas aplicables (art. 77) se entendieron a la luz de lo establecido en el art. 80 del Tratado, y el mecanismo del art. 110 se estimó suficiente para dotar de garantías a la eventual ejecución a ciudadanos españoles de las penas previstas en el Tratado. Así señaló: «El artículo 77 del Estatuto de la CPI incluye dentro del catálogo de penas aplicables la de reclusión a perpetuidad, cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. Como quiera que una cosa es la imposición de tal pena privativa de libertad y otra distinta la función que se atribuye a su cumplimiento, sería discutible que dicha previsión entrara en colisión irreductible con el artículo 25.2 de la Constitución. En todo caso, los eventuales reparos en cuanto a su admisibilidad desde el orden constitucional vigente decaen hasta un nivel relativo gracias a diversas modulaciones al respecto dentro del propio Estatuto. En primer lugar, el artículo 80 establece que «nada de lo dispuesto en la presente parte se entenderá en perjuicio de la aplicación por los Estados de las penas prescritas por su legislación nacional ni de la legislación de los Estados en que no existan las penas prescritas en la presente parte».

Aplicando esta última cláusula de salvaguardia España, como Estado de ejecución, no vería afectados los principios constitucionales previstos en el art. 25.2 que —en su entendimiento más extremo y sin tener en cuenta otros mecanismos de interrupción de la ejecución de las penas— podrían conducir a rechazar penas perpetuas por colisionar con la reeducación y reinserción social de los condenados. Es más, el art. 103.1.b) del Estatuto admite que, «en el momento de declarar que está dispuesto a recibir condenados, el Estado podrá poner condiciones a reserva de que sean aceptadas por la Corte y estén en conformidad con la presente parte» y el mismo artículo, en el párrafo e) de su apartado 3, establece que la Corte, al ejercer su facultad discrecional de efectuar la designación prevista en el 1, tendrá en cuenta «otros factores relativos a las circunstancias del crimen o del condenado, o a la ejecución eficaz de la pena, según procedan en la designación del Estado de ejecución». Aunque podría dudarse de que los anteriores preceptos permitieran evitar a todo trance la imposición de penas a perpetuidad a nacionales españoles (especialmente si España no es el Estado de cumplimiento), parece que esta eventualidad —y su posible fricción con el aludido artículo de la Constitución española— encuentra una flexibilización suficiente en la reducción de las penas prevista en el artículo 110 del Estatuto, cuya revisión —que en todo caso deberá plantearse a los 25 años de prisión en caso de cadena perpetua y podrá volverse a suscitarse— denota una posición de principio tendente a la limitación temporal de las penas (cabe recordar que en diversos ordenamientos la reclusión perpetua coexiste con el beneficio de la libertad condicional, sin colisionar, por tanto, con una ejecución de la pena orientada a la reeducación y reinserción social (...)).».

4. Otras opiniones

Consejo General de la Abogacía Española⁹ mantiene en su informe que la modificación proyectada es contraria al art. 25 CE, pues «lo determinante es saber el tiempo máximo de privación de libertad que permite al ser humano hacer efectiva la finalidad reinsertadora de dicha pena», y porque «abunda en el establecimiento de un trato degradante e inhumano a la persona privada de libertad cuya condena sea superior a 15 o 20 años de cárcel».

El Grupo de Estudios de Política Criminal concluyó: «El endurecimiento de las penas no determina una mayor seguridad de las personas puesto que ésta depende en mayor medida de otros factores. La introducción de la cadena perpetua como vértice del sistema de penas abandona dramáticamente cualquier finalidad de reinserción social, se utiliza exclusivamente con fines propagandísticos. Penas de mayor duración no suponen obtener mayor seguridad, pero sí provocan, sin duda, supuestos de una crueldad absolutamente innecesaria.»

Para el Colegio de Abogados de Barcelona¹⁰ las reformas legislativas, y en especial las del ordenamiento penal, no pueden encontrar

A mayor abundamiento, al amparo del art. 103.1 b), el Instrumento de Ratificación por España del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, dado el 17/7/1998, contiene la siguiente cláusula: «España declara que, en su momento estará dispuesta a recibir a personas condenadas por la Corte Penal Internacional, a condición de que la duración de la pena impuesta no exceda del máximo más elevado previsto para cualquier delito con arreglo a la legislación española».

Al hilo de lo anterior señaló el Informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de reforma de Código penal que en España, «esta cautela, si bien no puede ser invocada para refutar, rotundamente, la conformidad de la prisión permanente revisable con el ordenamiento jurídico español, al menos pone de relieve la clara oposición del legislador a que las penas de prisión a perpetuidad pudieran llegar a ejecutarse en territorio español, criterio éste que se ve corroborado por el contenido del apartado V de la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 6/2000, de 4 de octubre, por la que se autorizó la ratificación por España del Estatuto de la Corte Penal Internacional».

El tenor referido es el siguiente: «Esta autorización se expresa en el único artículo que contiene la ley, al que se acompaña una declaración manifestando la disposición de España a recibir personas condenadas por la Corte en los establecimientos penitenciarios de nuestro país siempre que la duración de la pena de prisión impuesta no exceda de la máxima admitida por nuestra legislación, declaración permitida expresamente en el artículo 103 del Estatuto, al tiempo que necesaria por las previsiones del artículo 25.2 de la Constitución, que exige que las penas privativas de libertad estén orientadas a la reeducación y reinserción social del condenado ...»

⁹ Oído por iniciativa del Consejo de Estado.

¹⁰ Lowyerpess, 23 de enero de 2015

su justificación en la alarma social que producen determinados hechos delictivos, por graves y repulsivos que sean. Además, una medida de semejante repercusión penitenciaria no debería aprobarse sin un consenso y debate en profundidad que justifique este endurecimiento penal.

El Colegio de Abogados de Madrid, en concreto la sección de derechos humanos, encargó un informe que resultó muy crítico con la reforma y, en concreto con la prisión permanente revisable.¹¹

IV. Derecho comparado

Entre los ejemplos de penas de prisión inicialmente calificadas como permanentes, pero sujetas a la posibilidad de una revisión nos encontramos las siguientes:

1. *Alemania*

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

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

¹¹ Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma de C. Penal, Ley de Seguridad Privada y LOPJ (Jurisdicción Universal) Director Francisco Javier Álvarez García, Coordinador José Ramón Antón Boix. Autores Manuel Cancio Meliá, Abraham Castro Moreno, Jacobo Dopico Gómez-Aller, Ana Garrocho Salcedo, María Gutiérrez Rodríguez, Margarita Martínez Escamilla, Amparo Martínez Guerra, José Luis Muga Muñoz y Enrique Peñaranda Ramos. Editorial Tirant lo Blanch, Valencia 2014.

incluyen aquellos casos en los que esta se ha producido al menos por negligencia grave.

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

2. *Bélgica*

Reserva la cadena perpetua revisable para los crímenes más graves, como asesinatos o violaciones y donde los condenados pueden solicitar la libertad condicional tras pasar en prisión un mínimo que oscila entre los quince años, que se exige a los sentenciados que no habían sido condenados con anterioridad, y los veintitrés, que deben haber cumplido quienes ya habían sido sentenciados por un delito grave, en cuyo último supuesto la libertad condicional debe ser adoptada por unanimidad por un Tribunal formado por tres magistrados, un funcionario de prisiones y un agente de reinserción social.

3. *Italia*

El Código Penal italiano, en primer lugar, define la pena de *ergastolo* como una pena de prisión perpetua, con obligación de trabajar y aislamiento nocturno (art. 22), que se prevé para delitos especialmente graves, como los que ponen en peligro la seguridad nacional, el atentado contra el Presidente de la República o contra Jefes de Estado extranjeros, el atentado con fines terroristas o subversivos y resultado de muerte, el secuestro con fines terroristas o subversivos seguido de muerte dolosa, el secuestro de menor seguido de muerte dolosa, los estragos con resultado de muerte, la difusión dolosa de epidemia, el envenenamiento de aguas o sustancias alimentarias con resultado de muerte y el homicidio agravado (arts. 276, 295, 280, 289 bis, 605, 422, 438, 439, 575, 576 y 577 del Código penal italiano).

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

4. Francia

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

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

Este régimen excepcional, introducido por las Leyes n.º 94-89, de 1 de febrero de 1994 (para el primer supuesto) y n.º 201-267, de 14 de marzo (para el segundo), ha sido expresamente declarada conforme al principio de necesidad de las penas enunciado en el artículo 8 de la Declaración de los derechos del hombre en sendas decisiones del Conseil Constitutionnel de 10 de enero de 1994 (n.º 93-334) y de 10 de marzo de 2011 (n.º 2011-625) con, entre otros, el argumento de que «la disposición cuestionada prevé que en la hipótesis de que el tribunal decida que las medidas enumeradas en el art 132-23 del Código penal

no se acuerden al condenado, el juez de la aplicación de las penas podrá, transcurrido el periodo de seguridad de 30 años, iniciar el procedimiento conducente a poner fin a este régimen particular, a la vista del comportamiento del condenado y de la evolución de su personalidad...».

5. *Reino Unido*

Tanto en Inglaterra como Gales todo asesinato cometido por mayores de 21 años lleva aparejada la cadena perpetua desde que en el año 1965 fue abolida la pena de muerte; no obstante, en la mayoría de los casos el condenado puede salir en libertad condicional después de pasado el tiempo mínimo fijado por el Juez, pero hay casos, excepcionalmente graves, en que no cabe revisión; en efecto, por la Criminal Justice Act, de 2003, se estableció que el condenado no salga de prisión nunca en casos de asesinatos múltiples cometidos por reincidentes o que impliquen abusos sexuales, secuestro, premeditación o terrorismo. En el año 2013 el TEDH declaró contraria a la Convención Europea de Derechos Humanos esta legislación por negar a los presos el derecho a una revisión de su condena.

6. *Consideración final*

Resulta claro que la nueva pena de prisión permanente revisable presenta importantes similitudes con figuras afines en el derecho de los países de nuestro entorno.

Por último, el artículo 77 del Estatuto del Tribunal Penal Internacional incluye dentro del catálogo de penas aplicables la de reclusión a perpetuidad, cuando lo justifiquen la extrema gravedad del crimen y las circunstancias personales del condenado. Sin embargo, su art. 110 permite en casos de prisión perpetua que se conceda la libertad condicional tras 25 años de cumplimiento.

V. **Prisión permanente revisable a través de la jurisprudencia del TEDH**

La existencia de figuras similares a la pena que nos ocupa en el derecho de otros países europeos, ha propiciado pronunciamientos del TEDH sobre las mismas que sientan doctrina en relación a las condicio-

nes necesarias para que ese tipo de penas sea compatible con el art. 3 de la Convención de Roma, que prohíbe las penas y tratos inhumanos o degradantes, así como en relación al art. 5 que proclama el derecho a la libertad y la seguridad¹².

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

En un elevado número de asuntos, el Tribunal ha estimado que, «siempre que sea posible una revisión de la condena que abra la puerta a la libertad condicional una vez transcurrido el periodo de seguridad, no cabe afirmar que los condenados a perpetuidad se hayan visto privados de toda esperanza de liberación», y ello es así, añade, «incluso en ausencia de un periodo mínimo de detención incondicional e incluso cuando la posibilidad de una liberación condicional de los condenados a una pena perpetua es limitada», para de esta forma concluir

¹² Artículo 5 CEDH. Derecho a la libertad y a la seguridad. 1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad. Nadie puede ser privado de su libertad, salvo en los casos siguientes y con arreglo al procedimiento establecido por la ley:

a) Si ha sido privado de libertad legalmente en virtud de una sentencia dictada por un tribunal competente;

b) Si ha sido detenido o privado de libertad, conforme a derecho, por desobediencia a una orden judicial o para asegurar el cumplimiento de una obligación establecida por la ley;

c) Si ha sido detenido y privado de libertad, conforme a derecho, para hacerle comparecer ante la autoridad judicial competente, cuando existan indicios racionales de que ha cometido una infracción o cuando se estime necesario para impedirle que cometa una infracción o que huya después de haberla cometido;

d) Si se trata de la privación de libertad de un menor en virtud de una orden legalmente acordada con el fin de vigilar su educación o de su detención, conforme a derecho, con el fin de hacerle comparecer ante la autoridad competente

e) Si se trata de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona susceptible de propagar una enfermedad contagiosa, de un enajenado, de un alcohólico, de un toxicómano o de un vagabundo;

f) Si se trata de la detención o de la privación de libertad, conforme a derecho, de una persona para impedir su entrada ilegal en el territorio o contra la cual esté en curso un procedimiento de expulsión o extradición.

que «una pena permanente no se transforma en «incompresible» por el mero hecho de que en la práctica exista el riesgo de que se cumpla en su integridad. A efectos del art. 3, basta con que sea reducible de jure y de facto» (Kafkaris contra Chipre, apartado 98).

La jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo exige «la existencia de un dispositivo que permita considerar la cuestión de la libertad condicional es un factor a tener en cuenta para apreciar la compatibilidad de una pena perpetua con respecto al art. 3. A estos efectos, el Tribunal subraya no obstante que la elección del régimen de justicia penal que efectúa un Estado, incluido el régimen de revisión de las penas y las modalidades de liberación, escapa en principio al control europeo que ejerce, en tanto que el sistema elegido no desconozca los principios de la Convención» (Kafkaris contra Chipre, apartado 99; en el mismo sentido, véase la decisión de inadmisibilidad en el asunto Meixner contra Alemania, de fecha 3 de noviembre de 2009).

El criterio que se desprende de esta jurisprudencia es que la pena permanente será conforme a la Convención siempre que existan mecanismos previstos para su revisión que ofrezcan al penado un horizonte o esperanza de liberación.

Sentencia de 18 de septiembre de 2012, caso James, Wells y Lee contra Reino Unido introduce un nuevo enfoque: se declaran contrarias al art. 5.1 del Convenio las formas de ejecución de las llamadas «condenas indeterminadas para la protección pública». Se trata de supuestos en los que el sujeto es condenado a una pena de prisión de duración indeterminada, y sólo tras haber cumplido un cierto número de años, y si logra demostrar ante una comisión ad hoc su ausencia de peligrosidad, puede llegar a ser liberado. El Tribunal ha considerado que los fines rehabilitadores de la pena —consagrados tanto en el Derecho inglés como en los instrumentos internacionales— no resultan impugnados por la mera previsión legal de la «condena indeterminada», siempre que se implementen mecanismos concretos y capaces de conseguir esa rehabilitación.

La reciente sentencia del caso Hutchinson contra UK, de 3 de febrero de 2015 se afirma que el art. 3 del CEDH obliga a introducir la revisión de la condena, de manera que sea obligatoria su suspensión en el caso de que se aprecien alteraciones positivas en el comportamiento del reo y se hayan producido progresos en su rehabilitación. Lo que quiere decir que la prolongación no se justifica por motivos penológicos. De lo que puede deducirse que si no está prevista la revisión de la condena esta sería contraria al art.3 del Convenio. El penado tiene derecho a conocer los mecanismos de revisión y qué debe hacer para obtenerla.

VI. La constitucionalidad sometida a revisión

Ya hemos adelantado a lo largo de este trabajo que han sido muchas las voces críticas que se han puesto en cuestión la constitucionalidad de la prisión permanente revisable, especialmente desde el ámbito de la doctrina penal.

En este momento la cuestión está ya planteada ante el Tribunal Constitucional. El pasado mes de septiembre diputadas y diputados del Grupo Parlamentario Socialista, Grupo Parlamentario Catalán de Convergència i de Unió, Grupo Parlamentario de IU, ICV-EUiA, CHA: La Izquierda Plural, Grupo Parlamentario de Unión Progreso y Democracia, Grupo Parlamentario Vasco (EAJ-PNV) y Grupo Parlamentario Mixto interpusieron Recurso de inconstitucionalidad contra la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, en cuanto que consideran que la prisión permanente revisable es contraria a la prohibición de penas inhumanas o degradantes contenida en el art. 15 CE, por ser contraria a los principios de culpabilidad y proporcionalidad y por vulnerar, en consecuencia, el derecho a la libertad reconocido en el art. 17 CE; por ser contraria al mandato de determinación de las penas recogido en el art. 25.1 CE y al de resocialización del art. 25.2.

En síntesis, las razones que argumentan son las siguientes.

1. *Por su contrariedad a la prohibición de penas inhumanas (art. 15.1 CE)*

1.º Aunque la prisión permanente sea revisable, se mantiene la posibilidad de que sea perpetua y, por tanto, inconstitucional cuando llegue a serlo, de modo que la aplicación constitucional a unos reos no puede contrarrestar la aplicación inconstitucional a otros.

2.º El sometimiento a la condición de reinsertabilidad social del reo no cambia su naturaleza e inhumanidad, como tampoco la pena de muerte sería constitucional si se la sometiera a la condición de reinsertabilidad social del reo.

3.º La puesta en libertad del reo no depende de su autonomía, por lo que no permite responsabilizarle de su mantenimiento en prisión, como evidencia especialmente la propia regulación española, que, en contraste con otras, no incorpora factores precisos relativos a cómo puede contribuir el reo a mejorar su pronóstico.

4.º La excarcelación del recluso depende de un juicio de pronóstico que se ha evidenciado científicamente insostenible por las elevadas tasas de error que genera y que conducen al mantenimiento mayoritario de reclusos en prisión respecto de los que luego se evidencia que no reiteran el delito.

5.º Dado que para la revisión de la cadena perpetua el juez no dispone de un instrumento racional y certero, el recluso no sabrá, como exige el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH de 9 de julio de 2013, asunto Vinter y otros c. Reino Unido; de 3 de febrero de 2015, asunto Hutchinson c. Reino Unido), lo que debe hacer para conseguir la libertad, y por ello mantendrá niveles de inseguridad y desesperanza inhumanos. Tal situación empeora en la regulación española debido a los dilatados plazos previstos para la primera revisión, que, además, no se acompañan de la configuración de programas resocializadores específicos que sirvan para contrarrestar los devastadores efectos psíquicos que tan extensa restricción de libertad obligatoria conlleva.

6.º Al menos las revisiones previstas para 28, 30 y 35 años no cumplen con las exigencias derivadas del respeto de la dignidad humana y la prohibición de las penas inhumanas o degradantes (arts. 3 CEDH y 15 CE) alejándose del consenso y las Recomendaciones internacionales. Dichos plazos, por sí mismos y por insertarse en un sistema que no ha previsto instrumentos específicos de rehabilitación del reo, no permiten concluir que se habilite una oportunidad cierta de excarcelación capaz de minorar los graves padecimientos que la reclusión de por vida conlleva, como exige la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (STEDH 9 de julio de 2013, asunto Vinter y otros c. Reino Unido).

7.º Aun en el caso de que se considerara que el esquema punitivo de la prisión permanente revisable fuera acorde con la Constitución, su regulación sería inconstitucional porque no contempla garantías suficientes de que la humanidad de la pena está siendo sacrificada para la protección social.

2. Por su contrariedad al derecho a la libertad, por la privación de la misma desproporcionada y ajena a criterios de culpabilidad (art. 17.1 CE)

1.º La previsión de la prisión permanente revisable vulnera el principio de proporcionalidad y con ello supone una restricción despropor-

cionada de la libertad personal de los condenados a dicha pena, porque las estadísticas sobre la evolución de los delitos graves en España evidencian su falta de necesidad dado que sin prisión permanente las tasas de delitos graves a los que se aplicaría son muy inferiores en España que en otros países europeos en los que se prevé la prisión permanente. Ello implica que los beneficios de su imposición son cuestionables.

2.º De otra parte, la previsión de la prisión permanente como pena obligatoria y no facultativa vulnera la proporcionalidad estricta y el principio de culpabilidad por el hecho y, en consecuencia, el derecho a la libertad (art. 17 CE), pues la legitimidad de esta pena solo puede afirmarse, en su caso, si se aplica a los delitos más graves ponderados en atención las circunstancias concretas concurrentes relativas al hecho y a su autor. La ausencia de una previsión legal que permita la no imposición de esta pena debido a las circunstancias del hecho y de su autor (STC 136/1999), constituye una restricción desproporcionada del derecho a la libertad de todos aquellos a los que se imponga a pesar de que sus circunstancias personales evidencian una menor culpabilidad.

3. Por su contrariedad al mandato de determinación derivado del principio de legalidad penal (artículo 25.1 CE)

1.º La prisión permanente sería una pena determinada conforme a los cánones de nuestra jurisprudencia constitucional si fuera sin más un encarcelamiento de por vida. Pero ni lo es ni lo podría ser, por otras nítidas y poderosas razones constitucionales. Se trata de una pena de al menos veinticinco, veintiocho, treinta o treinta y cinco años de prisión que va a prolongarse indefinidamente en el tiempo salvo que el penado sea objeto de un pronóstico favorable de reinserción social.

Desde la perspectiva de la determinación de la sanción se trata así de una pena que parte de veinticinco años de prisión, en el caso ordinario, y que podría prolongarse hasta la muerte del penado. Se trataría así de una pena:

- sin límite máximo, salvo la muerte del sujeto;
- sin gradación previa en ese tramo de prisión posible;
- dependiente en su concreta duración de un pronóstico del que las disciplinas predictivas destacan su elevada falibilidad.

2.º Aplicando los cánones establecidos por la jurisprudencia constitucional para el análisis de la taxatividad penal cabe concluir su inconstitucionalidad ex mandato de determinación por los siguientes motivos:

- Se trata de una pena indeterminada e insuficientemente determinable (STC 68/1989), por la relevante vaguedad del único criterio de determinación, que es el de la reinsertabilidad. Este déficit no viene acompañado ni compensado con criterio alguno de gradación del marco penal posible (STC 129/2006).
- Se trata de una sanción sin límite máximo (SSTC 29/1989, 129/2006).

4. *Por su contrariedad al mandato de resocialización (art. 25.2 CE)*

En cuanto prácticamente restringe toda posibilidad de resocialización (STC 160/2012, de 20 de septiembre).

1.º Esa restricción incompatible con la Constitución se debe, en primer lugar, al desproporcionado plazo de duración de la privación de libertad legalmente establecido, unido a la circunstancia de que durante ese tiempo se limite enormemente la posibilidad de hacer uso de formas de cumplimiento y beneficios penitenciarios orientados al fin de la resocialización, tales como el tercer grado o los permisos de fin de semana.

2.º En segundo lugar, a la indeterminación de los criterios en virtud de los que ha de decidirse la revisión de la condena una vez transcurrido ese periodo de seguridad. La resocialización presupone una expectativa razonable de recuperar los vínculos sociales, que es imposible de garantizar cuando tanto la posibilidad de salir de prisión como el riesgo de retornar a ella está sumida en tan altas cotas de incertidumbre, siendo además algunos de los criterios determinados por el legislador incompatibles con el mandato constitucional.

3.º En tercer lugar, es igualmente contrario al principio de resocialización la cuasi perpetuidad del sometimiento al *ius puniendi*, con la exigencia de un periodo adicional de hasta diez años de suspensión condicional de la privación de libertad —lo que no es sino una distinta forma de cumplimiento de la pena (STC 97/2010, de 15 de noviembre, FJ 4)—, así como, por ende, la mera posibilidad de que la misma priva-

ción de libertad pueda ser perpetua, al poder conllevar el retorno a prisión el surgimiento de circunstancias ajenas al reo y no controladas por él incluso transcurrida una buena parte del periodo de suspensión condicional.

4.º Aun en el caso de que se considerara que el esquema punitivo de la prisión permanente revisable fuera acorde con la Constitución, su regulación sería inconstitucional porque no contempla garantías suficientes de que el mandato de resocialización está siendo sacrificado para la protección social.

Ahora resta esperar el pronunciamiento que ponga fin a este apasionado debate.

VII. La prisión permanente revisable en el Código penal

La definición de esta nueva pena no aparece en el articulado del Código, sino que se incorpora al Preámbulo de la Ley. Se dice de ella que es una pena de de prisión de duración indeterminada. Después del cumplimiento íntegro de una parte relevante de la condena, cuya duración depende de la cantidad de delitos cometidos y de su naturaleza, y acreditada la reinserción del penado, se aplicará el sistema de revisión que dará acceso a la libertad si se cumplen los requisitos que prevé el art. 92.

Es una pena compuesta de una fase de privación de libertad indeterminada no inferior a 25 años¹³, cuya ejecución se suspende en el último estadio, con un régimen similar al general. Sin embargo, no tiene previsto un límite máximo de duración¹⁴.

1. *Requisitos para la revisión*

a. EL TRANSCURSO DE UN MÍNIMO DE CUMPLIMIENTO

Con carácter general se fija un mínimo de 25 años de cumplimiento efectivo. Ese mínimo se amplía a 30 años para el penado que hubiera

¹³ La regulación de esta pena en los países de nuestro entorno recoge periodos más cortos antes de la revisión. Por ejemplo, Alemania fija para ella una duración de 15 años y Francia de 18.

¹⁴ El art. 76 se remite al respecto a lo dispuesto en los arts.92 y 78 bis cuando de penas de prisión permanente revisable se refiere,

sido condenado por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más.

Si se tratase de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo, o cometidos en el seno de organizaciones criminales, los límites mínimos de cumplimiento se elevan a 28 años para el penado que hubiera sido condenado por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable, o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total que exceda de 5 años y no alcance los 25. Y de 35 años en el mismo supuesto si las penas de los delitos no castigados con prisión permanente revisable suman 25 años o más.¹⁵

b. QUE EL PENADO SE ENCUENTRE CLASIFICADO EN TERCER GRADO

Según el art. 36 la clasificación a tercer grado deberá ser autorizada por el Tribunal previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social, oídos el Ministerio Fiscal e Instituciones Penitenciarias, y no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de 15 años de prisión efectiva, que se eleva a 20 en caso de que la condena lo hubiera sido por delitos de terrorismo. El penado no podrá acceder a permisos hasta haber cumplido un mínimo de 8 y 12 años de prisión respectivamente.

En el caso de que hubiera sido condenado por varios delitos y, al menos, uno de ellos esté castigado por la ley con pena de prisión permanente revisable, la progresión a tercer grado requerirá un mínimo de cumplimiento de 18 años cuando uno de ellos esté castigado con pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de cinco años. Ese mínimo se eleva a 20 años cuando uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de las penas impuestas sumen un total que exceda de quince años. Si se trata de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo la clasificación en tercer grado requiere en estos dos casos el cumplimiento de 24 años de prisión.

Cuando el penado lo haya sido por varios delitos y dos o más de ellos estén castigados con una pena de prisión permanente revisable,

¹⁵ Aunque el último párrafo del art. 78 bis, que es el que fija los plazos en caso de pluralidad de delitos, contiene una doble remisión a la letra b) del apartado primero, por lógica la segunda es un error y se refiere a la letra c).

o bien uno de ellos esté castigado con una pena de prisión permanente revisable y el resto de penas impuestas sumen un total de veinticinco años o más, la clasificación exigirá el cumplimiento efectivo de un mínimo de 22 años que se elevará a 32 cuando se trate de delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo.

C. PRONÓSTICO FAVORABLE DE REINSECCIÓN

El tercer requisito para acceder a la revisión de la pena es que el Tribunal pueda apreciar un pronóstico favorable de reinsección. Los instrumentos de los que se podrá valer son los informes de evaluación que le remita el centro penitenciario y se abre la posibilidad de solicitar informes a otros especialistas que el Tribunal considere procedente.

Para formar su convicción respecto a ese pronóstico, el Tribunal habrá de tomar en consideración elementos que conciernen al penado (su personalidad, sus antecedentes, su conducta durante el cumplimiento de la pena y sus circunstancias familiares y sociales). También los concernientes al hecho (las circunstancias del delito, la relevancia de los bienes jurídicos que podrían verse comprometidos en los casos de reiteración) y los efectos que quepa esperar de la suspensión y de las medidas que esta conlleva.

Si se trata de delitos de terrorismo se exige además signos inequívocos de haber abandonado los fines y medios de la actividad terrorista y haber colaborado con las autoridades en la investigación y evitación de comportamientos de este tipo.

Cumplidos estos tres requisitos, se abre la posibilidad de finalizar la fase de privación de libertad y acceder a la suspensión de la pena y con ella a la libertad condicional.

2. *La suspensión y paso a la libertad condicional*

La suspensión la acuerda el Tribunal sentenciador. Se tomará esa decisión tras un proceso contradictorio en el que intervendrán el Fiscal y el acusado asistido por su abogado. Nada dice el Código de otras acusaciones. Por aplicación de los principios generales del proceso será lógico que sean invitadas a comparecer, sobre todo la acusación particular. Se trata de uno de los supuestos en los que, en atención a las modificaciones introducidas a consecuencia del estatuto de la víctima, ésta, al menos, habrá de ser informada. De ahí que si está personada lo lógico es que se le otorgue plena participación como parte en este pro-

ceso. Ahora bien, su comparecencia no es preceptiva, de ahí que su ausencia no impida la celebración del acto, ni tampoco la de la acusación popular, en su caso.

El periodo de suspensión tendrá una duración de entre 5 a 10 años, que se contará desde la puesta en libertad del penado.

El régimen de suspensión es el general, con posibilidad de adoptar las medidas y prestaciones contenidas en el art. 83 que se podrán alzar o modificar a lo largo de todo el periodo de suspensión. La competencia para ello se atribuye expresamente en el art. 92 al Tribunal sentenciador.

La revocación de la suspensión y sus efectos son los previstos con carácter general en el art. 86 del CP, que también atribuye la competencia al respecto al Tribunal sentenciador. Sin embargo, el código introduce una cierta distorsión en cuanto que parece que atribuye la supervisión de esta suspensión que da paso a una situación de libertad condicional, al Juez de Vigilancia, al que el art. 92 le reconoce la competencia de revocar la suspensión de la ejecución y de la libertad condicional, cuando se ponga de manifiesto un cambio de las circunstancias que hubieran dado lugar a la suspensión, que haga decaer el pronóstico de falta de peligrosidad que determinó la misma. Ello resulta lógico en atención a las competencias que al mismo corresponden en relación a la libertad condicional en general, que ahora también se articula como un supuesto de suspensión regulado en el art. 90, al que, sin embargo, el art. 92 no se remite¹⁶. Ello supone que dos órganos judiciales pueden asumir ese cometido. Existe una cierta confusión de competencias en relación a la suspensión de la privación de libertad al que la revisión de la prisión permanente revisable da lugar, y el periodo de libertad condicional que se abre a partir de ese momento. En cualquier caso, será necesaria la adaptación de la Legislación Penitenciaria a esta nueva pena y un reajuste de las competencias para evitar duplicidades. Aunque no podemos reclamar esos ajustes como urgentes, dado el tiempo que tardarán en ser aplicados, como mínimo 25 años a partir del próximo 1 de julio, sí los considero necesarios para dotar al ordenamiento jurídico de la necesaria coherencia.

Pasado el periodo de cumplimiento efectivo que faculta la revisión, la Ley impone al Tribunal la obligación de revisar la concurrencia de los restantes requisitos que facultan la suspensión de la ejecución y el acceso a la libertad condicional cada dos años. Podrá fijarse un plazo de

¹⁶ Si lo hace al párrafo segundo del apartado 1 del art. 80, y a los arts. 83, 86, 87 y 91.

revisión anual, cuando sea a instancias del penado, aunque la Ley no impide que en atención a sus peticiones, pueda revisarse la decisión respecto a la suspensión antes de transcurrido ese plazo.

3. *La remisión de la pena*

Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena.

VIII. **Delitos para los que está prevista la prisión permanente revisable**

Artículo 140

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

- 1.^a Que la víctima sea menor de dieciséis años de edad, o se trate de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad.
- 2.^a Que el hecho fuera subsiguiente a un delito contra la libertad sexual que el autor hubiera cometido sobre la víctima.
- 3.^a Que el delito se hubiera cometido por quien perteneciere a un grupo u organización criminal.

2. Al reo de asesinato que hubiera sido condenado por la muerte de más de dos personas se le impondrá una pena de prisión permanente revisable. En este caso, será de aplicación lo dispuesto en la letra b) del apartado 1 del artículo 78 bis y en la letra b) del apartado 2 del mismo artículo.

Artículo 485

El que matare al Rey o a la Reina o al Príncipe o a la Princesa de Asturias será castigado con la pena de prisión permanente revisable...

Artículo 605

1. El que matare al Jefe de un Estado extranjero, o a otra persona internacionalmente protegida por un Tratado, que se halle en España, será castigado con la pena de prisión permanente revisable....

Artículo 607

1. Los que, con propósito de destruir total o parcialmente un grupo nacional, étnico, racial, religioso o determinado por la discapacidad de sus integrantes, perpetraren alguno de los actos siguientes, serán castigados:

- 1.º Con la pena de prisión permanente revisable, si mataran a alguno de *sus* miembros.
- 2.º Con la pena de prisión permanente revisable, si agredieran sexualmente a alguno de sus miembros o produjeran alguna de las lesiones previstas en el artículo 149.

Artículo 607 bis

1. Son reos de delitos de lesa humanidad quienes cometan los hechos previstos en el apartado siguiente como parte de un ataque generalizado o sistemático contra la población civil o contra una parte de ella.

En todo caso, se considerará delito de lesa humanidad la comisión de tales hechos:

- 1.º Por razón de pertenencia de la víctima a un grupo o colectivo perseguido por motivos políticos, raciales, nacionales, étnicos, culturales, religiosos, de género, discapacidad u otros motivos universalmente reconocidos como inaceptables con arreglo al derecho internacional.
- 2.º En el contexto de un régimen institucionalizado de opresión y dominación sistemáticas de un grupo racial sobre uno o más grupos raciales y con la intención de mantener ese régimen.

2. Los reos de delitos de lesa humanidad serán castigados:

- 1.º Con la pena de prisión permanente revisable si causaran la muerte de alguna persona.

[...]

IX. Consideración final

Hasta aquí la regulación legal sobre la que planean serias dudas de inconstitucionalidad, de ahí el título de esta ponencia. Y después de todo ¿era necesario este viaje? Además, se abren otros interrogantes. El próximo 20 de diciembre se celebrarán elecciones generales, y algún

grupo político ha adelantado su intención de derogar la prisión permanente revisable si llegara a obtener las mayorías suficientes. Una vez más la permanencia de la norma está en equilibrio inestable.

X. Bibliografía

- ÁLVAREZ GARCÍA, Francisco Javier (Dir.): *Informe de la Sección de Derechos Humanos del Ilustre Colegio de Abogados de Madrid sobre los Proyectos de Reforma de C. Penal, Ley de Seguridad Privada y LOPJ (Jurisdicción Universal)*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- BRANDÁRIZ GARCÍA, José Ángel: «Las penas de trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente», en J.L. González Cussac (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal 2015*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 241-256.
- CARBONELL MATEU, Juan Carlos: «Prisión permanente revisable», en J.L. González Cussac (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal 2015*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 211-221.
- CERBELLÓ DONDENIS, Vicenta: «La prisión permanente revisable», en J.L. González Cussac (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal 2015*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 223-242.
- CONSEJO DE ESTADO: *Informe al Anteproyecto de LO por el que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP, aprobado el 27 de junio de 2013*.
- CONSEJO FISCAL: *Informe de 20 dic 2012 al Anteproyecto de LO de Reforma del Código penal*.
- CUERDA ARNAU, María Luisa: «Inhabilitación especial «tenencia de animales» (art. 39 b)», en J.L. González Cussac (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal 2015*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 239-240.
- FUENTES OSORIO, Juan Luis: «Períodos de cumplimiento mínimo para el disfrute de beneficios penitenciarios y permisos de salida», en G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*. Thomson Reuters, Pamplona, 2015, pp. 119-124.
- GARCÍA ALBERO, Ramón: «La suspensión de la ejecución de las penas», en G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*. Thomson Reuters, Pamplona, 2015, pp. 143-159.
- GUARDIOLA GARCÍA, Javier: «Reglas especiales para la aplicación de las penas; concurso de infracciones», en J.L. González Cussac (Dir.), *Comentarios a la Reforma del Código Penal 2015*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, pp. 289-323.
- NISTAL BURÓN, Javier: *La duración del cumplimiento efectivo de la nueva pena de «prisión permanente revisable» introducida por la LO 1/2015 de 30 de marzo de reforma del Código Penal*. Aranzadi, Cizur Mayor, 2015.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «La reforma del régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas», en G. Quintero Olivares (Dir.), *Comen-*

- tario a la Reforma Penal de 2015. Thomson Reuters, Pamplona, 2015, pp. 77-92.
- RAMÓN RIVAS, Eduardo: «La responsabilidad personal por impago de multa», en G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*. Thomson Reuters, Pamplona, 2015, pp. 115-118.
- RIOS, Julián: *La prisión perpetua en España. Razones de su ilegitimidad ética y de su inconstitucionalidad*. Garkoa, Donostia, 2013.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, Ricardo: «La nueva pena de «prisión permanente revisable» y el derecho comparado», en *Actualidad Jurídica Aranzadi*, 2015.
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria: «El nuevo tratamiento de personas con discapacidad. ¿Tan sólo una cuestión conceptual?», en G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*. Thomson Reuters, Pamplona, 2015, pp. 71-76.
- TAMARIT SUMALLA, Josep Maria: «La prisión permanente revisable», en G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*. Thomson Reuters, Pamplona, 2015, pp. 93-100.
- TORRES ROSELL, Nuria: «Trabajos en beneficio de la comunidad y localización permanente», en G. Quintero Olivares (Dir.), *Comentario a la Reforma Penal de 2015*. Thomson Reuters, Pamplona, 2015, pp. 101-114.

El comiso tras la reforma del Código penal (LO 1/2015, de 30 de marzo)

Gonzalo Quintero Olivares

Catedrático de Derecho penal. Universidad Rovira i Virgili

Sumario: 1. El comiso en el CP: una vieja figura transmutada en nueva. 2. El comiso como consecuencia accesoria: alcance. 3. La articulación de la reforma. 3.1. Las ampliaciones del comiso a bienes no vinculados al delito: los bienes «sospechosos». 4. El comiso de bienes de terceros: la revisión de la tercería de buena fe. 5. Excurso: la evolución del derecho europeo y el comiso. 6. El proceso independiente de comiso. 6.1. Características del proceso de comiso. 6.2. El proceso de comiso contra terceras personas. 6.3. El acceso de terceros al procedimiento. 6.4. Otras características de la intervención de terceros en el proceso. 7. Valoración final. 8. Bibliografía.

1. El comiso en el CP: una vieja figura transmutada en nueva

El comiso o decomiso viene figurando en nuestras leyes penales desde el inicio de la codificación (estaba previsto en el artículo 90 del CP de 1822), y se ha mantenido históricamente como una figura de poca relevancia, limitada a la intervención de los instrumentos con los que se hubiera cometido el delito y los frutos del mismo, que se habían de vender si fueran de lícito comercio, aplicando el importe a cubrir las responsabilidades civiles.

La extensión a las *ganancias* obtenidas no aparecerá hasta el CP de 1995, y, aun así, eso no había tenido especiales consecuencias durante los primeros años de la andadura del Código. Hay que advertir, no obstante, que también operan los sistemas específicos de comiso: de dádivas a funcionarios públicos, en materia de contrabando y en delitos contra la seguridad del tráfico, y, especialmente, en la criminalidad or-

ganizada relacionada con el tráfico de drogas. Este último problema ha sido, y así debe señalarse, el causante inicial del salto cualitativo en la concepción no solo de lo que es el comiso, sino también de las funciones político criminales que se le asignan. Esa transformación de la figura se ha producido en muy poco tiempo y al hilo de dos Reformas del Código penal, las de 2010 y 2015, a su vez impulsadas (otra cosa es que al legislador español se le pueda acusar de exceso) por la línea marcada por las Directivas de la UE, en las que el decomiso de los productos del delito se considera que es un *instrumento irrenunciable de lucha contra la delincuencia* organizada, por más que siempre sea obligado que se practique a partir de una decisión judicial firme.

En suma: nuestro derecho no es excepcional, al margen de que algunos puntos concretos puedan ser criticables. Pero la «reformulación del comiso» es algo más que una simple reforma de una «consecuencia accesoria», que, sin duda alguna, ha perdido esa condición y, en buena medida, la de institución del derecho penal.

El rumbo seguido por estas modificaciones legales se puede resumir en tres ideas claras (pero discutibles en su interpretación y consecuencias) que son:

- a) los frutos económicos de los delitos han de ser incautados, estén donde estén y cualquiera que sea la transformación que hayan experimentado;
- b) a través de la figura del comiso se ha de suplir la inexistencia de un delito de «tenencia injustificada de bienes», que otras legislaciones contienen; y
- c) la eficacia del comiso requiere desvincular su determinación exclusiva y ejecución partiendo de la condena a un sujeto por un concreto delito.

En las páginas que siguen analizaré algunos de los puntos más significativos del régimen del comiso tras la última reforma, siempre con la reserva de no saber cuál será la realidad de su futura aplicación práctica.

2. El comiso como consecuencia accesoria: alcance

Como antes dije, la reforma de 2015 ha tenido un significativo impacto en el Título VI del Libro I del CP, que está dedicado a las «consecuencias accesorias» que son el comiso, la suspensión de actividades de grupos sin configuración jurídica y, a partir de la Reforma, la toma de muestras para bancos de datos de ADN.

La regulación del comiso ha experimentado una vertiginosa mutación en los últimos cinco años, a la vez que ha pasado a ser considerado instrumento de primera importancia en la lucha contra la criminalidad, cuando, como es fácil comprobar en la literatura penal prácticamente hasta nuestros días (siglo xxi), no se atribuían al comiso funciones político-criminales realmente significativas. Hoy en día, el decomiso de los frutos del delito es un objetivo principal de la intervención penal, y de él se habla en diferentes documentos internacionales —de hecho, la reforma de la ley penal española en este punto vino en buena parte impuesta por la Decisión Marco 2005/212/JAI, de 24 de febrero de 2005.

No puede negarse la «influencia» de la falta de un delito de tenencia injustificable de bienes, pero conviene señalar que su creación sería de discutible constitucionalidad pues con una figura así se equipara lo «inexplicable» con lo «delictivo», se invierte la carga de la prueba, además de que el patrimonio de origen desconocido puede ser objeto de atención por el derecho tributario (aumento injustificado de patrimonio).

El primer paso lo dio la Reforma de 2010, que modificó el art. 127 dando una amplitud al comiso hasta entonces desconocida.

Por otra parte, ya en 2007 se introdujo un nuevo artículo en la Ley de Enjuiciamiento criminal (367 septies) por el que se contemplaba la posible existencia de *oficinas de recuperación de activos* —recientemente anunciadas por el Presidente del Gobierno como iniciativa en la lucha contra la corrupción— aunque tanto en este caso como en el nuevo art. 127 *se restringía, incomprensiblemente*, la modificación legal a los frutos de las actividades de la *criminalidad organizada*. Pero lo cierto es que desde ella es posible incautar bienes de los que se pueda presumir origen delictivo y estén, además, en poder de quien ha sido condenado por un delito, ha de afrontar el pago de responsabilidades y cuenta con bienes cuya adquisición lícita no puede demostrarse. El criterio a seguir para fundar la presunción es el de la desproporción entre el valor de los bienes del condenado y sus ingresos legales.

Cuando se hizo la Reforma de 2010 se dejaron algunos temas abiertos, aparte de la limitación a delitos cometidos en el seno de organizaciones criminales, que señalaban a dos objetivos:

- a) poder perseguir los bienes decomisables aunque ya no estuvieran en poder del acusado o condenado, y, igualmente importante,

- b) desvincular el comiso de bienes de origen delictivo de la suerte del proceso penal contra un sujeto concreto.

La Reforma de 2015 ha supuesto un auténtico *salto cualitativo* en la manera de concebir la función y el alcance de la figura del comiso. Como veremos, el objetivo que marca el camino es sencillo: no se trata ya de que el comiso impuesto en la condena pueda ampliarse a cuantos bienes estén en poder del condenado, sino que todo bien que proceda, clara o supuestamente, de un delito, *ha de ser decomisado, tanto si está vinculado con un delito presente que se está juzgando como si no es así, y tanto si está en poder del condenado como si está en poder de terceras personas*.

Para ello el Código penal, incorpora ahora reglas que se escinden en dos direcciones:

- a) *aumentar los supuestos de ampliación* del comiso, superando la antes mencionada limitación a los casos de pertenencia del responsable a una organización criminal o grupo terrorista.
- b) crear dentro de la Ley de Enjuiciamiento criminal, un sistema que pueda materializar la extensión del comiso respetando los *derechos de terceros*, y, por otra parte, un *proceso autónomo de comiso*, destinado a dar cauce a ejecuciones del comiso que, por las razones que indicaremos después, hayan impedido o complicado la posibilidad de su ejecución dentro del proceso penal principal.¹

Según el Preámbulo de la Reforma de 2015, se ha tenido en cuenta la *Directiva 2014/42/UE, de 3 de abril, sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea*. Para cumplir con esas indicaciones hacía falta entrar en tres cuestiones:

- el comiso sin sentencia condenatoria
- el comiso ampliado
- el comiso de bienes de terceros.

Sobre ellas podemos decir:

- a) El que denominamos *comiso sin condena* constituye una novedad que realmente no tiene precedentes en nuestra legislación, pues si bien estaba regulada una posibilidad de acordarlo en el

¹ El proceso especial para el comiso estaba previsto también en el, por ahora, paralizado Proyecto de Código procesal penal.

art. 127-4 CP (hasta la Reforma)² carecía de necesarios complementos procesales. Se trata de una figura admitida expresamente por el TEDH, bajo el razonamiento de que no se otorga al comiso una naturaleza penal, sino de *estricta devolución del enriquecimiento ilícito*.

- b) La *ampliación del comiso* no se inspira en una relación entre el delito juzgado y los bienes que posee el acusado, sino en una apreciación, basada en indicios objetivos, de que los bienes que están en poder del responsable de un delito, también han de *proceder de otras actividades delictivas*. Para una mejor práctica de esa apreciación, se incorporan unos «criterios» que pueden ser tenidos en consideración por el juzgador (cuestión distinta, como veremos, es la solidez de esos criterios)
- c) El comiso de bienes que pertenecen a terceros tiene límites protectores.

Antes de continuar quiero advertir que las intenciones del legislador no son de fácil plasmación en la realidad forense, pues a nadie se le oculta que en la práctica puede ser complicada la ejecución del comiso ampliado, pues los bienes pueden ser de difícil localización, haber pasado a terceras personas, estar en paradero desconocido, etc., e incluso ha de plantearse cuál ha de ser el camino a seguir cuando el acusado o condenado esté desaparecido o haya fallecido. Ahí entrará en juego el proceso autónomo de comiso al que luego me referiré.

3. La articulación de la reforma

El artículo básico (el 127 CP³) ofrece tres apartados relativos, respectivamente, al comiso como consecuencia accesoria, al comiso en

² Art.127-4 (anterior): 4. 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 o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

³ Art.127 (actual): 1. Toda pena que se imponga por un delito doloso llevará consigo la pérdida de los efectos que de él provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias provenientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar.

2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el juez o tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como de las ganancias prove-

delitos imprudentes y al comiso por sustitución. Como *comiso por sustitución* se designan aquellos casos en los que el comiso recae sobre bienes que no provienen de delito ni constituyen medios o instrumentos empleados en su preparación o ejecución.

Fácilmente se comprende que la sustitución es el *primer paso de la ampliación del comiso*. El comiso por sustitución se puede acordar cuando sea imposible el comiso «ordinario» y cuando el valor actual de los bienes, efectos o ganancias sobre los cuales se haya acordado dicho decomiso sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición (art.127-3). Debe recordarse que los bienes son decomisables cualesquiera que sean las transformaciones que hayan sufrido y las ganancias que hayan generado. De acuerdo con lo dispuesto en el art.127-*quater* se puede, además, ejecutar el comiso sobre bienes que hayan sido transferidos a terceras personas.

3.1. *Las ampliaciones del comiso a bienes no vinculados al delito: los bienes «sospechosos»*

La Reforma de 2015 ofrece un notable abanico de posibilidades de decomisar *bienes que no están directamente vinculados al delito cometido*.

Según dispone el art. 127 bis CP⁴ apartado primero, en relación con los bienes de personas condenadas por determinados delitos el co-

nientes del delito, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el decomiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el decomiso de otros bienes por una cantidad que corresponda al valor económico de los mismos, y al de las ganancias que se hubieran obtenido de ellos. De igual modo se procederá cuando se acuerde el decomiso de bienes, efectos o ganancias determinados, pero su valor sea inferior al que tenían en el momento de su adquisición.

⁴ Artículo 127 bis: 1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito:

- a) Delitos de trata de seres humanos.
- b) Delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores y delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.
- c) Delitos informáticos de los apartados 2 y 3 del artículo 197 y artículo 264.
- d) Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico en los supuestos de continuidad delictiva y reincidencia.
- e) Delitos relativos a las insolvencias punibles.
- f) Delitos contra la propiedad intelectual o industrial.

miso *deberá extenderse* a los bienes, efectos y ganancias respecto de los cuales se resuelva, «a partir de indicios objetivos fundados», que provienen de una actividad delictiva y no se acredite su origen lícito (inciso este último al menos en apariencia totalmente innecesario, pues difícilmente va a tener un bien al mismo tiempo origen lícito y procedencia delictiva).

En relación con esos «indicios fundados» el art. 127 bis 2 CP establece una regla interpretativa, diciendo que «se valorarán especialmente» los siguientes indicios:

- A. la *desproporción* entre el valor de dichos bienes y los ingresos «lícitos» de la persona condenada;
- B. el *uso de testaferros*, esto es: la utilización de personas físicas o jurídicas u o entes sin personalidad jurídica interpuestos para

g) Delitos de corrupción en los negocios.

h) Delitos de receptación del apartado 2 del artículo 298.

i) Delitos de blanqueo de capitales.

j) Delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social.

k) Delitos contra los derechos de los trabajadores de los artículos 311 a 313.

l) Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros.

m) Delitos contra la salud pública de los artículos 368 a 373.

n) Delitos de falsificación de moneda.

o) Delitos de cohecho.

p) Delitos de malversación.

q) Delitos de terrorismo.

r) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.

2. A los efectos de lo previsto en el apartado 1 de este artículo, se valorarán, especialmente, entre otros, los siguientes indicios:

1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

3. En estos supuestos será también aplicable lo dispuesto en el apartado 3 del artículo anterior.

4. Si posteriormente el condenado lo fuera por hechos delictivos similares cometidos con anterioridad, el juez o tribunal valorará el alcance del decomiso anterior acordado al resolver sobre el decomiso en el nuevo procedimiento.

5. El decomiso a que se refiere este artículo no será acordado cuando las actividades delictivas de las que provengan los bienes o efectos hubieran prescrito o hubieran sido ya objeto de un proceso penal resuelto por sentencia absolutoria o resolución de sobreseimiento con efectos de cosa juzgada.

ocultar o dificultar la verdadera titularidad de los bienes o cualquier poder de disposición sobre los mismos, así como el empleo de paraísos fiscales o territorios de nula tributación con los mismos fines. Hay que señalar que en el Anteproyecto de Reforma de 2007 ya *se había propuesto, sin éxito*, la expresa incriminación como delito, de la actividad de «testaferro» entendida como vehículo para eludir responsabilidades u obligaciones, laborales, fiscales o de cualquiera otra clase.

- C. La *transferencia de los bienes* o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino sin una justificación legal o económica válida. La redacción del art. 127 bis 2 CP no contiene una lista cerrada de indicios del origen ilícito de los bienes, en la medida en que permite el empleo añadido de otros factores no mencionados para llegar al mismo convencimiento (dice que «*se valorarán especialmente...*» no únicamente).

De acuerdo con lo dispuesto en los arts. 127 quinquies y sexies CP es posible *también* acordar el comiso de bienes cuando, a) el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos enumerados en el art. 127 bis 1; b) el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada; c) existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa.

En cuanto a la posibilidad de *decomiso de bienes procedentes de actividades delictivas previas*, no significa que se hayan de probar otros hechos delictivos anteriores al juzgado, sino que los bienes que estén poder del sujeto pueden ser sometidos a una *valoración* de acuerdo a unos criterios legales, *no siempre precisos*, que permiten inferir que han de proceder de actividades delictivas⁵, presunción que puede lle-

⁵ Artículo 127 quinquies: 1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de bienes, efectos y ganancias provenientes de la actividad delictiva previa del condenado, cuando se cumplan, cumulativamente, los siguientes requisitos:

a) Que el sujeto sea o haya sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis.1 del Código Penal.

b) Que el delito se haya cometido en el contexto de una actividad delictiva previa continuada.

c) Que existan indicios fundados de que una parte relevante del patrimonio del penado procede de una actividad delictiva previa.

Son indicios relevantes:

1.º La desproporción entre el valor de los bienes y efectos de que se trate y los ingresos de origen lícito de la persona condenada.

gar a conclusiones *abusivas*, como propicia el criterio sentado en el artículo 127 sexies, destinado a completar las reglas del artículo anterior⁶.

4. El comiso de bienes de terceros: la revisión de la tercería de buena fe

Tras la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, en nuestro ordenamiento penal eran objeto de decomiso todos los bienes, medios,

2.º La ocultación de la titularidad o de cualquier poder de disposición sobre los bienes o efectos mediante la utilización de personas físicas o jurídicas o entes sin personalidad jurídica interpuestos, o paraísos fiscales o territorios de nula tributación que oculten o dificulten la determinación de la verdadera titularidad de los bienes.

3.º La transferencia de los bienes o efectos mediante operaciones que dificulten o impidan su localización o destino y que carezcan de una justificación legal o económica válida.

Lo dispuesto en el párrafo anterior solamente será de aplicación cuando consten indicios fundados de que el sujeto ha obtenido, a partir de su actividad delictiva, un beneficio superior a 6.000 euros.

2. A los efectos del apartado anterior, se entenderá que el delito se ha cometido en el contexto de una actividad delictiva continuada siempre que:

a) El sujeto sea condenado o haya sido condenado en el mismo procedimiento por tres o más delitos de los que se haya derivado la obtención de un beneficio económico directo o indirecto, o por un delito continuado que incluya, al menos, tres infracciones penales de las que haya derivado un beneficio económico directo o indirecto.

b) O en el período de seis años anterior al momento en que se inició el procedimiento en el que ha sido condenado por alguno de los delitos a que se refiere el artículo 127 bis del Código Penal, hubiera sido condenado por dos o más delitos de los que hubiera derivado la obtención de un beneficio económico, o por un delito continuado que incluya, al menos, dos infracciones penales de las que ha derivado la obtención de un beneficio económico.

⁶ Artículo 127 sexies

A los efectos de lo previsto en el artículo anterior serán de aplicación las siguientes presunciones:

1.º Se presumirá que todos los bienes adquiridos por el condenado dentro del período de tiempo que se inicia seis años antes de la fecha de apertura del procedimiento penal, proceden de su actividad delictiva.

A estos efectos, se entiende que los bienes han sido adquiridos en la fecha más temprana en la que conste que el sujeto ha dispuesto de ellos.

2.º Se presumirá que todos los gastos realizados por el penado durante el período de tiempo a que se refiere el párrafo primero del número anterior, se pagaron con fondos procedentes de su actividad delictiva.

3.º Se presumirá que todos los bienes a que se refiere el número 1 fueron adquiridos libres de cargas.

El juez o tribunal podrá acordar que las anteriores presunciones no sean aplicadas con relación a determinados bienes, efectos o ganancias, cuando, en las circunstancias concretas del caso, se revelen incorrectas o desproporcionadas.

instrumentos, efectos o ganancias procedentes directa o indirectamente de la comisión de un delito o falta, con una *única limitación*, derivada del necesario respeto a la seguridad jurídica: *que dichos bienes no pertenecieran a un tercero de buena fe no responsable del delito que los hubiera adquirido legalmente*.

La Reforma de 2015 *ha decidido reducir el ámbito de intangibilidad tradicionalmente otorgado al «tercero de buena fe»* introduciendo una serie de presunciones destinadas a dificultar, precisamente, la prueba de esa buena fe⁷. Concretamente se posibilita el decomiso de los bienes, efectos y ganancias que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos:

- a) cuando quien los tuviera los hubiera adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando
- b) una *persona diligente* habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.
- c) cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a *título gratuito* o por un *precio inferior* al real de mercado.

La mención a la conducta de la «persona diligente» supone equiparar en trato comportamientos conscientes e imprudentes, pero además de eso, fácilmente se puede apreciar el riesgo de *superposición con las figuras de receptación o de blanqueo*, que pueden haber sido apreciadas en el mismo proceso o en otro ulterior. Claro está que el delito de receptación puede prescribir, subsistiendo la posibilidad de acordar el comiso. Más difícil es la prescripción del blanqueo en la modalidad de tenencia o posesión de bienes (figura que necesariamente tendrá que ser acotada en el tiempo, pues, tal como ha sido configurada en el tipo, lleva a la inadmisibles conclusión de que se trata de una infracción

⁷ Artículo 127 quater: 1. Los jueces y tribunales podrán acordar también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias a que se refieren los artículos anteriores que hayan sido transferidos a terceras personas, o de un valor equivalente a los mismos, en los siguientes casos:

a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.

b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.

2. Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.

de duración indefinida sin que pueda a iniciarse el cómputo de la prescripción mientras dure la tenencia).

Si se trata de otros bienes, no procedentes de delito, basta que los hayan adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente (se repite el criterio) habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.

Finalmente se fija otra regla de indicios para afirmar la conciencia directa o eventual del origen delictivo del bien o de la finalidad de la operación (dificultar el comiso). Como indicio se equiparan, pues, el regalo y el llamado precio «vil». Sucede, no obstante, que la recepción a título gratuito de un bien procedente de delito tiene ya su propio régimen legal en el marco de la llamada «receptación civil», regulada en el art.122 CP (el que por título lucrativo hubiere participado de los efectos de un delito, está obligado a la restitución de la cosa o al resarcimiento del daño hasta la cuantía de su participación). Por otra parte, no se pueden comparar y equiparar situaciones esencialmente diferentes como son las del regalo y la compra por precio imposible.

5. Excurso: la evolución del derecho europeo y el comiso

En 2001 se adoptó la Decisión Marco 201/500/JAI, 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. Posteriormente, la Decisión Marco sobre decomiso de 2005/212/JAI, indujo a reforzar la aproximación de la legislación de los Estados miembros en materia de decomiso de los productos del delito.

La Decisión Marco 2006/783/JAI del Consejo, de 6 de octubre de 2006, relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones de decomiso establece las reglas con arreglo a las cuales las autoridades judiciales de un Estado miembro deben reorganizar y ejecutar en su territorio las resoluciones de decomiso dictadas por las autoridades judiciales competentes de otro Estado miembro. Esa Decisión se plasmaría en la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea, cuyo Título VIII se dedica al comiso.

La Decisión 2007/845/JAI del Consejo, de 6 de diciembre de 2007, sobre la *cooperación entre los Organismos de Recuperación de Activos* de los Estados miembros en el ámbito de la localización e identificación

de productos del delito o de otros bienes relacionados con el delito, obliga a los Estados miembros a establecer o designar «organismos de recuperación de activos» encargados de facilitar la cooperación y el intercambio de información efectivos en el ámbito de la recuperación de activos.

El 3 de abril de 2014 se aprobó la Directiva 2014/42/UE del Parlamento europeo y del *Consejo sobre el embargo y el decomiso de los instrumentos y del producto del delito en la Unión Europea* (que sustituye y amplía las previsiones de las Decisiones Marco 2001/500/JAI y 2005/212/JAI, antes mencionadas) entre cuyos objetivos principales se incluyen:

- a) facilitar el decomiso de los bienes que estén claramente vinculados a la persona condenada por actividades delictivas,
- b) simplificar los procedimientos de recuperación de bienes transmitidos a otras personas que deberían haber sido conscientes de su procedencia delictiva, y
- c) permitir la confiscación de bienes cuando la condena penal no sea posible porque el sospechoso está muerto, aquejado de una enfermedad crónica o huído.

La Directiva señala, en sus consideraciones introductorias, que los informes de la Comisión sobre la aplicación de las Decisiones Marco 2003/577/JAI, 2005/212/JAI y 2006/783/JAI indican que los regímenes vigentes en relación con el decomiso ampliado y el reconocimiento mutuo de las resoluciones de embargo y decomiso no son plenamente eficaces. El decomiso se ve obstaculizado como consecuencia de las diferencias entre las legislaciones de los Estados miembros.

No ha sido fácil llegar a esta unidad de criterios. En opinión de algunos, el *origen del problema* puede situarse en la lucha librada en Italia contra miembros de organizaciones mafiosas: su desaparición impedía condenarles, y sin ese requisito no era posible incautar los bienes procedentes de sus actividades criminales. La solución que se adoptó fue la de juzgarles y condenarles en rebeldía, vía que topó pronto con los criterios del TEDH, y que, además, se demostró inadecuada para reclamar la extradición en orden al cumplimiento de la pena impuesta, pues los demás Estados (España entre ellos) rechazaban la entrega de una persona que había sido condenada en ausencia.

A su vez, la misma Directiva establece una definición amplia de los bienes que pueden ser objeto de embargo y decomiso, incluyendo documentos o actos jurídicos que acrediten la titularidad u otros derechos sobre tales bienes, que pueden ser instrumentos financieros o documentos que puedan considerarse títulos de crédito y que obran nor-

malmente en posesión de la persona afectada por el procedimiento de que se trate.

Así las cosas, el problema de la lucha contra la criminalidad organizada topaba con un *límite insuperable en la pretensión de alcanzar las ganancias procedentes de los delitos mientras que se vinculara exclusivamente a las sentencias condenatorias dictadas contra reos presentes*. Por ese motivo se abrió paso la vía del procedimiento independiente y separado de decomiso, pero eso fue la culminación de un complejo proceso.

Un punto de inflexión lo marcó en su día la Comisión Europea de Derechos Humanos en 1990 cuando declaró que las leyes italianas de lucha contra la criminalidad organizada, que habían introducido un procedimiento de decomiso preventivo no eran contrarias a la presunción de inocencia, entre otras cosas porque no se trataba de un proceso penal orientado a apreciar y juzgar delitos, sino de un proceso especial y separado destinado a evitar la libre circulación de bienes derivados de actividades que se podía suponer eran delictivas de acuerdo con un cuidadoso número de elementos probatorios y siempre bajo control judicial. Se aprobaba además, tanto el decomiso preventivo como el llamado decomiso «de seguridad».

Más de veinte años después, *el panorama europeo es claramente propicio a la introducción de un proceso especial de comiso* en nuestro sistema. Así lo ha entendido en diferentes asuntos el TEDH, que ha partido de una apreciación esencial: el comiso no es una pena, y por lo tanto no está sujeto a las garantías propias de estas. El comiso es una consecuencia más o menos inmediata de los delitos, que puede dilucidarse en un proceso accesorio e independiente del proceso penal principal (el que se orienta a la determinación de los hechos, los responsables y las penas).

En la misma línea se indica que ni siquiera es preciso que haya habido una condena, que en ocasiones no podrá dictarse (p.e.: muerte o desaparición del reo, o enfermedad mental sobrevenida). En el numeral 15 del Preámbulo de la Directiva antes citada se dice que debe existir la posibilidad, previa resolución penal firme condenatoria, de decomisar los instrumentos y el producto del delito o bienes cuyo valor corresponda a tales instrumentos o producto. Dicha resolución penal firme condenatoria también podría derivarse de procedimientos en ausencia del acusado. Cuando no sea posible el decomiso basado en una resolución judicial firme, debería no obstante seguir siendo posible, en determinadas circunstancias, decomisar esos instrumentos y producto, al menos en los casos de enfermedad o fuga del sospechoso o acusado. Sin embargo, en esos casos de enfermedad o fuga, la existencia

en los Estados miembros de procedimientos en ausencia del acusado sería suficiente para respetar esta obligación. Cuando el sospechoso o acusado se haya fugado, los Estados miembros deben adoptar todas las medidas oportunas y pueden exigir que se convoque a la persona de que se trate o que se ponga en su conocimiento el procedimiento de decomiso.

Por supuesto que eso no significa que los Tribunales penales no puedan continuar ordenando el comiso de los bienes de los declarados responsables de los delitos, así como la restitución de las cosas (bienes, dinero). Pero eso no basta para una política criminal que realmente quiera luchar contra la criminalidad por la vía de advertir que se pueden perder las ganancias procedentes de los delitos incluso después de que esos delitos hayan prescrito y aun cuando se encuentre en poder de otras personas.

Claro está que la cuestión se puede complicar en algunos casos, cuando la tenencia de bienes decomisables pueda ser calificada en derecho español, a su vez, como modalidad de delito de blanqueo cometido por aquellos que los tienen, con la dificultad añadida de que, al tratarse de un delito «situacional», será impreciso fijar el término prescriptivo. Pero ese es otro problema, generado por la defectuosa técnica del derecho interno.

Así pues, la *transformación del comiso es un suceso jurídico de suma importancia*, pero para analizarlo hay que tener en cuenta que los procedimientos especiales e independientes de decomiso, relacionados con actividades delictivas, y que han entrado en vigor en España, no son, en manera alguna, algo excepcional en la legislación comparada, sino lo contrario: son lo normal. En la actualidad, en la UE el decomiso de los productos del delito, en cualquier momento y estén donde estén, se considera que es un instrumento irrenunciable de lucha contra la delincuencia, por más que siempre sea obligado que se practique a partir de una decisión judicial firme.

6. El proceso independiente de comiso

El art. 127 ter CP, supone una notable ampliación respecto de la regla (impracticable) del anterior art. 127-4. Establece la posibilidad de *acordar judicialmente* cualquiera de las modalidades de comiso previstas en los arts 127 y 127 bis (esto es, el comiso «ordinario» y la primera clase de comiso ampliado) cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un *proceso contradictorio* y el sujeto en cuestión se halle en alguno de los supuestos siguientes:

- a) que haya *fallecido* o sufra una *enfermedad crónica* que imposibilite su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos;
- b) que se encuentre *en rebeldía* y ello impida el enjuiciamiento dentro de un plazo razonable; y
- c) que no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido.

El segundo apartado del art. 127 ter CP aclara que esta modalidad de comiso sólo podrá dirigirse, en las circunstancias anteriores, *contra quien haya sido formalmente acusado o contra el imputado con relación al que existan indicios racionales de criminalidad*, apartado que fue incorporado al texto definitivo tras las críticas del CGPJ y del Consejo Fiscal al texto inicial, que ni siquiera acotaba de este modo el ámbito de los posibles afectados por el comiso sin sentencia.

Lógicamente, las **reglas del art. 127 ter exigían un procedimiento para poder ser llevadas a cabo**, esto es, para alcanzar el comiso cuando éste no puede ser acordado en el seno del proceso penal por delito contra los imputados o alguno de ellos.

La tentación de criticar la idea es clara, pero no sería prudente censurar una vía procesal de esta naturaleza, que tiene claras connotaciones de instrumento de persecución de los bienes generados por los delitos, pero también la de evitar la burla de las responsabilidades en caso de desaparición.

Según el legislador se «... *garantiza al tercero afectado por el comiso la posibilidad de defender sus derechos en el procedimiento en el que se resuelve con relación al mismo; y con la previsión de un proceso autónomo de comiso, que servirá de cauce a las pretensiones de comiso de bienes o efectos del Ministerio Fiscal en los supuestos de comiso sin condena, así como en aquéllos otros supuestos en los que ello facilite un desarrollo más rápido y ágil del proceso penal o resulte oportuno para facilitar el comiso de bienes y efectos procedentes de actividades delictivas que, por cualquier razón, no hubiera podido solicitarse con anterioridad...*»

La posible extensión del comiso puede alcanzar a bienes sobre los que concurran derechos de terceras personas, y, lógicamente, es preciso disponer un sistema de tutela jurisdiccional de posibles derechos que no pueden ser lesionados. En el modelo que se va a implantar en España se contempla, como es lógico, la posición de las personas ajenas al delito que estén disfrutando de esos bienes. Esta cuestión se complica, entre otras razones, a causa de la configuración que se le ha dado al delito de blanqueo, pues, como se recordará, la mera tenen-

cia o posesión de bienes procedentes de delitos puede ser constitutiva de delito de blanqueo. Por lo tanto, cuando el texto que comentamos menciona a las personas contra las que se dirija la acción por su relación con los bienes a decomisar, podrá suceder que sobre esas personas, si se prueba lo que exige el dolo (la conciencia del origen de lo que tienen) recaiga una acusación directa, en cuyo caso la pérdida de los bienes no se produciría por el proceso especial de comiso, sino en virtud de una propia sentencia condenatoria.

A ello debe añadirse, como antes dije, la función que cumple, o debe cumplir, el art.122 CP, que regula la participación a título lucrativo, también llamada receptación civil, y alcanza a quienes estén disfrutando de bienes procedentes de delito a título gratuito, respecto de los cuales se puede ordenar la restitución.

Por lo tanto, cuando el texto que comentamos menciona a terceros distintos del imputado o acusado, o cuando alude a terceros titulares de derechos sobre el bien cuyo comiso se solicita, y que podrían verse afectados por el mismo, ello debe entenderse *con independencia de que sobre esas personas, si se prueba lo que exige el dolo (la conciencia del origen de lo que tienen) recaiga una acusación directa*, en cuyo caso la pérdida de los bienes no se produciría por el proceso especial de comiso, sino en virtud de una propia sentencia condenatoria.

De otra parte, a quienes estén disfrutando de bienes procedentes de delito a título gratuito, se les puede ordenar la restitución, y, además, podrá defenderse que ésta alcanza a las ganancias procedentes de delitos cualquiera que sea la transformación que haya sufrido (art.127-1 CP), pues lo que rige sobre el alcance del comiso tendrá que ser válido también para la receptación civil o para el anunciado proceso especial de comiso. Si es así, podrá suceder que la vivienda adquirida por el autor del delito y pagada con las ganancias obtenidas, y en la que reside su familia, pero no él mismo, podrá ser decomisada. Las consecuencias que esa posibilidad abre pueden ser preocupantes, pero es evidente que ya sea por la vía directa de la imputación de blanqueo, ya por la de la receptación civil, ya por el proceso especial de comiso, es perfectamente imaginable.

6.1. Características del proceso de comiso

La reforma (plasmada en el nuevo Título VIII del Libro IV de la LECrim) se divide en dos partes principales: el acceso al proceso de los terceros que puedan verse afectados por el comiso, y, en segundo lugar, las diferentes posibilidades de realización del proceso autónomo de comiso.

Las características más sobresalientes del proceso autónomo son las siguientes:

- a) El recurso a ese procedimiento separado del proceso penal principal se concibe como una posibilidad que depende exclusivamente de que el Ministerio Fiscal lo solicite, al tiempo de la calificación, en la que podrá limitarse a solicitar el comiso, pero indicando que la determinación de su alcance se ha de transferir a un proceso autónomo posterior. La motivación única que legalmente se indica es que esa petición ha de basarse en que así se facilita un desarrollo más rápido del proceso.
- b) Es preciso que el proceso principal haya concluido con sentencia firme de condena. Como se recordará, uno de los temas que se planteaban en la Directiva de 2014: evitar que la parálisis del procedimiento por enfermedad o fuga hiciera inviable la condena y, con ella, el decomiso. La exigencia de sentencia condenatoria no parece ir en esa dirección, dada la imposibilidad de dictar condenas en rebeldía o ausencia del acusado, pero, como veremos, el problema se aborda más adelante.
- c) Es posible que el Fiscal inste un procedimiento autónomo de comiso cuando «se disponga de indicios que permitan fundar una pretensión de comiso y no se hubiera resuelto sobre la misma en el proceso en el que se hubiera resuelto sobre las responsabilidades penales». Y en este caso se exige también que el procedimiento haya concluido con una sentencia condenatoria.
- d) Las situaciones de ausencia del acusado (en las que no es posible, por lo tanto, llegar a la sentencia condenatoria), se resuelven con la regla contenida en el párrafo 2-b) del artículo, que declara que el proceso autónomo de comiso también se podrá instar en los casos a los que se refiere el art. 127 ter del CP, el cual declara posible el comiso cuando la situación patrimonial ilícita quede acreditada en un proceso contradictorio y el sujeto haya fallecido o sufra una enfermedad crónica que impida su enjuiciamiento y exista el riesgo de que puedan prescribir los hechos, o se encuentre en rebeldía y ello impida que los hechos puedan ser enjuiciados dentro de un plazo razonable, o no se le imponga pena por estar exento de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido. Esta posibilidad solo se admite contra quien existan indicios racionales de criminalidad y cuando las mencionadas situaciones hubieran impedido la continuación del procedimiento penal.

6.2. *El proceso de comiso contra terceras personas*

De acuerdo con el art. 846 bis e)-3 LECrim, en relación con el art.127 quater CP, el procedimiento autónomo de comiso también se puede solicitar por el Fiscal ***cuando los efectos y ganancias decomisables hayan sido transferidos a terceras personas***, en los siguientes casos:

- a) En el caso de los efectos y ganancias, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que proceden de una actividad ilícita o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, de su origen ilícito.
- b) En el caso de otros bienes, cuando los hubieran adquirido con conocimiento de que de este modo se dificultaba su decomiso o cuando una persona diligente habría tenido motivos para sospechar, en las circunstancias del caso, que de ese modo se dificultaba su decomiso.

«Se presumirá, salvo prueba en contrario, que el tercero ha conocido o ha tenido motivos para sospechar que se trataba de bienes procedentes de una actividad ilícita o que eran transferidos para evitar su decomiso, cuando los bienes o efectos le hubieran sido transferidos a título gratuito o por un precio inferior al real de mercado.»

Ante esta posibilidad cabe hacer alguna reflexión. La primera (a la que he hecho antes alusión) es que nada se dice en relación con aquellos casos en los que una persona ha recibido a título lucrativo bienes procedentes de delito, lo cual es lógico, pues se trata de una receptación civil del art.122 CP, y no es preciso un procedimiento autónomo para lograr la restitución.

Cuestión distinta es que las condiciones de inicio de este procedimiento especial se fundan en hechos que en muchas ocasiones pueden ser calificados como constitutivos de delitos de receptación o blanqueo, para los que incluso se hacen indicaciones relativas al dolo, al dolo eventual y a la imprudencia, añadiendo, además, el precio «vil» como prueba potencial. Siendo así, lo normal será que se incoe un procedimiento penal por esos delitos y que el comiso se acuerde en ese procedimiento.

Partiendo de ello, la posibilidad de un proceso autónomo de comiso se habrá de encajar entre el problema del respeto a los derechos de terceros y la prioridad de la posible exigencia de responsabilidad penal directa de dichos terceros.

6.3. *El acceso de terceros al procedimiento*

Se regula en los nuevos artículos 846 bis a) a 846 bis d) de la LECrim, y permite que los jueces, de oficio o a instancia de parte, llame al proceso penal a aquellas personas que puedan resultar afectadas por el comiso, si de lo actuado se deduce que el bien cuyo comiso se ha solicitado por alguna parte, pertenece a un tercero distinto del imputado o acusado, o que existen terceros titulares de derechos sobre el bien cuyo comiso se solicita, y que, por lo mismo, podrían verse afectados por el mismo.

En ciertas situaciones podrá prescindirse de esa llamada y proseguir el proceso sin la presencia de esas personas, lo cual, lógicamente, sucederá cuando no se haya podido identificar o localizar al posible titular de los derechos sobre el bien cuyo comiso se solicita, o, con mucho más motivo, pero también cuando se dé alguna de las siguientes situaciones:

- a) Que cupiera considerar que la información sobre la que se funde la pretensión de comparecencia de terceros en el proceso es incierta.
- b) Que se apreciara que los supuestos titulares de los bienes cuyo comiso se solicita son personas interpuestas vinculadas al imputado o acusado o que actúan en connivencia con él.

Por supuesto, en estas dos últimas situaciones podrían darse elementos bastantes para la integración de otros delitos, como el de falsedad o documental o el de favorecimiento personal del art.451-1.º CP, o, incluso, el de blanqueo.

En esas ocasiones, el Juez o Tribunal podrá rechazar la presencia del tercero en el procedimiento, decisión contra la que podrá interponerse recurso de apelación.

Otra posibilidad, contemplada, en el artículo 846 bis a)-4 es la de que el afectado por el comiso hubiera manifestado al Juez o Tribunal que no se opone al comiso. Si eso sucede, no será precisa su intervención en el procedimiento, o podrá abandonarla. Ahora bien, ese abandono o renuncia a cuestionar el comiso en nombre de un derecho cualquiera, por ejemplo, el de compra, no significa necesariamente que ese tercero quede automáticamente exculpado de toda responsabilidad por receptación o blanqueo, en el caso de que se pudiera suponer razonablemente que obró con dolo o de modo negligente (en el caso de blanqueo). En esos casos, a lo sumo, se podría apreciar la circunstancia atenuante 5.º del art.21 CP, por vía analógica, de reparación del daño.

Como es lógico, las dispensas al deber de declarar que se indican en el art. 416 LECrim, se extienden también al afectado por el comiso.

6.4. *Otras características de la intervención de terceros en el proceso*

El nuevo art. 846 bis b) LECrim advierte que la persona que pueda resultar afectada por el comiso podrá participar en el proceso penal desde que se hubiera acordado su intervención, sin que sea preceptiva la asistencia de abogado con las siguientes especialidades:

- a) La asistencia de abogado no será preceptiva, si bien el juez o tribunal podrán imponerla cuando la complejidad fáctica o jurídica de la cuestión lo haga necesario para asegurar su derecho a la defensa.
- b) Su participación en el proceso no se podrá extender a las cuestiones relacionadas con la responsabilidad penal del imputado o acusado.

El afectado por el comiso podrá actuar en el juicio por medio de su representación legal, sin que sea necesaria su presencia física en el mismo, ahora bien, la incomparecencia del afectado por el comiso no impedirá la continuación del juicio, que podrá continuar y culminar con sentencia que le será notificada aunque no hubiera comparecido en el proceso (art.846 bis c), siempre y cuando no se trate de una de las situaciones contempladas en el art.846 bis a) (desconocimiento de quién es el titular de derechos sobre el bien a decomisar o sospecha fundada de que se trata de personas interpuestas que actúan en connivencia con el acusado)

Lógicamente está prevista (art. 846 bis d)) la posibilidad de que una persona titular de un derecho sobre un bien o derecho decomisado —condición que pueda demostrar— no haya tenido oportunidad de oponerse al comiso en el procedimiento, ni en primera instancia ni posteriormente mediante un recurso de apelación o de casación, en cuyo caso podrá presentar un recurso de anulación, siempre que no hayan transcurrido más de cinco años desde la firmeza de la resolución que se impugna, y siempre que el comiso no hubiera sido ya ejecutado

7. **Valoración final**

La valoración más importante que puede hacerse de la reforma del comiso pasa por valorar sus dos dimensiones: la ampliación de su al-

cance, establecida en el Código penal, y la configuración del proceso especial e independiente de comiso.

Si sopesamos conjuntamente ambas dimensiones, recordando el comiso puede alcanzar formalmente a bienes que no proceden del delito enjuiciado, y que puede alcanzar un valor muy superior al del producto de un concreto delito, y que puede determinar la incautación de bienes que están en poder de terceras personas, y que puede producirse sin necesidad de que se ordene en una sentencia penal, llegaremos a una conclusión clara: que se ha producida la definitiva mutación de la naturaleza jurídica del comiso, ***que ya no podrá ser tenido como una consecuencia accesoria del delito***, por lo que resulta inadecuada su ubicación en el Código penal como una consecuencia accesoria.

Se puede incluso plantear *si subsiste el carácter penal de la institución del comiso* o es más prudente estimar que se trata de una vía jurídica que pueden tomar en diferentes situaciones los poderes públicos y no necesariamente vinculada a los delitos y sus responsables. Pero esa explicación, que sería plenamente coherente con la realidad legal (el decomiso, ordenado y regulado por la legislación administrativa, es mucho más frecuente en casos de contrabando que en la jurisdicción penal) no podría satisfacer un análisis penal que en todo caso es obligado, pues la reforma del comiso se presenta como una ***insoslayable necesidad político-criminal***, que determina, sin duda, el nacimiento de una figura jurídica sin precedentes, propia de una «nuevo tiempo» del derecho penal.

Queda ahora por ver si la aplicación práctica del «nuevo comiso» estará a la altura de las apariencias de las normas, se aplica con rigor y sin excepciones, cuenta con el necesario apoyo técnico y humano, y, por otra parte, si, en coherencia con su carácter «significativamente penal», el respeto a los derechos individuales en el manejo de presunciones legales no se «formaliza», como ha sucedido a veces en la jurisdicción administrativa tributaria. El tiempo lo dirá.

8. Bibliografía

- AGUADO CORREA, María Teresa: «Comiso: crónica de una reforma anunciada. Análisis de la Propuesta de Directiva sobre embargo y decomiso de 2012 y del Proyecto de reforma del Código Penal de 2013», en *InDret*, 1/2014.
- BLANCO CORDERO, Isidoro: «Comiso ampliado y presunción de inocencia», en L.M. PUENTE ABA (Dir.), *Criminalidad organizada, terrorismo e inmigración. Retos contemporáneos de la política criminal*, Ed. Comares, Granada, 2008.

- GALLEGO SOLER, Ignacio: «Artículo 127», en M. CORCOY BIDASOLO/S. MIR PUIG (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Reforma LO 5/2010*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- GARCÍA ARÁN, Mercedes: «Comentario al artículo 127 CP», en J. CÓRDOBA RODA-M. GARCÍA ARÁN (Dir.), *Comentarios al Código Penal. Parte General*. Marcial Pons, Madrid, 2011.
- HAVA GARCÍA, Ester: «Comiso (art. 127 y Disposición Final Sexta)», en F.J. ÁLVAREZ GARCÍA/J.L. GONZÁLEZ CUSSAC (Dir.), *Comentarios a la Reforma Penal de 2010*, Tirant lo Blanc, Valencia, 2010.
- MARTELL PÉREZ-ALCALDE, Cristóbal/ QUINTERO GARCÍA, Débora, «De las organizaciones y grupos criminales (arts. 570 bis, 570 ter y 570 quater CP)», en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios*. Aranzadi, Pamplona, 2010.
- PUENTE ABA, Luz María: «La nueva regulación del comiso en el Proyecto de Ley Orgánica, de 5 de mayo de 2003, por el que se modifica el Código Penal, en *Actualidad Penal*, n.º 39, 2003.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «La reforma del comiso (art. 127 CP), en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *La Reforma Penal de 2010: Análisis y comentarios*, Aranzadi, Pamplona, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: voz «Comiso», en J. Boix (Dir.), *Diccionario de Derecho Penal Económico*, Iustel, Madrid, 2008.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Sobre la ampliación del comiso y el blanqueo, y la incidencia en la receptación civil», en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, Granada, 12-r2, 2010.
- QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: «Blanqueo, comiso y tributación del dinero sucio» en E. DEMETRIO/ M. MAROTO (Coords.), *Crisis económica y derecho penal*, Universidad de Castilla La Mancha, 2014.
- RAMON RIBAS, Eduardo: «Comentario al Artículo 127 CP», en G. QUINTERO OLIVARES (Dir.), *Comentarios al Código Penal Español*, 7.ª ed., Thomson-Aranzadi, Pamplona, 2015.
- VIDALES RODRÍGUEZ, Catalina: «El comiso ampliado: consideraciones constitucionales», en *Constitución, Derechos Fundamentales y Sistema Penal (Semblanzas y estudios con motivo del setenta aniversario del profesor Tomás Salvador Vives Antón)*, Tomo II, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.

La suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad tras la reforma del Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo

Idoia Uncilla Galán

Magistrada. Juzgado de lo penal n.º 7, de ejecución penal. Bilbao

Sumario: I. Introducción. II. Modalidades de la suspensión de las penas privativas de libertad. 1. Suspensión ordinaria (art. 80.1 y 2 CP). a. Presupuesto básico. b. Requisitos legales. 1.º Primariedad delictiva. 2.º La pena o la suma de las penas impuestas no pueden superar los dos años. 3.º Satisfacción de la responsabilidad civil y del decomiso. 2. Suspensión extraordinaria para reos habituales o suspensión substitutiva (art. 80.3 CP). 3. Suspensión extraordinaria por razón de dependencia a sustancias tóxicas (art. 80.5 CP). III. Condiciones de la suspensión. 1. Prohibiciones y deberes del art. 83.2 CP. Prestaciones y medidas del art. 84 CP. IV. Cuestiones procesales. 1. Plazo de la suspensión. 2. Trámites para su concesión. 3. Cómputo de plazo de la suspensión, momento inicial. V. Modificaciones de las condiciones de la suspensión. VI. Revocación de la suspensión. VII. Remisión definitiva de la pena.

I. Introducción

La ley Orgánica 1/15, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal ha dado lugar a importantes cambios en la regulación de las alternativas al efectivo ingreso en prisión, para penas privativas de libertad de corta duración, en principio de hasta dos años, como son la suspensión de la ejecución de la pena y la sustitución por otra pena no privativa de libertad, modificando los artículos 80 al 87 del Código Penal y suprimiendo el artículo 88 del mismo texto legal.

Debe comenzarse diciendo que el principio inspirador de estas alternativas sigue siendo el mismo, el principio de subsidiariedad de la

pena privativa de libertad de corta duración, la cual solo debe ejecutarse ingresando en un centro penitenciario, cuando no exista otra alternativa o medio jurídico que permita lograr los fines de la misma (preventivo, retributivo y resocializador) sin privar efectivamente de libertad al penado.

El juez o tribunal sentenciador o ejecutor solo deberá optar por ejecutar la pena en sus estrictos términos, cuando los fines de la misma no puedan lograrse aplicando alguna de las alternativas legalmente previstas.

Partiendo de lo anterior, la reforma del Código Penal ha modificado en profundidad estas alternativas, modificando los requisitos legales que se venían exigiendo para poder acceder a ellas, ampliando las modalidades de la suspensión de la ejecución, dentro de las cuales se prevé ahora, como una modalidad más de suspensión, una sustitución «sui generis» de la pena y manteniendo la sustitución «stricto sensu» de forma residual en tres supuestos:

1. En artículo 72.1 CP, para las penas de prisión inferiores a 3 meses, que deben ser sustituidas imperativamente por multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente, eliminándose con la reforma la remisión que la regulación anterior hacía a los capítulos relativos a la suspensión y sustitución de las penas privativas de libertad.
2. En el artículo 53.1 CP, para las penas privativas de libertad derivadas de la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa, donde se regula, igual que antes de la reforma, la sustitución de la privación de libertad, bien por localización permanente para delitos leves (antiguas faltas) bien por trabajos en beneficio de la comunidad.
3. En el artículo 89 CP, para condenados extranjeros, donde se mantiene la sustitución de la pena de prisión de más de un año por la expulsión del penado del territorio nacional.

La finalidad de esta reforma, según señala la propia exposición de motivos es doble, por un lado, establecer «una mayor flexibilidad» para poder adaptar estas alternativas al caso concreto, lo que se traduce en un amplio margen de discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales a la hora de decidir sobre su concesión, bien reduciendo los requisitos objetivos necesarios para su aplicación, en concreto la primariedad delictiva, bien reduciendo las causas que daban lugar a la revocación del beneficio puesto que ya la simple comisión de un nuevo delito durante el periodo de suspensión no da lugar automáticamente a la revocación.

Ahora bien, esta mayor flexibilidad que se traduce en un incremento muy notable del margen de discrecionalidad del juez, no va acompañada, como sería deseable, de nuevas herramientas o medidas con las que el juez ejecutor pueda adoptar su resolución con mayor seguridad y conocimiento, pues no se prevé la posibilidad de solicitar informes a expertos en comportamiento humano como son los psicólogos, educadores, trabajadores sociales, que considero que son de todo punto necesarios para adoptar una decisión con garantías.

Por otro lado, se quiere dotar a la ejecución de las penas cortas privativas de libertad de un trámite más rápido, a fin de resolver en una sola resolución, si la pena debe ser ejecutada en prisión o no, en la fase inicial de la ejecución.

Sin embargo, este objetivo no se cumple en el desarrollo normativo posterior, dado que al no establecerse, de forma expresa, que la concesión de una alternativa excluye la concesión de otra, nada obsta a que pueda solicitarse una detrás de otra, dando lugar a una cascada de resoluciones, o que revocada una suspensión no pueda solicitarse y concederse otra modalidad de suspensión distinta a la inicial, considerando que la sola mención de lo dispuesto en la exposición de motivos al respecto, es insuficiente para denegar una nueva modalidad de suspensión si no ha existido un pronunciamiento previo denegatorio.

La única forma de resolver, al inicio de la ejecución, en un solo pronunciamiento es dar traslado a las partes para que aleguen lo que a su derecho convenga sobre todas las modalidades de suspensión actuales, requiriendo al penado para que en su caso acredite lo pertinente, por ejemplo, respecto a su toxicomanía y el tratamiento de deshabituación de consumo de drogas que esté realizando, que padece una enfermedad muy grave e incurable, que está dispuesto a abonar la responsabilidad civil en pagos fraccionados... y, a continuación, pronunciarse sobre cada una de ellas. Esta forma de proceder evitaría esa cascada de peticiones y de resoluciones posteriores, sobre todo, en el caso de que proceda denegar todas las modalidades de suspensión, dado que esta resolución, tras los posibles recursos de reforma y apelación, podría ejecutarse sin más demora.

Por el contrario, si se concede una de las modalidades de suspensión, no siempre tiene sentido pronunciarse sobre las restantes porque a veces pudiera concederse varias. Ahora bien, si después esta suspensión es revocada, podrá solicitarse otra modalidad de suspensión y concederse, sin que el actual artículo 86 de Código Penal vede, como tampoco lo hacía el antiguo artículo 84, la posibilidad de ejecutar la pena de prisión a través de alguna otra alternativa de las previstas, respecto de las que no haya habido un pronunciamiento previo expreso.

II. Modalidades de la suspensión de las penas privativas de libertad

Los nuevos preceptos del Código Penal que regulan la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad están situados, como en el anterior Código Penal, en el Libro I, Título III, capítulo III, sección 1.^a de dicho texto, en los artículos 80 al 87, donde se establecen actualmente cuatro modalidades de suspensión;

- 1.^a Suspensión ordinaria (art. 80.1 y 2 CP)
- 2.^a Suspensión extraordinaria para reos no habituales o suspensión sustitutiva (art. 80.3 CP)
- 3.^a Suspensión extraordinaria por razón de enfermedad muy grave e incurable (art. 80.4 CP)
- 4.^a Suspensión extraordinaria por razón de toxicomanía (art. 80.5 CP)

Fuera de este capítulo III, se sigue manteniendo la posibilidad de suspensión de cualquier pena por petición de indulto al Ministerio de Justicia, mientras no se resuelva el mismo, en el artículo 4.4 CP. Solo me referiré en esta ponencia a la suspensión regulada en el artículo 80 CP.

1. *Suspensión ordinaria (art. 80.1 y 2 CP)*

a. PRESUPUESTO BÁSICO

La reforma ha dado una nueva redacción, más extensa y precisa, del presupuesto básico necesario para poder acceder a la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad. Así frente a la escueta redacción del anterior artículo 80.1, donde se establecía que para la concesión de la suspensión «se atenderá fundamentalmente a la peligrosidad criminal del sujeto, así como a la existencia de otros procedimientos penales contra este», el actual artículo 80.1 CP dispone:

«Los jueces o tribunales, mediante resolución motivada, podrán dejar en suspenso la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a dos años cuando sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos.

Para adoptar esta resolución, el juez o tribunal valorará las circunstancias del delito cometido, las circunstancias personales del penado, sus antecedentes, su conducta posterior al hecho, en particular su esfuerzo para reparar el daño causado, sus circunstancias familiares y sociales, y los efectos que quepa esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las medidas que fueren impuestas.»

Es decir, el fundamento de la suspensión está en un pronóstico que el juez debe realizar sobre el comportamiento futuro del penado, un pronóstico de su peligrosidad criminal futura. El juez debe plantearse la siguiente pregunta ¿es necesaria la ejecución de la pena privativa de libertad para evitar que el penado vuelva a cometer nuevos delitos? Solo si la respuesta es negativa, es decir, la ejecución de la pena en prisión no se considera necesaria para lograr la reinserción social del penado y evitar la reiteración delictiva, podrá concederse la suspensión.

La regulación actual no menciona expresamente la peligrosidad criminal del condenado, pero ésta era y sigue siendo el criterio básico para la suspensión, un pronóstico de peligrosidad negativo, que late en la expresión «cuando sea razonable esperar» que no se van a cometer más delitos, añadiendo ahora las circunstancias o elementos que deben ser tenidos en cuenta por el juez para realizar este pronóstico.

En primer lugar, se establece como elemento a valorar, las circunstancias del delito cometido, sin mayor precisión, por lo que puede incluirse en este apartado tanto las circunstancias modificativas de la responsabilidad que se aplicaron, como la naturaleza del delito y su grado de ejecución.

En segundo lugar, se hace referencia a las circunstancias personales del penado, recogiendo más abajo, de forma reiterada a mi juicio, las circunstancias familiares y sociales. Dentro de este apartado se deberá valorar todas las circunstancias del penado en sus diferentes ámbitos vitales, social, laboral, familiar, sanitario, penitenciario (en el caso de que ya esté cumpliendo otras penas en prisión).

A continuación se mencionan los antecedentes, y dado que los antecedentes penales ya se recogen como requisito legal necesario para otorgar la suspensión, puede considerarse que en este apartado podrá tenerse en cuenta antecedentes que podemos llamar «procesales», entendidos como la existencia de otros procedimientos penales en trámite dirigidos contra el penado, como recogía la anterior redacción del artículo 80.1 párrafo 2.º, antecedentes vitales del penado que por el momento no han dado lugar a una condena. También se podrá tener en cuenta en este apartado, los antecedentes anotados en la hoja histórico-penal del condenado por delitos leves no cancelables, los cuales no son relevantes para determinar la primariedad delictiva del penado como luego veremos, pero desde luego, si son numerosos pueden evidenciar una muy importante peligrosidad criminal.

Se hace mención también a la conducta del penado posterior al hecho delictivo, lo cual va a ser de fundamental importancia, sobre todo, deberá tenerse en cuenta si existen condenas posteriores por hechos delictivos posteriores, es decir, condenas que no pueden tenerse en

cuenta como antecedentes penales, pero que evidencian una continuidad delictiva que llevan a un pronóstico de peligrosidad criminal elevado.

También se debe tener muy presente el esfuerzo hecho para reparar el daño causado, por cuanto que la reparación del mismo o una clara voluntad de hacerlo es un claro síntoma de reinserción social.

Por último, se deberá valorar los efectos que quepan esperar de la propia suspensión de la ejecución y del cumplimiento de las condiciones que se vayan a imponer, desde un punto de vista de prevención especial.

Como ya señala la exposición de motivos de la Ley Orgánica 1/15, se otorga a esta institución de mayor flexibilidad, lo que se traduce en un amplio marco de discrecionalidad del juez, pero sometido a unos criterios valorativos expresos que deberán aparecer debidamente explicitados en la argumentación jurídica de la resolución que decida sobre la suspensión.

El principal problema que ha existido siempre, y que sigue existiendo tras la reforma, es como hacer este pronóstico sin la ayuda de expertos como psicólogos, educadores, trabajadores sociales que puedan aportar información coherente y objetiva sobre las circunstancias personales del penado de carácter social, laboral, familiar..., dado que no se prevé la obligatoriedad de un informe psico-social previo. El juez, en principio, solo va a contar con los datos que le aporte el propio penado, si es que los aporta.

Sin la ayuda de estos profesionales, el pronóstico de peligrosidad se vuelve a reducir, como hasta ahora, a una valoración de las circunstancias personales del penado que este aporte, de las circunstancias del delito, de sus antecedentes penales y, respecto de los procesales, a los procedimientos que como mucho tenga incoados en la provincia (por lo menos a esto es a lo único que en el juzgado de ejecución de Bilbao tenemos acceso y de forma muy esquemática. De lo que pueda tener fuera, no se sabe, a no ser que se hay emitido una requisitoria contra él y conste anotada en el SIRAJ). Y a lo sumo, en juzgados donde se puedan estar ejecutando varias condenas respecto del mismo penado, a la comprobación de cómo se están cumpliendo las mismas.

Por supuesto que se puede solicitar al Servicio Vasco de Gestión de Penas este tipo de informes, pero dado el grado de saturación de trabajo que este servicio tiene actualmente, la emisión del informe puede dilatar mucho la decisión de una suspensión, que el actual artículo 82.1 CP dispone que debe adoptarse a la mayor urgencia. En cualquier caso, hubiera sido deseable que la previa emisión de un

informe multidisciplinar de manera similar al que se realiza por el equipo técnico de las prisiones para proceder a la clasificación penitenciaria, se hubiera establecido como requisito legal previo a la resolución judicial.

Para terminar este apartado, solo añadir que esta suspensión ordinaria se prevé para cualquier tipo de pena privativa de libertad, a saber, pena de prisión, pena de localización permanente y la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa.

b. REQUISITOS LEGALES

El artículo 80.2 CP establece actualmente que «serán condiciones necesarias para dejar en suspenso la ejecución de la pena», la primariedad delictiva, que la pena o la suma de las penas no superen los dos años y que la responsabilidad civil este satisfecha y se haya hecho efectivo el decomiso. Sin embargo, las matizaciones que se hacen al primer y tercer requisito determinan que estos no puedan considerarse como condiciones *sine qua non* para la suspensión, como veremos.

1.º Primariedad delictiva

Dispone el apartado 1.º del artículo 80.2 CP, que es condición necesaria para dejar en suspenso la ejecución de la pena:

«1.ª Que el condenado haya delinquido por primera vez. A tal efecto no se tendrán en cuenta las anteriores condenas por delitos imprudentes o por delitos leves, ni los antecedentes penales que hayan sido cancelados, o debieran serlo con arreglo a lo dispuesto en el artículo 136. Tampoco se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros.»

Se introduce, por tanto, una importante novedad que determina que la suspensión ya no se contemple sólo como una segunda oportunidad para el delincuente primario, sino que se amplía también a delincuentes que tengan antecedentes penales no cancelables, sean reinidentes o no, sean reos habituales o no, respecto de los cuales pueda establecerse un pronóstico favorable de comportamiento futuro alejado del delito. Por tanto, pueden acceder a la suspensión, por un lado, los delincuentes primarios, entendiéndose por tales aquellos que a la fecha de comisión del delito cuya pena se está valorando suspender,

no hayan sido condenados por delito doloso en sentencia firme y cuyo antecedente penal no esté cancelado o pueda serlo conforme a lo dispuesto en el artículo 136 CP.

Y ahora también, aquellos delincuentes que no puedan ser considerados primarios, por tener antecedentes penales no cancelables, siempre que estos por su naturaleza o circunstancias no sean relevantes para ese juicio de peligrosidad criminal que debe efectuarse como presupuesto básico de la suspensión, estableciéndose como parámetros a valorar, la naturaleza y circunstancias de estos delitos.

A mi juicio, podrán ser considerados delitos relevantes, un delito muy grave, desde luego si está tipificado en el mismo título de Código Penal que el delito respecto de cuya pena se valora la suspensión. También delitos de idéntica naturaleza menos graves, debiendo ponderarse en estos casos, su fecha de comisión con respecto del que se está valorando la suspensión, el número de antecedentes penales sin cancelar, entre otras variables.

Para terminar, se introduce también como novedad, de cara a determinar la primariedad delictiva, que no se tendrán en cuenta los antecedentes penales por delitos leves, lo que está en consonancia con el resto de reforma del Código Penal, que suprime el título de dedicado a las faltas, pero que transforma gran parte de ellas en delitos leves. No computándose anteriormente las faltas como antecedentes penales, tampoco se va a computar ahora para la suspensión, aunque si van a aparecer, como delitos que son, en la hoja histórico-penal de cada condenado.

2.º La pena o la suma de las penas impuestas no puede superar los dos años

Este segundo requisito está recogido en el artículo 80.2 CP estableciéndose:

«2.ª Que la pena, o la suma de las impuestas, no sea superior a dos años, sin incluir en tal cómputo la derivada del impago de la multa.»

Se mantiene por tanto el límite de dos años, sin tener en cuenta la responsabilidad personal subsidiaria derivada del impago de multa, siendo éste el único requisito del que puede actualmente predicarse que es condición necesaria de la suspensión, sin matización alguna.

Es importante recordar que al referirse la suspensión ordinaria a las penas privativas de libertad, la pena de responsabilidad personal subsidiaria sí puede ser suspendida, pues en caso contrario, sería hacer

de peor condición al condenado a una pena menos grave, como es la multa, que al penado a una pena de prisión. Lo que no puede hacerse es sumarla al cómputo total si concurre con otras penas privativas de libertad en la misma ejecutoria, para determinar el límite de dos años.

Por último, también destacar, que la localización permanente sí se suma a la pena de prisión que se hayan impuesto en una misma sentencia, no siendo la primera vez en que se llega a una conformidad de una pena de dos años de prisión junto con otra pena de localización permanente, en la creencia de que la pena de prisión puede ser suspendida de forma ordinaria, sin tener en cuenta este particular.

3.º Satisfacción de la responsabilidad civil y del decomiso

El artículo 80.2.ª CP establece actualmente qué será condición necesaria para la suspensión de la ejecución de la pena:

«3.ª Que se haya satisfecho las responsabilidades civiles que se hubieren originado y se haya hecho efectivo el decomiso acordado en sentencia conforme al artículo 127.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido en el plazo prudencial que el juez o tribunal determine. El juez o tribunal, en atención al alcance de la responsabilidad civil y al impacto social del delito, podrá solicitar las garantías que considere convenientes para asegurar su cumplimiento.»

La resocialización del penado ha marcado y sigue marcando la institución de la suspensión y esta resocialización exige principalmente, la satisfacción de la víctima y reparación del daño causado hasta donde sea posible.

La existencia de este requisito en la regulación anterior, exigiendo que la responsabilidad civil estuviera satisfecha para poder otorgar la suspensión, retrasaba la resolución de su concesión. Ahora no se exige el pago previo de la responsabilidad civil, bastando para dar por cumplido este requisito, un compromiso de pago futuro de acuerdo con la capacidad económica del penado, debiendo el juez valorar la oferta de pago que el condenado realice para comprobar su viabilidad, en un plazo prudencial que deberá fijarse en la resolución que conceda la suspensión.

Este compromiso puede ser tanto de un pago total diferido, una propuesta de pago fraccionado mensual, el ofrecimiento de bienes como pago....

Se añade además la posibilidad de que el juez pueda pedir garantías que estime convenientes para asegurar el pago, entre las que pueden nombrarse, un aval bancario, un embargo preventivo de un bien inmueble, hasta un simple compromiso personal del penado, no a través de su representación procesal, compareciendo a presencia judicial para otorgarlo.

Con relación a este tercer requisito de la suspensión, la Ley Orgánica 1/15 ha introducido, de forma específica para los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, el artículo 308 bis CP, donde se dispone:

«1. La suspensión de la ejecución de las penas impuestas por alguno de los delitos regulados en este Título se regirá por las disposiciones contenidas en el Capítulo III Título III del Libro III de este Código, completadas por las siguientes reglas:

1.^a La suspensión de la ejecución de la pena de prisión impuesta requerirá, además del cumplimiento de los requisitos regulados en el artículo 80, que el penado haya abonado la deuda tributaria o con la Seguridad Social o haya procedido al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas.

Este requisito se entenderá cumplido cuando el penado asuma el compromiso de satisfacer la deuda tributaria, la deuda frente a la Seguridad Social o de proceder al reintegro de las subvenciones o ayudas indebidamente recibidas o utilizadas y las responsabilidades civiles de acuerdo a su capacidad económica y de facilitar el decomiso acordado, y sea razonable esperar que el mismo será cumplido. La suspensión no se concederá cuando conste que el penado ha facilitado información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio.

La resolución por la que el juez o tribunal concedan la suspensión de la ejecución de la pena será comunicada a la representación procesal de la Hacienda Pública estatal, autonómica, local o foral, de la Seguridad Social, o de la Administración que hubiere concedido la subvención o ayuda.

2.^a El juez o tribunal revocará la suspensión y ordenará la ejecución de la pena, además de en los supuestos del artículo 86, cuando el penado no dé cumplimiento al compromiso de pago de la deuda tributaria o con la Seguridad Social, al reintegro de las subvenciones y ayudas indebidamente recibidas o utilizadas, o al pago de las responsabilidades civiles, siempre que tuvieran capacidad económica para ello, o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio. En estos casos, el juez de vigilancia penitenciaria podrá denegar la concesión de la libertad condicional.

2. En el supuesto del artículo 125, el juez o tribunal oirán previamente a la representación procesal de la Hacienda Pública estatal, autonómica, local o foral, de la Seguridad Social o de la Administra-

ción que hubiera concedido la subvención o ayuda, al objeto de que aporte informe patrimonial de los responsables del delito en el que se analizará la capacidad económica y patrimonial real de los responsables y se podrá incluir una propuesta de fraccionamiento acorde con dicha capacidad y con la normativa tributaria, de la Seguridad Social o de subvenciones.»

Este artículo establece como requisitos añadidos al régimen general de la suspensión, en primer lugar, que para que se pueda conceder el beneficio, el penado ha tenido que ser veraz en la información que sobre su situación económica haya dado al tribunal, algo que no se exige con carácter previo en el resto de delitos, respecto de los cuales, solo se prevé una sanción a esta falta de veracidad, en el artículo 86, de cara a resolver sobre la revocación o la remisión definitiva de la pena suspendida.

En segundo lugar, se establece que las administraciones perjudicadas sean oídas, con carácter previo, y no a la par que el resto de partes procesales, para que aporten toda la información patrimonial del penado de que dispongan y así poder valorar su capacidad económica, pudiendo presentar una propuesta de pago fraccionado de conformidad con la normativa tributaria, de la Seguridad Social o de subvenciones y la capacidad económica real del penado.

El legislador ha querido, para este tipo de delito, dar un paso más para garantizar la efectiva reparación del daño.

2. *Suspensión extraordinaria para reos no habituales o suspensión sustitutiva (art. 80.3 CP)*

El apartado tercero del artículo 80 CP establece una segunda modalidad de suspensión de la ejecución, que solo puede aplicarse a las penas de prisión, no a la localización permanente ni a la responsabilidad personal subsidiaria por impago de multa y solo para reos no habituales. Este apartado dispone:

«3. Excepcionalmente, aunque no concurren las condiciones 1.ª y 2.ª del apartado anterior, y siempre que no se trate de reos habituales, podrá acordarse la suspensión de las penas de prisión que individualmente no excedan de dos años cuando las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y en particular, el esfuerzo para reparar el daño causado, así lo aconsejen.

En estos casos, la suspensión se condicionará siempre a la reparación efectiva del daño o la indemnización de perjuicio causado conforme a sus posibilidades físicas y económicas, o al cumpli-

miento del acuerdo a que se refiere la medida 1.^a del artículo 84. Asimismo, se impondrá siempre una de las medidas a que se refiere los numerales 2.^a o 3.^a del mismo precepto, con una extensión que no podrá ser inferior a la que resulte de aplicar los criterios de conversión fijados en el mismo sobre un quinto de la pena impuesta.»

En realidad, esta modalidad de suspensión recoge los mismos requisitos que el antiguo artículo 88, actualmente derogado, exigía para la sustitución de la pena, a saber, solo penas de prisión, solo para reos no habituales y que «las circunstancias personales del reo, la naturaleza del hecho, su conducta y, en particular, el esfuerzo para reparar el daño así lo aconsejen.»

El antiguo artículo 88 CP también preveía la sustitución de las penas de hasta dos años pero no dejaba claro si para el cálculo de este límite, las penas impuestas se sumaban o no, dando lugar a dos posturas doctrinales. Ahora esta discusión ha quedado resuelta, puesto que expresamente se prevé que esta modalidad de suspensión se aplicará cuando las penas impuestas, individualmente consideradas, no superen ninguna los dos años de prisión.

Al tener que imponerse imperativamente, como condiciones de esta suspensión, bien una pena de trabajos en beneficio de la comunidad bien una multa, esta modalidad de suspensión se ha denominado como «suspensión sustitutiva» pero aunque participa de muchos elementos de la anterior sustitución, lo cierto es que estamos ante una suspensión, lo que implica que para dar por cumplida la pena de prisión inicialmente impuesta no basta, como antes, con cumplir la pena sustitutiva, sino que además el penado deberá como mínimo cumplir con las dos condiciones intrínsecas a toda suspensión, a saber, no delinquir durante el tiempo de la suspensión y abonar la responsabilidad civil o el decomiso, quedando sometida a los mismos requisitos en cuanto a plazos (art. 81 CP), resolución (art. 82 CP), condiciones añadidas a las específicas (arts. 83 y 84 CP), modificación de las condiciones (art. 85 CP), revocación (art. 86 CP) y remisión (art. 87 CP).

Para terminar este apartado, en el que no voy a detenerme más, pues otra ponencia de estas jornadas se va a dedicar específicamente a esta modalidad de suspensión, solo destacar que se da una vuelta de tuerca más a la exigencia del pago de la responsabilidad civil, debiéndose tener muy presente el esfuerzo hecho para reparar el daño, estableciéndolo como una condición expresa y debiendo en consecuencia, valorar con mayor rigor el cumplimiento de la misma a la hora de resolver sobre la revocación o remisión definitiva de la pena .

3. *Suspensión extraordinaria por razón de enfermedad muy grave e incurable (art. 80.4 CP)*

El apartado 4 del artículo 80 CP mantiene en los mismos términos que el anterior este tipo de suspensión, estableciendo:

«4.—Los jueces y tribunales podrán otorgar la suspensión de cualquier pena impuesta sin sujeción a requisito alguno en el caso de que el penado esté aquejado de una enfermedad muy grave con padecimientos incurables, salvo que en el momento de la comisión del delito tuviera ya otra pena suspendida por el mismo motivo.»

La única modificación es la no mención a los jueces y tribunales sentenciadores, lo cual carece de relevancia pues, conforme al artículo 82 CP, estos son los competentes para decidir sobre esta modalidad de suspensión o en todo caso el juez ejecutor, entendiendo que puede extenderse a todo tipo de penas, no solo las privativas de libertad, a las que la enfermedad imposibilite el cumplimiento, como por ejemplo la pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

Para esta suspensión, no se exige ninguno de los requisitos básicos, salvo el de que en el momento de delinquir, no se hubiera concedido ya al penado una suspensión por la misma razón.

Al regularse esta clase de suspensión junto al resto queda sometida a los mismos requisitos en cuanto a plazos (art.81 CP), resolución (art. 82 CP), condiciones específicas (art. 83 y 84 CP), modificación de las condiciones (art. 85 CP), revocación (art.86 CP) y remisión (art. 87 CP).

4. *Suspensión extraordinaria por razón dependencia a sustancias tóxicas (art. 80.5 CP)*

El apartado 5 del artículo 80 CP dispone:

«5.—Aun cuando no concurran las condiciones 1.ª y 2.ª previstas en el apartado 21 de este artículo, el juez o tribunal podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el numeral 2.º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabitado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

El juez o tribunal podrá ordenar la realización de las comprobaciones necesarias para verificar el cumplimiento de los anteriores requisitos.

En el caso de que el condenado se halle sometido a tratamiento de deshabituación, también se condicionará la suspensión de la ejecución de la pena a que no se abandone el tratamiento hasta su finalización. No se entenderá abandono las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabituación.»

Pocas son las modificaciones que se han introducido en esta modalidad de suspensión, anteriormente regulada en el artículo 87 CP. Se suprime la obligatoriedad de solicitar un informe médico forense, lo cual considero acertado, pues son muchos los casos en los que este informe no es necesario, dado que la relación de causalidad entre el delito y la adicción del penado ya se declara probada en sentencia y de la documentación aportada por los centros, donde el penado ha realizado el tratamiento o lo está realizando actualmente, queda igualmente acreditada la deshabituación conseguida o que se sigue tratamiento con evolución favorable. Ahora se deja al juez determinar qué tipo de pruebas va a practicar para comprobar el cumplimiento de los requisitos específicos de esta suspensión, siguiendo esa línea de mayor flexibilidad que se anuncia en la exposición de motivos.

También se ha eliminado la reincidencia como circunstancia específica a valorar para la concesión del beneficio.

Se mantiene la condición de no abandonar el tratamiento de deshabituación hasta la superación de la adicción o durante el periodo de suspensión, si el penado, al tiempo de la suspensión no estaba deshabituado, pero introduce como novedad que las recaídas puntuales en el consumo, no se consideren quebrantamiento de la condición, a efectos de una revocación del beneficio, si no se evidencia una voluntad de abandono definitivo del mismo.

Se suprime la obligación de que los centros informen directamente al tribunal, pero esta omisión puede entenderse suplida por lo dispuesto en el artículo 83.1.7 CP, en relación con el artículo 83.4 CP, donde se establece que el control del cumplimiento de la condición de participar en programas de deshabituación del consumo de drogas, alcohol o sustancias estupefacientes corresponde al servicio de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria (en la Comunidad Autónoma Vasca, Servicio Vasco de Gestión de Penas) quien deberá informar con una periodicidad, al menos semestral y en todo caso a su conclusión. También deben informar inmediatamente

de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos, así como de los incumplimientos.

Las penas que se pueden suspender en esta modalidad de suspensión son todas las privativas de libertad, pero no se aclara si el límite de pena a suspender de cinco años, debe computarse individualmente o sumándose todas las penas impuestas. Entiendo que al no establecerse expresamente, como si se hace en el apartado 3, el límite de cinco años debe referirse a la suma de las penas impuestas.

Por último, al regularse esta clase de suspensión junto al resto queda sometida a los mismos requisitos en cuanto a plazos (art.81 CP), resolución (art. 82 CP), condiciones añadidas a la específica de seguir el tratamiento (art. 83 y 84 CP), modificación de las condiciones (art. 85 CP), revocación (art.86 CP) y remisión (art. 87 CP).

III. Condiciones de la suspensión

La suspensión de la ejecución de las penas, en cualquiera de sus cuatro modalidades, queda sometida a dos condiciones generales intrínsecas a la suspensión, que se deducen de la interpretación conjunta de los artículos 80 y 86 CP y son, la obligación de no delinquir durante el plazo de la suspensión y, en su caso, la de pagar la responsabilidad civil o el comiso, en los términos que hayan sido autorizados, de modo que si se incumplieran estas condiciones, se podría revocar el beneficio de la suspensión.

No obstante, al no disponerse expresamente las mismas como condiciones en ninguno de los artículos que regulan la suspensión, es conveniente que en la resolución que otorga la suspensión se advierta expresamente al penado que no puede delinquir durante el periodo de suspensión y, en su caso, que debe abonar la responsabilidad civil en los términos establecidos, con el apercibimiento de que en caso de no cumplir estas condiciones, la suspensión pudiera ser revocada y ejecutarse la pena inicialmente impuesta.

Junto con estas condiciones básicas de toda suspensión, los artículos 83 y 84 CP establecen un listado de condiciones a las que puede quedar sometida la suspensión, dividiéndose en prohibiciones y deberes que se recogen en el artículo 83 y prestaciones y medidas en el artículo 84.

En principio, no existe límite alguno al número de condiciones que pueden imponerse, excepto la declaración genérica que se hace al comienzo del artículo 83 CP, donde se dispone que pueden imponerse to-

das las condiciones allí previstas «sin que puedan imponerse deberes y obligaciones que resulten excesivos y desproporcionados.»

Solo en la suspensión «sustitutiva» del artículo 80.3 CP es obligatorio la imposición de las prestaciones previstas en el artículo 84.1 del mismo texto legal, es decir, multa o trabajos en beneficio de la comunidad y cumplir el acuerdo de mediación alcanzado si existía.

1. *Prohibiciones y deberes del artículo 83 CP*

La imposición de estas prohibiciones y deberes es potestativa del juez, siempre que las estime necesarias para evitar la reiteración delictiva, salvo para los delitos relacionados con la violencia de género, donde se deben imponer imperativamente alguna de las ellas, como luego veremos.

1.^a «Prohibición de aproximarse a la víctima o aquellos de sus familiares u otras personas que se determine por el juez o tribunal, a sus domicilios, a sus lugares de trabajo o a otros lugares habitualmente frecuentados por ellos, o de comunicar con los mismos por cualquier medio. La imposición de esta prohibición será siempre comunicada a las personas con relación a las cuales sea acordada.»

Esta prohibición se establece como imperativa si la pena a suspender se corresponde con un delito cometido sobre la mujer por quien sea o haya sido su cónyuge, o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, según dispone el apartado 2 de este artículo.

Las únicas novedades que se introducen son la de comunicar estas prohibiciones a todas las personas respecto de las cuales se acuerde, algo que ya se venía haciendo por los juzgados y la concreción de alguno de los lugares a los que el condenado no puede acercarse como son el domicilio, lugar de trabajo y lugares habitualmente frecuentados por la víctima, sus familiares u otras personas que el juez designe, por ejemplo, amigos de la víctima.

2.^a «Prohibición de establecer contacto con personas determinadas o con miembros de un grupo determinado, cuando existan indicios que permitan suponer fundadamente que tales sujetos puedan facilitarle la ocasión para cometer nuevos delitos o incitarle a hacerlo.»

Esta prohibición es una novedad que puede ser útil en los llamados «delitos de odio» perpetrados por grupos organizados de ideologías extremas.

3.^a «Mantener su lugar de residencia en un lugar determinado con prohibición de abandonarlo o ausentarse temporalmente sin autorización del juez o tribunal.»

A la antigua prohibición de ausentarse sin autorización judicial se añade ahora la obligación de mantener la residencia en un lugar determinado sin poder cambiarla sin autorización.

4.^a «Prohibición de residir en un lugar determinado o de acudir al mismo, cuando en ellos pueda encontrar la ocasión o motivo para cometer nuevos delitos.»

Esta prohibición de residir en un lugar determinado, en principio solo puede imponerse si el penado, de acudir a aquel lugar pueda tener ocasión o motivo para volver a delinquir. Sin embargo, es de imposición obligatoria en el caso de delitos relacionados con la violencia de género (art.83.2 CP) reforzando la prohibición de no acercarse del ordinal 1.º.

En realidad la prohibición de acercarse a la víctima del ordinal 1.º ya supone que el penado no puede residir o ni entrar en el perímetro de seguridad que crea esta prohibición alrededor del domicilio, lugar de trabajo y demás lugares que frecuente la víctima, por lo que entiendo que la prohibición de residir puede simplemente circunscribirse a este perímetro de seguridad concretando que el penado no puede ni aproximarse ni residir en él o bien ampliar este ámbito de protección a una extensión superior prohibiendo al condenado residir en una determinada ciudad o provincia, por ejemplo.

5.^a «Comparecer personalmente con la periodicidad que se determine ante el juez o tribunal, dependencias policiales o servicio de la administración que se determine, para informar de sus actividades y justificarlas.»

Se ha añadido como novedad, la posibilidad de comparecer también ante dependencias policiales o de la administración que se determine y esta obligación puede utilizarse, por ejemplo, para controlar el cumplimiento de compromisos de pago de la responsabilidad civil obligando al penado a dar cuenta periódicamente de su situación laboral de cara a modificar el pago fraccionado aprobado si ya se previó que podría modificarse según su situación económica.

6.^a «Participar en programas formativos, laborales, culturales, de educación vial, sexual, de defensa del medio ambiente, de protección de los animales, de igualdad de trato y no discriminación, y otros similares.»

Se recoge ahora expresamente la participación en programas de igualdad de trato y no discriminación y esta condición es también de imposición obligatoria en caso de que la pena a suspender lo sea por un delito relacionado con la violencia de género (art.83.2 CP).

Decir respecto de esta condición que, así como la administración oferta programas de reeducación para la igualdad de trato y no discriminación por razón de género, no existe ningún otro programa, por lo menos en la Comunidad Autónoma Vasca, relativo a la educación vial, sexual, de protección de medio ambiente o de animales, pues ni la administración los oferta ni los subvenciona a través de asociaciones privadas u oenegés, por lo que este apartado sigue sin efectividad alguna quitando el ámbito de la violencia de género.

7.^a «Participar en programas de deshabituación al consumo de alcohol, drogas tóxicas, o sustancias estupefacientes, o de tratamiento de otros comportamientos adictivos.»

Se establece como novedad la participación en programas para superar otro tipo de adicciones distintas a la del consumo de sustancias tóxicas, como por ejemplo la ludopatía.

8.^a «Prohibición de conducir vehículos de motor que no dispongan de dispositivos tecnológicos que condicionen el encendido o funcionamiento a la comprobación previa de las condiciones físicas del conductor, cuando el sujeto haya sido condenado por un delito contra la seguridad vial y la medida resulte necesaria para prevenir la posible comisión de nuevos delitos.»

Esta prohibición es novedosa y lo lógico será imponerla a penados condenados por conducir bajos los efectos de alcohol o drogas (art 379.2 CP), aunque en principio se puede imponer respecto de cualquier delito contra la seguridad vial. Ahora bien, el delito del artículo 379.2 CP lleva siempre aparejado la pena de privación del permiso de conducir de 1 a 4 años por lo que esta condición, solo será operativa, si la pena de privación del derecho de conducir es inferior a 2 años o para penas superiores siempre que el plazo de la suspensión supere al de la pena de privación del permiso. También debe tenerse presente, si se va a imponer esta condición, que el artículo 47 párrafo 3.º CP establece la pérdida de vigencia del permiso de conducir para penas superiores a dos años, por lo que para poder volver a conducir durante la suspensión será necesario, no solo contar con el dispositivo tecnológico sino también recuperar el permiso de conducir.

9.^a «Cumplir los demás deberes que el juez o tribunal estime convenientes para la rehabilitación social del penado, previa conformidad de éste, siempre que no atenten contra su dignidad como persona.»

Esta cláusula de cierre se mantiene igual tras la reforma.

Para el control del cumplimiento de estas condiciones se establece, en los apartados 3 y 4 del artículo 83 CP, el auxilio de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado respecto de las prohibiciones de los ordinales 1.º al 4.º, atribuyéndose el control del cumplimiento de los deberes de los ordinales 6.º, 7.º y 8.º a los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la administración penitenciaria (en el País Vasco, Servicio Vasco de Gestión de Penas).

Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado deberán comunicar inmediatamente al Ministerio Fiscal y al juez o tribunal sentenciador, cualquier posible quebrantamiento o circunstancia relevante para valorar la peligrosidad del penado y la posibilidad de comisión futura de nuevos delitos.

Por su parte, los servicios de gestión de penas deberán informar al juzgado trimestralmente, en los casos de las obligaciones 6.^a y 8.^a y semestralmente para la obligación de participar en programas de deshabituación del consumo de sustancias tóxicas o de otros comportamientos adictivos (ordinal 7.º) y en todo caso, cuando termine el periodo de suspensión. También se les impone la obligación de informar inmediatamente de cualquier circunstancia relevante para valorar la peligrosidad criminal del penado, así como de los incumplimientos de las obligaciones impuestas o de su cumplimiento efectivo.

2. Prestaciones y medidas del artículo 84 CP

Estas prestaciones y medidas pueden también imponerse potestativamente en cualquier modalidad de suspensión del artículo 80 CP, aunque obviamente, no tiene sentido alguno imponer a un enfermo muy grave la realización de unos trabajos en beneficio de la comunidad.

Lógicamente solo se pondrán imponer si se consideran necesarios para evitar la comisión de nuevos delitos y rige el mismo límite de no ser ni excesivos ni desproporcionados.

1.^a «El cumplimiento del acuerdo alcanzado por las partes en virtud de mediación.»

Estos acuerdos actualmente se centran siempre en la reparación efectiva o simbólica del daño causado.

2.^a «El pago de una multa cuya extensión determinarán el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, que no podrá ser superior a la que resultase de aplicar dos cuotas de multa por cada día de prisión sobre un límite máximo de dos tercios de su duración.»

Se mantiene el mismo módulo de conversión que en la regulación anterior (un día de prisión —dos cuotas de multa) pero se establece como novedad, un límite máximo a la duración de la multa, a saber, dos tercios de la pena de prisión impuesta, aunque no un límite mínimo, salvo para la suspensión «sustitutiva del artículo 80.3 CP, respecto de la cual se establece un mínimo, de un quinto de la pena de prisión impuesta.

3.^a «La realización de trabajo en beneficio de la comunidad, especialmente cuando resulte adecuado como forma de reparación simbólica a la vista de las circunstancias del hecho y del autor. La duración de esta prestación de trabajos se determinará por el juez o tribunal en atención a las circunstancias del caso, sin que pueda exceder de la que resulte de computar un día de trabajos por cada día de prisión sobre un límite de dos tercios de su duración.»

Se parte también del mismo módulo de conversión que ya se establecía en el antiguo artículo 88 CP y se introduce el límite máximo de dos tercios de igual forma que para la multa, con el límite mínimo de un quinto para la suspensión «sustitutiva». Por ejemplo, sobre una pena de 15 meses de prisión el límite máximo de trabajos sería de 10 meses y el límite mínimo para el caso de la suspensión del artículo 80.3 CP, el de 3 meses.

Por otro lado, se prevé la imposición de los trabajos en beneficio de la comunidad no solo con una finalidad punitiva sino también reparadora, aunque en la práctica el contenido real de los trabajos poco tiene que ver con esa reparación simbólica a la víctima.

Respecto de la naturaleza jurídica de estas dos condiciones de la suspensión, nos da una pista de que se las considera como una pena sustitutiva de la prisión, el hecho que el artículo 86.3 CP abone al cumplimiento de la pena de prisión, las cantidades pagadas de la multa y las jornadas de trabajo que hubieran sido realizados.

El apartado 2 del artículo 84 CP introduce también una importante novedad respecto del antiguo artículo 88, actualmente derogado, puesto que prevé para los delitos cometidos sobre la mujer, por quien sea o haya sido su cónyuge o por quien esté o haya estado ligado a ella por una relación similar de afectividad, aun sin convivencia, o sobre los descendientes, ascendientes o hermanos por naturaleza, adopción o afinidad propios o del cónyuge, o sobre menores o personas con dis-

capacidad necesitadas de especial protección que con él convivan o se hallen sujetos a la potestad, tutela, curatela, acogimiento o guarda de hecho del cónyuge o conviviente, la posibilidad de imponer, como condición de la suspensión, una multa, aunque solamente cuando conste que no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común. Es decir, ahora se pueden imponer para este tipo de delitos multas pero siempre que esta no suponga un castigo añadido a la víctima o a su familia.

IV. Cuestiones procesales

1. *Plazo de la suspensión*

El nuevo artículo 81 CP mantiene los mismos plazos de la suspensión, a saber;

- De 3 meses a 1 año para la suspensión de penas leves, que actualmente se corresponde con los delitos leves.
- De 2 a 5 años para las penas privativas de libertad de hasta 2 años.
- De 3 a 5 años para la suspensión extraordinaria por razón de toxicomanía del artículo 80.5 del Código Penal.

Habiendo añadido el actual artículo 134 del mismo texto legal, que la prescripción de la pena se suspende durante el periodo de la suspensión de su ejecución, dejando ya resuelta una antigua disputa entre el Tribunal Constitucional y el Tribunal supremo.

2. *Trámite para su concesión*

El artículo 82 CP prevé ahora, con carácter general, pues antes solo se establecía como obligatorio en las sentencias de conformidad dictadas en procedimientos de Diligencias Urgentes (art. 787.6 LCRIM), que la suspensión de la ejecución de la pena se resuelva en sentencia «siempre que ello resulte posible». Si no lo fuere, tras la declaración de firmeza, habrá que pronunciarse a la mayor urgencia sobre dicha cuestión, previa audiencia de las partes.

Es cierto que no se prevé audiencia previa para resolver en sentencia, pero es obvio que así debe ser, por exigencia del derecho de de-

fensa y por analogía a lo dispuesto en el artículo 787.6 LECRIM, debiendo evacuarse esta audiencia en el acto del juicio.

Hay que recordar que la suspensión no está sometida al principio acusatorio y no es necesario que el Ministerio Fiscal la solicite, basta con oír lo que las partes tengan por conveniente alegar, para que el juez o tribunal se pronuncie en sentencia sobre la suspensión. Entiendo que si no se hace se deberá explicar en la sentencia las razones por las que no se ha podido pronunciarse, pues la regla general ahora es la de la obligatoriedad de pronunciarse en la misma.

Caso de no poderse resolver en sentencia, tras la declaración de su firmeza, se deberá resolver a la mayor brevedad sobre esta cuestión, previa audiencia de todas las partes, la acusación particular también, y a partir del día 28 de octubre, cuando entre en vigor el estatuto de la víctima del delito (art. 13 de la Ley 4/15 de 27 de abril) también de la víctima, si es su deseo participar en la ejecución de la pena impuesta, aunque no esté personada en la causa.

3. *Cómputo del plazo de la suspensión, momento inicial*

El apartado 2 del artículo 82 del Código Penal es claro al establecer que la suspensión se computará desde la fecha de la resolución que la acuerda, concretando que, si se hubiera concedido en sentencia, el plazo se computará desde la fecha en que esta hubiere devenido firme. *A sensu contrario*, si se acuerda en auto motivado posterior el cómputo del plazo comenzará desde su dictado, independientemente de la firmeza del mismo.

Esto es lo único que deja claro el precepto, porque respecto de las suspensiones acordadas en sentencias (quitando las de conformidad en las que el penado conoce íntegramente el contenido de la suspensión concedida al haber dado su expreso consentimiento) no existe una obligación legal de notificación personal de la sentencia dictada en primera instancia, pues intentada esta notificación personal si el penado no es hallado basta con la notificación a través de su representación procesal. Tampoco las sentencias de apelación se notifican personalmente. Llegados a este punto, se debe afirmar que difícilmente se podrá exigir al penado el cumplimiento de las condiciones de la suspensión si desconoce el contenido de ésta. Otro tanto cabe decir respecto de la suspensión acordada en fase de ejecución, por lo que, en todo caso, independientemente de cuándo debe iniciarse el cómputo del plazo, la resolución que la adopta debe ser notificada personalmente al penado

e informarle de las condiciones de la misma, así como de las consecuencias de su incumplimiento.

A mi juicio, el tiempo que va desde la firmeza de la sentencia o desde el dictado del auto de suspensión debe computarse como plazo de la misma, por así disponerlo el artículo 82.2 CP, pero hasta que no se notifique personalmente al penado, no podrá aplicarse ninguna de las consecuencias de su incumplimiento, es decir, si se comete un nuevo delito o se acerca a la víctima cuando se le había prohibido hacerlo, no podrá revocarse la suspensión si antes no se le ha notificado personalmente la suspensión, pues no puede exigirse el cumplimiento de algo que desconoce.

Por otro lado, la mención que se hace a la rebeldía («No se computará como plazo de suspensión aquel en el que el penado se hubiere mantenido en situación de rebeldía.»), tiene difícil encaje en la fase de ejecución, puesto que el concepto de rebeldía está vinculado a la fase de instrucción y enjuiciamiento, de forma que una vez dictada la sentencia, el condenado ya no está rebelde, sino que pasa a situación de penado.

Por dar una aplicación lógica a lo dispuesto por el legislador, partiendo del sentido de la rebeldía, como imputado que no está a disposición del tribunal, pudiera entenderse que un penado está rebelde en fase de ejecución, cuando no está a disposición del juzgado o tribunal para poder ejecutar la pena o penas impuestas y en consecuencia, considerar que si no se le ha podido notificar personalmente la suspensión, después de intentar localizarlo por la vías ordinarias de citación (en su domicilio, petición de nuevo domicilio a su representación procesal, consulta al padrón, oficio a la policía para averiguar su actual paradero...) y se le debe poner en busca y detención para ser presentado ante el tribunal a fin de notificar la suspensión, este tiempo, desde el auto o sentencia firme donde se acuerda, no puede computarse como plazo de suspensión.

Todo hubiese sido más sencillo si se hubiera acordado, en el artículo 82 CP, que el plazo de la suspensión comenzará desde la notificación personal al penado de la resolución que la adopta, previendo la posibilidad de denegar el beneficio si el penado no está a disposición del tribunal o, en su caso, una vez ya concedido, la posibilidad de revocarlo si no es hallado para notificarlo. Desde luego, el pronóstico de reinserción social de un penado, que ni siquiera está a disposición del tribunal que lo ha condenado para asumir las consecuencias de sus actos, no puede ser positivo y su probabilidad de comisión de delitos futuros es también elevada pues la sensación de impunidad de su conducta también lo es.

V. Modificaciones de las condiciones de la suspensión

El artículo 85 CP establece:

«Durante el tiempo de la suspensión de la pena, y a la vista de la posible modificación de las circunstancias valoradas, el juez o tribunal podrá modificar la decisión que anteriormente hubiera adoptado conforme a los artículos 83 y 84, y acordar el alzamiento de todas o alguna de las prohibiciones, deberes o prestaciones que hubieran sido acordadas, su modificación o sustitución por otras que resulten menos gravosas.»

Esto supone una importante novedad que está en consonancia con esa mayor flexibilidad a la que se quiere dotar a la suspensión de la ejecución de la pena, ya adelantada por la Exposición de Motivos. Ahora, a lo largo del plazo de la suspensión, se puede variar el contenido de la misma modificando las condiciones impuestas, sustituirlas por otras o dejarlas sin efecto siempre que un cambio de las circunstancias lo aconseje y con la única limitación de no modificar estas condiciones en contra del reo, imponiendo condiciones más gravosas que las iniciales.

Aunque lo que realmente resulta novedoso es que esta posibilidad de modificación no se excepciona para los delitos relacionados con la violencia de género y así las prohibiciones y obligaciones de las reglas 1.ª, 4.ª y 6.ª del artículo 83 CP, que son de imposición obligatoria puede que no deban cumplirse a lo largo de todo el periodo de suspensión, pudiéndose modificar y hasta dejar sin efecto, abriendo tímidamente un margen de discrecionalidad judicial, en un ámbito en el que prácticamente no existe una vez declarada la culpabilidad. Ahora se permite cierto margen de discrecionalidad, no siendo infrecuente que la propia víctima acuda al juzgado a solicitar que se deje sin efecto las prohibiciones de aproximación y comunicación. Pues si bien, las penas accesorias de prohibición de aproximación y comunicación con la víctima siguen sin poderse suspender ni modificar, se abre ahora una puerta para valorar las circunstancias concurrentes durante la suspensión y para modificar o dejar sin efecto la condición de no aproximarse ni comunicarse con ella. Hay que tener en cuenta que a veces estas penas accesorias, por razón del abono de la medida cautelar prevista en el artículo 58 CP, están ya cumplidas o se cumplen antes que las prohibiciones de la suspensión.

No se regula el proceso para decidir sobre la posible modificación, pero es lógico que se resuelva tras una audiencia a todas las partes y tras la práctica de las pruebas que se soliciten o el juez estime conve-

nientes, dictándose a continuación un auto motivado que podrá ser recurrido en reforma y apelación.

En cuanto a quien puede solicitar la modificación, estimo que cualquiera de las partes, también la víctima si ha manifestado su deseo de participar en la ejecución de la pena y de oficio por el propio juzgado o tribunal, generalmente previo informe de la Ertzantza o del Servicio Vasco de Gestión de Penas que estén controlando el cumplimiento de las condiciones.

Una vez modificadas las condiciones ¿podiera volver a imponerse las condiciones alzadas o sustituidas? Considero que sí pues sería volver a las condiciones iniciales, no imponiéndose condiciones más gravosas que las ya acordadas al principio.

VI. La revocación de la suspensión

El artículo 86 CP regula actualmente el régimen de la revocación de la suspensión de la pena, estableciendo cuatro causas, disponiendo que se revocará la suspensión y se ordenará la ejecución de la pena cuando el penado:

- a) «Sea condenado por un delito cometido durante el período de suspensión y ello ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida.»

Es decir, se suprime el automatismo anterior y ahora para proceder a la revocación será necesario valorar si ese nuevo delito, que puede ser doloso, imprudente o leve, determina que la expectativa que se tenía inicialmente de que no iba a ser necesaria la ejecución de la pena para evitar la reiteración delictiva, se ha visto frustrada o no.

Qué duda cabe que la comisión de un solo delito leve o imprudente es difícil que provoque una revocación, pero desde luego la comisión de nuevos delitos dolosos, máxime si son de idéntica naturaleza a aquel por el que fue condenado el penado, sí dará lugar fácilmente a la revocación, aunque en estos casos deberá tenerse en cuenta el número de delitos cometidos, su naturaleza, el tiempo transcurrido desde este último delito o delitos, el momento en que se cometió, si al principio o al final del periodo de suspensión, entre otros parámetros.

- b) «Incumpla de forma grave y reiterada las prohibiciones y deberes que le hubieran sido impuestos conforme al artículo 83, o se

sustraiga al control de los servicios de gestión de penas y medidas alternativas de la Administración penitenciaria.»

- c) «Incumpla de forma grave o reiterada las condiciones que, para la suspensión, hubieran sido impuestas conforme al artículo 84.»

Se prevén aquí dos causas distintas de revocación, incumplir las prohibiciones, deberes y condiciones impuestas y sustraerse del control de los servicios de gestión de penas.

En cuanto a la primera, se mantiene en los mismos términos que en el anterior artículo 84.2, que preveía la revocación para incumplimiento reiterado, añadiendo ahora también como causa de revocación el incumplimiento grave, aunque no sea reiterado.

Se suprime el automatismo del antiguo artículo 84.3 para los delitos relacionados con la violencia de género, pues ahora el incumplimiento de las condiciones imperativas para este tipo de delitos, de las reglas 1.ª, 4.ª y 6.ª del artículo 83 CP, no supone la revocación automática, sino que tales incumplimientos deben de ser graves o reiterados, abriéndose de nuevo tímidamente la puerta a la discrecionalidad judicial en el ámbito de la violencia de género.

Respecto de la segunda, supone un respaldo a la actividad de los servicios de gestión de penas, de forma que no bastará con participar en los programas establecidos como condición de la suspensión, sino que el penado deberá cumplir con las medidas de control que el servicio de gestión de penas imponga para supervisar el cumplimiento del programa, acordando, por ejemplo, acudir a dicho servicio de forma periódica para entrevistarse con el penado y comprobar la evolución del mismo.

- d) «Facilite información inexacta o insuficiente sobre el paradero de bienes u objetos cuyo decomiso hubiera sido acordado; no dé cumplimiento al compromiso de pago de las responsabilidades civiles a que hubiera sido condenado, salvo que careciera de capacidad económica para ello; o facilite información inexacta o insuficiente sobre su patrimonio, incumpliendo la obligación impuesta en el artículo 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.»

En esta última causa, salvo caso de insolvencia real, el incumplimiento del compromiso de pago de la responsabilidad civil, dará lugar a la revocación, habiendo hecho el legislador una fuerte apuesta para lograr la reparación de la víctima.

Si el incumplimiento de las prohibiciones, deberes o condiciones no es grave o reiterado, el apartado 2 del artículo 86 CP dispone que «el juez o tribunal podrá:

- a) Imponer al penado nuevas prohibiciones, deberes o condiciones, o modificar las ya impuestas.
- b) Prorrogar el plazo de la suspensión, sin que en ningún caso pueda exceder de la mitad de la duración del que hubiera sido inicialmente fijado.»

Cabe preguntarse si este apartado se puede aplicar solo al incumplimiento de las condiciones enumeradas en los artículos 83 y 84 CP o si puede hacerse extensible al incumplimiento no grave o reiterado de las condiciones básicas de la suspensión, a saber, no volver a delinquir y abonar la responsabilidad civil en los términos autorizados. Estimo que al referirse este apartado al incumplimiento no solo de prohibiciones y deberes sino también de condiciones de la suspensión, siendo estas dos condiciones intrínsecas a la misma, puede entenderse incluidas también aquí.

En estos casos, a diferencia del supuesto del artículo 85 CP, pueden imponerse condiciones más gravosas para el reo.

En cuanto al trámite para resolver este incidente, el artículo 86.4 CP prevé un trámite ordinario, en el que deberán oírse a todas las partes, practicándose las diligencias de comprobación que se estimen oportunas, hasta incluso celebrar una vista oral, si se considera necesario para resolver. Y un segundo procedimiento de urgencia, cuando la revocación y el ingreso en prisión del penado se estime imprescindible para evitar el riesgo de reiteración delictiva, el riesgo de huida del penado o asegurar la protección de la víctima. En este caso, las partes solo podrán hacer las alegaciones que estimen oportunas a la decisión judicial, a través del recurso de reforma o de apelación contra el auto dictado, que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 766.1 LECRIM, es ejecutivo.

Para terminar este apartado solo resta hablar de los efectos de la revocación, que son los siguientes.

En primer lugar, se ordenará la ejecución de la pena privativa de libertad suspendida. Y aquí cabe de nuevo preguntarse si podría concederse una nueva suspensión de la ejecución distinta de la inicialmente concedida. Según la exposición de motivos no debería ser así, pero ninguna norma lo prohíbe expresamente, por lo que entiendo que no sería suficiente para denegar tal posibilidad la mera mención de lo dispuesto en la exposición de motivos.

En segundo lugar, no se restituirá los gastos realizados por el penado para reparar el daño, conforme al apartado 1 del artículo 84 CP.

Y, en tercer lugar, se abonará a la pena los pagos y prestaciones de trabajos realizados conforme a las medidas 2.^a y 3.^a del citado pre-

cepto, conforme a los módulos de conversión allí establecidos (dos cuotas de multa pagadas —un día de prisión y una jornada de trabajo en beneficio de la comunidad realizado— un día de prisión).

VII. Remisión definitiva de la pena

El actual artículo 87 CP dispone:

«1. Transcurrido el plazo de suspensión fijado sin haber cometido el sujeto un delito que ponga de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida, y cumplidas de forma suficiente las reglas de conducta fijadas por el juez o tribunal, éste acordará la remisión de la pena.

2. No obstante, para acordar la remisión de la pena que hubiere sido suspendida conforme al apartado 5 del artículo 80, deberá acreditarse la deshabituación del sujeto o la continuidad del tratamiento. De lo contrario, el juez o tribunal ordenará su cumplimiento, salvo que, oídos los informes correspondientes, estime necesaria la continuación del tratamiento; en tal caso podrá conceder razonadamente una prórroga del plazo de suspensión por tiempo no superior a dos años.»

Transcurrido el plazo de la suspensión deberá solicitarse una hoja actualizada de antecedentes penales para comprobar si se ha delinquido dentro del plazo de la suspensión y se comprobará que se han cumplido, de forma suficiente dice la ley, las condiciones impuestas.

¿Será necesario un trámite de audiencia a las partes para acordar la remisión definitiva de la pena? desde luego el precepto no lo prevé, pero estimo que no, cuando solo se impuso la obligación de no delinquir o de pagar la responsabilidad civil y ambas condiciones están cumplidas o cuando se impuso el pago de una multa o realizar trabajos y también están cumplidos. Sin embargo, en el caso de otro tipo de condiciones, como participar en programas, en los que se debe valorar si la regla de conducta ha sido cumplida de forma suficiente, podría darse audiencia a las partes antes de resolver.

Por último, en la suspensión por toxicomanía del artículo 80.5 CP, para acordar la remisión definitiva de la pena suspendida el penado deberá acreditar además que ha logrado la deshabituación al consumo de las sustancias a las que era adicto o si no, que continua en tratamiento y en este caso, podrá acordarse, en resolución motivada, una prórroga del plazo de la suspensión de hasta dos años más.

Las condiciones para la suspensión de la ejecución previstas en el artículo 84 CP y comentarios a la sustitución por expulsión regulada en el artículo 89 CP

Natividad Esquiú Hernández
Fiscal. Fiscalía Provincial de Bizkaia

Si hacemos un poco de memoria sobre las noticias que acompañaron a la aprobación parlamentaria y, posteriormente, a la publicación de la reforma del Código Penal recordaremos que el Gobierno responsable aludía a un endurecimiento de las penas y nos sumergía en las discusiones sobre una posible conculcación de los Derechos Humanos al introducir la pena de prisión permanente revisable. Con eso nos quedábamos y con la idea de que íbamos a contar con una sociedad más segura pues la cárcel iba a ser el destino inevitable de muchos infractores. Nada más lejos de la realidad.

I. Las condiciones para la suspensión de la ejecución previstas en el artículo 84 CP

El anterior artículo 88 CP regulaba tres posibilidades de sustitución de una pena privativa de libertad de hasta seis meses, un año o, excepcionalmente, dos años de duración, al admitir la conversión de la misma en multa, trabajos en beneficio de la comunidad o localización permanente.

En principio pudiera entenderse que se trataba de una forma de evitar el ingreso en prisión para aquellos que eran reincidentes pues lo único que exigía el precepto es que no se tratara de reos habituales (es decir, que tuvieran tres o más condenas por delitos del mismo capítulo en el plazo de cinco años, artículo 94 CP). Tener un antecedente penal, o incluso más, no era obstáculo para la concesión de la suspensión

siempre que no se advirtiese un pronóstico de peligrosidad criminal que aconsejara el cumplimiento de la pena en prisión.

Sin embargo, la práctica demostraba que no sólo se concedía en esos casos sino que también, aquellas personas que en principio pudieran haber sido merecedoras de la suspensión de la ejecución, optaban por la sustitución con el fin de acelerar los plazos de cancelación de los antecedentes penales y, sobre todo, para evitar el riesgo de que la comisión de un nuevo delito durante el plazo de suspensión diera lugar a la revocación del beneficio y a la obligación de cumplir la pena del nuevo delito y la del anterior.

El tenor del precepto indicaba el momento en el que era posible convertir la pena privativa de libertad al señalar que podía realizarse antes de dar comienzo a la ejecución. Dicha mención temporal dio lugar a diversas interpretaciones pues para unos el comienzo de la ejecución venía determinado en un momento inmediatamente posterior a la firmeza de la sentencia que imponía la pena de prisión. Sin embargo, otro sector, cuya opinión prevaleció sobre la anterior, consideró que la sustitución podía efectuarse en cualquier momento, incluso en los casos de cumplimiento de una pena privativa por revocación de la suspensión al delinquir durante el periodo concedido. Esto suponía que, pasados los dos años de suspensión de la ejecución, si el condenado había cometido un nuevo delito durante ese periodo se valorase la conveniencia de darle una nueva oportunidad, evitando un ingreso en prisión y se acordase la sustitución por trabajos en beneficio de la comunidad o por multa.

Todo ello ha sufrido un importante cambio.

Por un lado, la reforma ha dejado sin contenido el artículo 88 CP y, por otro, ha introducido numerosas novedades en la aplicación de los trabajos en beneficio de la comunidad al incorporarlos al ámbito de la suspensión de la ejecución ampliando notablemente, por importación del sistema alemán, su campo de actuación en el ordenamiento jurídico español que tradicionalmente estaba restringido a tres campos: como pena principal (ahora en los delitos previstos y penados en los arts. 153.1, 171.7, 172.3, 172 ter, 173.4, 244, 270.2, 274.3 y 379 CP), en el ámbito de la sustitución penal del artículo 71.2 CP cuando se trata de ejecutar una pena de prisión inferior a tres meses de duración y, en tercer lugar, como responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa regulada en el artículo 53 CP.

A grandes rasgos y por lo que respecta a la regulación de la pena de trabajos, la misma se mantiene en el artículo 49 CP. La sanción conserva su estructura habitual salvo en lo que respecta a la duración máxima que ahora será de un año frente a los 180 días anteriores.

Lo que debemos plantearnos es si los trabajos impuestos en el marco de la suspensión ostentan o no su naturaleza de pena privativa de derechos y si se les puede hacer extensivo el contenido del artículo 49 CP.

El tenor de los artículos 80.3 y 84 que los denomina «prestación o medida a cuyo cumplimiento se condiciona la concesión y el mantenimiento de la suspensión de la pena privativa de libertad hace indicar que no son una pena. Y ello, a pesar de que la exposición de motivos de la ley insista en llamarla de esa manera. Sin embargo, no son la consecuencia derivada directamente de una infracción penal, ni se imponen en sentencia. Tan sólo acompañan a la ejecución condicionando la suspensión. Además, los trabajos que se imponen en el ámbito de la suspensión tienen una duración propia prevista en el artículo 84 CP y no sometida al régimen general. E igualmente su incumplimiento recibe un tratamiento específico en el artículo 86 CP diferente del regulado en el artículo 49.6 CP.

En definitiva, la Sección del Código Penal que bajo la rúbrica «de la sustitución de las penas privativas de libertad» agrupaba dos artículos, el 88 y 89 CP, se queda ahora con el único contenido de este último que regula la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional. Ya no cabe la sustitución de la pena por multa o trabajos en beneficio de la comunidad. Estas han pasado de ser penas sustitutivas a prestaciones o medidas.

Y como tales prestaciones o medidas se regulan ahora de dos maneras. Una imperativa y otra de imposición potestativa.

Como imperativa en caso de suspensión de la ejecución cuando no se trata de un delincuente primario. El apartado tercero del artículo 80 CP es una novedad en nuestra legislación. Permite acordar la suspensión de la ejecución, aunque el sujeto tenga antecedentes penales. Su aplicación es excepcional, dice el precepto, para penas privativas de libertad que individualmente (y esto a diferencia de la suspensión ordinaria que obliga a la suma de todas las penas impuestas para alcanzar esa cifra) no excedan de dos años y no puede aplicarse a reos habituales. La concesión de la suspensión queda condicionada a la reparación del daño, a la indemnización del perjuicio causado y al cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación, en su caso, y siempre se impondrá el pago de una multa o la realización de trabajos en beneficio de la comunidad. Con ello se garantiza que la parte aflictiva de la pena no quede ignorada con la concesión de la suspensión.

La segunda posibilidad es la imposición potestativa como condición a la suspensión de la ejecución. Está prevista en el artículo 84 CP cuando se dice que el juez o tribunal podrá condicionar la suspensión

de la ejecución de la pena al cumplimiento de alguna o algunas de las siguientes prestaciones o medidas: cumplimiento del acuerdo alcanzado en mediación, pago de una multa o realización de trabajos en beneficio de la comunidad.

Pueden ser acumulativas e imponerse dos o más de las relacionadas y se observa que se realiza una curiosa combinación pues las medidas tienen diferente naturaleza. El proceso de mediación no podrá ser nunca obligatorio pues por su propia naturaleza tiene carácter voluntario y los trabajos en beneficio de la comunidad no pueden imponerse sin el consentimiento del penado según el artículo 49 CP. La única que puede ordenarse sin contar con la voluntad del penado es la multa.

En la anterior legislación, el incumplimiento de la pena sustitutiva daba lugar al cumplimiento de la pena de prisión inicialmente impuesta. En la actual regulación, durante su ejecución, caben tanto la modificación, como la sustitución por otras medidas, como su alzamiento (art. 85 CP). Su incumplimiento no siempre conllevará la revocación de la suspensión. Aquí se introduce un matiz de discrecionalidad. Si el incumplimiento no es grave o reiterado es posible imponer nuevas medidas, modificar las impuestas o prorrogar el plazo (art. 86.2 CP). En caso contrario, se producirá la revocación y la ejecución de la pena.

La reforma suprime el régimen especial de revocación en caso de incumplimiento de obligaciones impuestas en casos de violencia de género. Para éstas, el simple incumplimiento determinaba automáticamente la revocación sin exigirse que fuera grave o reiterado. Ahora se somete al régimen general lo que permite matizar la respuesta de modo más razonable ante incumplimientos puntuales que por sus circunstancias no revelan voluntad de sustraerse con carácter general a los mismos o en los que la propia víctima ha podido tener alguna participación. En definitiva, se trata de una invitación a evitar respuestas automáticas con efectos, a veces, indeseados.

Finalmente, no podemos dejar de mencionar la modificación del régimen de suspensión para los que hubieran delinquido a causa de su drogodependencia. Su regulación actual se encuentra en el apartado 5.º del artículo 80 CP. Es decir, se somete al régimen general de la suspensión. Desaparece el preceptivo informe del médico forense, la expresa mención a la obligación de los centros de deshabituación de presentar periódicamente los informes de evolución de los internos y la posibilidad de acordar una prórroga por tiempo no superior a dos años si se estimara necesaria la continuación del tratamiento. Como novedad es que se contempla específicamente lo que ya venía efectuándose en la práctica. No se entenderán abandono a los efectos de revocación

las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabituación.

II. Comentarios a la sustitución por expulsión regulada en el artículo 89 CP

La principal novedad de la reforma viene dada por la imposibilidad de acordar la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional cuando se trate de penas privativas de libertad de un año o inferiores.

Como dato curioso y que puede encontrarse sin mucha dificultad en la página oficial del INE: En 2013 se impusieron 608.901 penas en sentencias firmes. De ellas 153.950 fueron de prisión y de ellas, el 91,6 % fueron de una duración de cero a dos años. No se hace mención específica a las penas de hasta un año de duración. Sin embargo, si a su vez, de ellas, vemos que en su mayor parte se trata de delitos contra el patrimonio, lesiones, contra la seguridad vial y contra el orden público podemos alcanzar a ver la envergadura de la reforma y la importancia de la eliminación de la expulsión en los delitos con penas de un año de prisión o inferiores a esa duración. De ahí la reflexión inicial. La sustitución por la expulsión que antes era la norma general ha venido a ser cuantitativamente modificada en su eficacia práctica.

En parte, son razones de adecuación de la respuesta punitiva al principio de proporcionalidad las que inspiran la reforma. Con frecuencia hemos visto que ante hechos de escasa entidad la expulsión del territorio parecía una respuesta exagerada.

En la misma línea de respeto al principio de proporcionalidad y de protección de los derechos humanos de los extranjeros en España cabe entender la introducción por primera vez en el texto legal de lo que hasta ahora había sido una construcción jurisprudencial. En su origen no se preveían excepciones a la norma general que era la expulsión. Fueron los Tribunales los que matizaron el tenor literal del artículo e introdujeron la necesidad de considerar al arraigo en territorio nacional como criterio determinante para acordar o no la medida. Ahora se da un paso mayor y el apartado cuarto del artículo 89 CP establece que no se acordará la expulsión cuando, a la vista de las circunstancias del hecho y las personales del autor, en particular su arraigo en España, la expulsión resulte desproporcionada. En la práctica son motivos de arraigo exclusivamente familiar las que se tienen en cuenta por los tribunales. En principio sólo cabe respecto de parientes directos: esposa o pareja de hecho, hijos y padres que sean españoles o estén regula-

rizados en España. En el caso de los hijos bastará con el nacimiento en España. Resulta preciso que exista una vida familiar, es decir, que el condenado y sujeto de una posible expulsión cumpla efectivamente con sus obligaciones familiares. El supuesto de arraigo laboral es sumamente difícil en la práctica. Se exige que el extranjero haya trabajado de manera continuada al menos un año. También existe lo que se denomina arraigo por permanencia. Supuesto excepcional de una persona que lleva tanto tiempo en España, generalmente desde la infancia, que pueda llegar a ser considerado un extranjero en su propio país.

No obstante, estas importantes exclusiones, lo cierto es que a partir de un año de privación de libertad parece que la medida se impone si bien la solución es distinta según la cuantía de la pena.

Si se trata de pena de más de un año y hasta cinco (incluido el supuesto de que dicha cifra sea alcanzada por la suma de las impuestas): la norma general es la expulsión salvo que razones de defensa del orden jurídico aconsejen el cumplimiento de la pena y ello no en su totalidad pues llegados a cierto tramo concreto (no superior a los dos tercios o cuando se acceda al tercer grado o sea concedida la libertad condicional) será acordada la expulsión.

Si se trata de penas superiores a los cinco años de prisión (cifra que puede alcanzarse con la suma de las impuestas, como hemos dicho) la norma es el cumplimiento de una parte de la misma en España. El cambio viene dado por la discrecionalidad en cuanto al periodo de cumplimiento ya que, además de ordenar la expulsión cuando acceda al tercer grado o a la libertad condicional, como en el caso de las penas de uno a cinco años, se impone la sustitución cuando se haya cumplido la parte de la pena que se determine. No se mencionan condiciones ni plazos ni periodos.

No obstante, lo manifestado, existe una novedad muy importante que amplía el campo del sujeto pasivo y que, francamente, resulta difícil de asumir. Es la expulsión judicial de extranjeros residentes legalmente en nuestro país. El nuevo precepto habla de la expulsión de ciudadanos extranjeros frente al «extranjero no residente legalmente» del anterior artículo 89 CP. Esta generalización que no tiene en cuenta una situación de residencia normalizada fue objeto de numerosas enmiendas en el Senado. Sin embargo, el texto se publicó incólume.

Dicha ampliación indiscriminada, si vamos un poco más allá de la mera sorpresa que supone un cambio tan radical veremos que podría ser coherente con el conjunto del artículo. Es cierto que se incluyen en la expulsión a sujetos residentes e incluso residentes comunitarios, pero también es cierto que, como hemos avanzado, las posibilidades de elu-

dir la sustitución son elevadísimas por lo que podría considerarse que, más allá de una deficiente reforma desde el punto de vista técnico, no va a tener demasiada aplicación pues, en numerosas ocasiones, el residente legal podrá acreditar un arraigo suficiente en territorio nacional que le excluya de la medida.

Respecto de los residentes comunitarios se debe hacer una mención especial. Ahora el Código regula lo que venía contemplándose en la legislación administrativa española y comunitaria. Debe señalarse que para la expulsión de estos ciudadanos se añade un plus al requerirse que represente una amenaza grave para el orden público o la seguridad pública, conceptos estos demasiado amplios para el rigor que se precisa en el derecho penal y que el propio artículo trata de delimitar obligando a efectuar un juicio de peligrosidad al referirse que hay que atender a los antecedentes y circunstancias personales del individuo y a la gravedad del delito cometido. Si el ciudadano comunitario llevara residiendo diez años en España se matizan las razones para la expulsión realizando una confusa redacción puesto que procederá la expulsión cuando haya sido condenado por unos delitos concretos como son contra la libertad sexual o terrorismo. No obstante, no queda claro si en esos casos es imperativa la expulsión o es una decisión discrecional. Parece que una interpretación sistemática nos inclina a considerar que se precisa de un riesgo para la seguridad pública como base necesaria y a ese requisito añadiríamos la naturaleza del delito cometido.

También existen cambios en las consecuencias del regreso antes del periodo establecido quebrantando la prohibición de entrada. La norma es que se cumpla la pena sustituida, lo que ya estaba previsto en la anterior redacción. La novedad es la posibilidad de aplicar el arbitrio judicial: la pena sustituida puede acortarse. El juez o tribunal puede reducir su duración cuando el cumplimiento de la pena sea innecesario para restablecer el orden jurídico. Para limitar esa discrecionalidad se alude al tiempo transcurrido desde la expulsión y el regreso y las circunstancias en que se haya producido el regreso.

En cuanto al momento procesal para acordar la medida, en la anterior redacción, la sustitución por expulsión podía ordenarse en sentencia o por auto motivado posterior. No existía un momento preferido. En la reforma el legislador ha optado por establecer que la norma general sea la de imponer la sustitución en sentencia y sólo cuando no resulte posible hacerlo, cabrá el acuerdo posterior. Se trata de una mención estéril habida cuenta de que la práctica demuestra que la mayor parte de los acusados, pese a que son requeridos con anterioridad, no tienen una conducta activa para demostrar su arraigo durante la instrucción

de la causa ni tampoco en el momento del Juicio Oral por lo que, en la mayoría de las ocasiones la decisión se quedará para ejecución de sentencia.

Como conclusión podríamos decir que el elemento inspirador de la nueva regulación es, sin duda, agilizar la ejecución de las causas penales. Las expulsiones son difíciles y costosas. La dificultad estriba en la necesidad de contar con una documentación válida para que los países de los que son nacionales les acepten como tales. El coste económico es elevadísimo. La materialización de la expulsión es enormemente cara y las posibilidades de quebrantar la prohibición para volver a residir en España de manera clandestina, enormes.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas

Jesús Alfonso Poncela García
Magistrado. Audiencia Provincial de Álava

Sumario: I. Introducción. II. Antecedentes legislativos. 1. Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal. 2. Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código penal. 3. Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código penal. 4. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Justificación de la reforma. III. Características del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica. IV. Teoría del delito de la persona jurídica. Tipicidad objetiva. V. La culpabilidad de la persona jurídica y los programas de cumplimiento normativo. VI. Circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal y el órgano encargado del programa de cumplimiento normativo. VII. Circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal. VIII. Sistema de penas y su individualización. IX. La extinción de la responsabilidad penal y sus excepciones. X. Las consecuencias accesorias del artículo 129. XI. Cuestiones procesales.

I. Introducción

En nuestra tradición jurídica y sobre los fundamentos de un modelo claramente humanista, se construyó una defensa férrea de la responsabilidad penal individual que dejaba fuera del alcance del Derecho penal a las personas jurídicas. Con el famoso aforismo romano *societas delinquere non potest* como bandera, se plantearon serias objeciones doctrinales a la posibilidad de considerar a los entes jurídicos como sujetos activos del delito, reservas mentales al fin y al cabo que hallaban causa en el carácter ético o moralizante de nuestro tradicional Derecho penal.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-15759-81-2, núm. 12/2016, Bilbao, págs. 99-140

Básicamente, se decía que las personas jurídicas no pueden incurrir en responsabilidad criminal, porque son incapaces de acción y de culpabilidad, por lo que exigirles dicha responsabilidad violaría los principios constitucionales de personalidad de las penas y de culpabilidad, pues se les imputaría una acción y una culpabilidad que no es suya, sino de la persona física que las dirige o gestiona.

No obstante y al mismo tiempo, se aceptaba sin polémica en el ámbito mercantil, civil, fiscal y laboral la idea de que la persona jurídica actúa por sí misma, con capacidad autónoma de representación de sus propios intereses, soportando ella las consecuencias de sus decisiones. Singularmente, a las personas jurídicas (sociedades, fundaciones, asociaciones, empresas) se las ha venido sancionado sin ningún problema en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, ya que se considera que son capaces de realizar infracciones administrativas, puesto que pueden violar de forma culpable las normas que disciplinan su comportamiento; se les ha reconocido capacidad para realizar cualquier tipo de *acción*, también de carácter ilícito, y capacidad para soportar una *sanción*, si la infracción era *culpable*.

Y así, en el ámbito del Derecho penal, surgió el debate sobre la posibilidad de construir un sistema de responsabilidad para las personas jurídicas respetuoso con sus presupuestos históricos (acción, culpabilidad).

El caso es que el legislador español irrumpió en ese debate científico con elevadas dosis de pragmatismo, zanjando discusiones y estableciendo como derecho positivo los resultados de una discusión aún no cerrada doctrinalmente.

No fue pionero en ello. Los ordenamientos jurídicos de la Europa continental, presionados por el proceso de armonización internacional del derecho penal y bajo la influencia del Derecho anglosajón (principalmente el norteamericano), se han visto impulsados a abandonar el principio *societas delinquere non potest*. En los Convenios internacionales, como, por ejemplo, el Convenio de Derecho Penal contra la Corrupción (Convenio número 173 del Consejo de Europa, hecho en Estrasburgo el 27 de enero de 1999), el Convenio sobre la Ciberdelincuencia (Convenio número 185 del Consejo de Europa, hecho en Budapest el 23 de noviembre de 2001) o el Convenio sobre la Lucha contra la Corrupción de Agentes Políticos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales (hecho en París el 17 de diciembre de 1997), o en las Decisiones marco de la Unión Europea, aparece como una cláusula de estilo la necesidad de prever sanciones contra las personas jurídicas ante ciertas infracciones. Es cierto

que dichas sanciones pueden ser penales o administrativas (no se impone imperativamente la vía penal), pero en aproximadamente una década la mayoría de los países de nuestro entorno se han decantado por la solución punitiva.

Es evidente que vivimos en un mundo globalizado donde las personas jurídicas son actores económicos principales e imprescindibles; son una auténtica realidad social con una existencia distinta de la de los miembros que la componen, y una voluntad también propia. La criminalidad económica tiene su origen generalmente en empresas grandes y poderosas y no pueden afrontarse eficazmente sus peligros penando a una sola persona física que puede fácilmente ser reemplazada. Si la empresa es transnacional, con órganos de decisión en el extranjero, puede que ni siquiera pudiera actuarse penalmente contra la persona física culpable.

Por otro lado, la posibilidad de sancionar penalmente a las personas jurídicas tiene un claro efecto preventivo, al estimular a sus responsables a implementar sistemas de operar en el mercado que sean respetuosos con la legalidad jurídico penal, en justo equilibrio con los riesgos que en la sociedad introducen sus actividades empresariales. De lo que se trata en estos casos es de exigir de las empresas que, en cierta medida, asuman una tarea pública, y que se autorregulen con el fin de ponerse al lado del Estado en la tarea de proteger accionistas o consumidores, evitar hechos delictivos y controlar nuevos riesgos. La eficacia de este *self policing* descansa sobre una constatación empírica que nadie discute, que la empresa se encuentra en mejores condiciones que el Estado para controlar el comportamiento de sus agentes. La responsabilidad de las personas jurídicas se enmarca así dentro de un nuevo pacto entre Estado y poder corporativo, donde, a cambio de los beneficios derivados de la responsabilidad limitada y de la cada vez mayor libertad económica, éste se compromete al cumplimiento de determinados fines públicos.

Además, la responsabilidad penal de las personas jurídicas ofrece claras ventajas adicionales, pues implica mayores niveles de protección civil de las víctimas. De esta manera, ya no será necesario condenar a una persona física para que responda en la reparación de los perjuicios otra (la jurídica) más solvente, y simultáneamente se evita forzar la condena de una persona física para que sea posible y efectiva la indemnización a las víctimas.

En definitiva, existía una imperiosa exigencia de política criminal para dar entrada a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la hay para aplicarla.

II. Antecedentes legislativos

1. *Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*

El primer paso del largo camino hacia el establecimiento de la responsabilidad penal de la persona jurídica lo dio el Código de 1995 con su artículo 129, que introdujo las llamadas consecuencias accesorias¹.

Este precepto causó el desconcierto de la doctrina y abrió inmediatamente un vivo debate dogmático acerca de la naturaleza jurídica de tales consecuencias. Las opiniones abarcaron desde considerarlas instrumentos reparatorios civiles hasta calificarlas de sanciones penales (lisa y llanamente o de carácter peculiar), pasando por la consideración de medidas administrativas, medidas de seguridad o la rotunda negación de su naturaleza de sanción. Lo cierto es que no se encontraban incluidas en los catálogos de penas ni de medidas de seguridad, de modo que la mayoría de los autores se inclinó por entenderlas como una especie de «tercera vía» penal.

Las insuficiencias y defectos técnicos de la regulación legal oscurecían su vocación de autonomía conceptual entre las consecuencias del delito, dirigida a asegurar una respuesta para las personas jurídicas, y alimentaba la polémica doctrinal. El caso es que el Tribunal Supremo no ha dictado ninguna sentencia en la que haya sentado doctrina sobre

¹ Artículo 129.

«1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.

b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.

c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.

d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.

2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.

3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.»

el antiguo artículo 129 y el precepto ha pasado prácticamente desapercibido². No obstante, en su aplicación, la denominada jurisprudencia menor estableció que la persona jurídica debía ser parte en el proceso penal con todas las garantías del imputado³ y exigió el respeto a los principios de necesidad y proporcionalidad⁴ en la imposición de esas consecuencias accesorias.

2. *Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, de reforma del Código Penal*

Esta ley introdujo un segundo apartado en el artículo 31⁵ y en la Exposición de Motivos el legislador apuntó que con ello «se aborda la responsabilidad penal de las personas jurídicas», tendiendo a ampliar «sensiblemente la proyección de la responsabilidad penal sobre las personas jurídicas». De este modo, se despejaba cualquier duda sobre la finalidad de la nueva norma, las personas jurídicas podían ser penalmente responsables y sujetos pasivos de sanción penal.

No obstante, la parquedad del añadido segundo apartado del artículo 31 no despejaba las dudas de si se trataba de un supuesto de atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica poco respetuoso con el principio de legalidad (en la medida en que se describe la consecuencia penal que le podría acarrear el proceso, pero no el presupuesto por el cual la persona jurídica debiera soportarlo) o una mera obligación civil de pago de una multa de naturaleza penal.

² En las escasas ocasiones en que se ha aplicado el precepto, se optó principalmente por la clausura de locales o la suspensión de actividades, siendo mucho más extraña la aplicación de las restantes consecuencias o medidas.

³ SAP de Barcelona, Penal Sec. 5.ª, de 1 de febrero de 2000 y SAP de Segovia, Penal Sec. 1.ª, de 28 de junio de 2004.

⁴ AAN, Penal Sec. 4.ª, de 12 de enero de 1999 y en el AAN, Penal Sec. 4.ª, de 26 de julio de 1999, relativos al caso del diario Egin, y AAP Barcelona, Penal Sec. 3.ª, de 25 de abril de 2000.

⁵ Artículo 31.

«1. El que actúe como administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica, o en nombre o representación legal o voluntaria de otro, responderá personalmente, aunque no concurren en él las condiciones, cualidades o relaciones que la correspondiente figura de delito o falta requiera para poder ser sujeto activo del mismo, si tales circunstancias se dan en la entidad o persona en cuyo nombre o representación sobre.

2. 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.»

La ley también modificó levemente el artículo 129⁶ y, en la parte especial del Código y concerniente al tráfico organizado de drogas, ordenó la imposición de una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito, a las sociedades u organizaciones involucradas en los hechos de tráfico; todo ello, sin perjuicio del comiso y de la posibilidad de aplicación de otras consecuencias accesorias, que el art. 369.2 prefirió denominar «medidas». Sin embargo, esas «medidas» o consecuencias accesorias siguieron fuera del catálogo de penas del artículo 33.

Con todo, las palabras del legislador no sirvieron para evitar sobre esta incompleta regulación un debate en torno a la naturaleza de la nueva responsabilidad, extendiéndose la opinión de que, más que introducir una propia y verdadera sanción penal, la fórmula legal buscaba sólo el aseguramiento patrimonial de una deuda de Derecho público, sin que de ello pudiera derivarse ninguna regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español. La doctrina consideró que las modificaciones del Código iban orientadas, más que a regular la responsabilidad penal de las personas jurídicas, a hacer soportar de algún modo a la entidad las consecuencias (fundamentalmente económicas) de la responsabilidad penal de la persona física.

3. *Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal*

Esta ley introdujo el artículo 31 bis⁷ y, con él, dio entrada de manera definitiva e incontrovertible a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En el Preámbulo de la ley se afirma que

⁶ Se modifica el apartado 1 del artículo 129, que queda redactado como sigue:

«1. El juez o tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y *sin perjuicio de lo establecido en el artículo 31 del mismo, previa audiencia del ministerio fiscal* y de los titulares o de sus representantes legales podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias: (...)»

⁷ Artículo 31 bis:

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho.

En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

«[s]e regula de manera pormenorizada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Son numerosos los instrumentos jurídicos internacionales que demandan una respuesta penal clara para las personas jurídicas, sobre todo en aquellas figuras delictivas donde la posible intervención de las mismas se hace más evidente (corrupción en el sector privado, en las transacciones comerciales internacionales, pornografía y prostitución infantil, trata de seres humanos, blanqueo de capitales, inmigración ilegal, ataques a sistemas informáticos...). Esta responsabilidad únicamente podrá ser declarada en aquellos supuestos donde expresamente se prevea».

2. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

3. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el apartado siguiente.

4. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.»

La nueva regulación fue muy criticada por algunos autores y aventó el debate entre todos acerca de la naturaleza jurídica de esa responsabilidad penal. A la polémica se sumó la Fiscalía General del Estado con su Circular 1/2011, cuando opinó que

«el legislador español dibuja un sistema de heterorresponsabilidad penal o de responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza indirecta o subsiguiente, en la medida en que se hace responder a la corporación de los delitos cometidos por las personas físicas a las que el precepto se refiere. (...) late en el precepto la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema vicarial o de transferencia, según la cual algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el alter ego o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella, y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos» (apartado III.1).

Rápidamente se puso de manifiesto que la responsabilidad de las personas jurídicas no podía ignorar los artículos 5 y 10 del Código (necesidad de la existencia de dolo o imprudencia para ser penado) y que una responsabilidad vicarial, heterorresponsabilidad o responsabilidad penal por hechos de otro sería incompatible con el principio de personalidad de las penas. Salvando las objeciones derivadas de semejante conclusión, se dijo que «si bien inicialmente, a partir del estricto tenor literal interpretado aisladamente, hay quien mantiene que estamos ante un supuesto de heterorresponsabilidad, el respeto del modelo constitucional de responsabilidad penal obliga a indagar en aquellos elementos que, sin olvidar la exigencia de un hecho de referencia, permitan erigir la responsabilidad penal de las personas jurídicas sobre su propio injusto»⁸. Que el legislador había optado «por un sistema mixto de imputación que parte de la heterorresponsabilidad penal empresarial (responsabilidad por el hecho ajeno) y se encamina hacia la autorresponsabilidad penal (responsabilidad por el hecho propio)»⁹. Y también se negó rotundamente que la reforma estableciera un «sistema vicarial», por cuanto no requería la previa condena de una persona física para imputar a la persona jurídica¹⁰.

⁸ DE LA CUESTA, José Luis: «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», en *Revista Electrónica de la Asociación Internacional de Derecho penal*. 2011

⁹ MARTÍNEZ PARDO, Vicente José: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», en *Revista Internauta de Práctica Jurídica*, n.º 26. 2011.

¹⁰ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel: «Aproximación teórica y práctica al sistema de responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español».

La opinión más extendida es que el artículo 31 bis estableció una responsabilidad criminal directa por la propia acción y la propia culpabilidad de la persona jurídica. Esta responsabilidad es un *aliud* frente al injusto y la culpabilidad de la persona física, sin que sea un obstáculo para ello el requerimiento de un hecho de conexión («los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho» por la persona física, art. 31 bis.1). Ello se deduce, en primer lugar, del hecho de que la atribución de responsabilidad criminal a la persona jurídica se realiza con independencia de que se identifique o no a la persona física que ha actuado en su seno o sea posible o no dirigir la acción penal contra la misma (apartado 2); y se deduce también, en segundo lugar, del hecho de que la culpabilidad de la persona jurídica sea absolutamente independiente de la culpabilidad de la persona física que realiza el hecho de referencia o de conexión, de modo que resultan comunicables las circunstancias agravantes y atenuantes del sujeto al ente colectivo (apartado 3).

Ahora sí, añadiendo un apartado 7 al artículo 33, se sumaron al catálogo de penas las imponibles a las personas jurídicas y se establecieron en el artículo 66 bis reglas para su aplicación conforme a las circunstancias concurrentes, así como previsiones para la ejecución de la pena de multa en estos casos (art. 53.5), normas específicas (disolución, transformación, fusión, absorción y escisión) acerca de la extinción de la responsabilidad criminal (art. 130.2) y sobre la responsabilidad civil *ex delicto* (art. 116.3).

El artículo 129 quedó reservado en esta reforma del Código Penal a disponer sobre los «delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código». En estos casos, podían imponerse ciertas consecuencias accesorias con el contenido de determinadas penas relacionadas en el artículo 33.7, con la posibilidad, incluso, de anticipar algunas como medidas cautelares.

La Ley excluía de la responsabilidad penal a determinadas personas jurídicas¹¹, con la salvedad de que se tratara de «una forma jurídica

¹¹ «5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.»

creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal»; pero, posteriormente, la Ley Orgánica 7/2012, de 27 de diciembre, modificó el precepto para sacar de la exclusión a «los partidos políticos y sindicatos», que desde entonces están expuestos a la declaración de responsabilidad penal como la generalidad de las personas jurídicas¹².

4. Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo. Justificación de la reforma

La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal se acerca a los veinte años de vigencia, a lo largo de los cuales ha experimentado 30 reformas (s.e.u.o.), la última operada por las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015. En las mismas se modifican 252 artículos y se suprimen 32, suponiendo la reforma más profunda de todas. No se ha olvidado de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, admitiendo en la Exposición de Motivos (apartado III) que fue «introducida en nuestro ordenamiento jurídico por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio», no por la Ley Orgánica 15/2003 a pesar de lo que decía ésta en su preámbulo.

La Ley aspira (con mucho optimismo) a poner «fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial»; mención que sí clarifica la opinión del legislador acerca de la naturaleza jurídica de esta responsabilidad, contraria a ese posicionamiento doctrinal.

Según el legislador, el motivo de la reforma es «delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal». De este modo, se amplía extraordinariamente el ámbito de lo que en la anterior regulación quedaba reducido a una simple circunstancia atenuante *ex post facto* («haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica», art. 31 bis 4.d), introduciendo la previsión de los llamados programas de *compliance* o de «cumplimiento normativo» y, con los mismos, circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal que antes no estaban expresamente reguladas. Esta novedad es, sin duda, la más comentada por la doctrina.

¹² La Ley Orgánica 1/2015 ha reducido aún más la lista de personas jurídicas excluidas de responsabilidad penal, eliminando de la lista a las sociedades mercantiles estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

No es de descartar que la mención de la Exposición de Motivos al quebrantamiento del «debido control» como fundamento de la responsabilidad penal sea traída y llevada en el debate doctrinal acerca de si la vulneración del deber de correcta autoorganización del ente colectivo es el núcleo del injusto específico del Derecho penal característico de las personas jurídicas¹³ o es un criterio de la culpabilidad de estas personas¹⁴.

III. Características del sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica

Ciertamente, la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 tiene el alcance limitado que anuncia su Exposición de Motivos y no altera las líneas básicas del sistema impuesto por la Ley Orgánica 5/2010. Sus características son las siguientes:

1. Se trata de un sistema de *responsabilidad criminal directa*, como antes exponía y por los motivos y evidencias señaladas *ut supra*.

2. Es un sistema de *responsabilidad criminal acumulativa*. Esto es, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas que actúen en su seno, ni a la inversa. Así, el artículo 31 ter.1 prevé que «como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa».

3. *El catálogo de posibles sujetos activos es limitado* ya que las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables «al Estado, a las Administraciones públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades públicas Empresariales, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía o administrativas» (art. 31 quinquies.1). Antes he puesto de manifiesto la evolución legislativa que ha experimentado este catálogo, sin duda a impulso de la acumulación de casos de corrupción política, de modo que ahora esta responsabilidad es aplicable también a

¹³ DE LA CUESTA, José Luis. «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español». *Revista Electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*. 2011.

¹⁴ GÓMEZ TOMILLO, Manuel: *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. 2.ª ed. Thomson Reuters Aranzadi. Cizur Menor. 2015.

partidos políticos, sindicatos y sociedades mercantiles públicas que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general¹⁵.

4. Es un sistema de *numerus clausus*. No todo delito cometido por una persona física es susceptible de ser imputado simultáneamente a un ente colectivo, sino que sólo se puede exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas respecto de un reducido número de delitos («En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables», art. 31 bis.1), vinculados sobre todo al Derecho Penal económico. Tenemos un modelo de *crimina societatis* (como lo tenemos de *crimina culposa*) y no de *crimen societatis*. Se trata de las siguientes figuras delictivas:

- Tráfico ilegal de órganos humanos (156 bis)
- Trata de seres humanos (177 bis)
- Prostitución y corrupción de menores (189 bis)
- Descubrimiento y revelación de secretos (197quinquies)
- Estafa (251 bis)
- Insolvencias punibles (258 ter)
- Daños informáticos (264 quater)
- Delitos contra la propiedad intelectual, industrial, el mercado y los consumidores y delitos de corrupción en los negocios (288);
- Blanqueo de capitales (302.2)
- Financiación ilegal de partidos políticos (304 bis)
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social (310 bis)
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros (318 bis)
- Delitos relativos a la ordenación del territorio y el urbanismo (319)
- Delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (328)
- Delitos relativos a la energía nuclear y las radiaciones ionizantes (343)
- Delitos de riesgo relativos a las sustancias que pueden causar estragos (348)
- Delitos alimentarios y farmacológicos (366)

¹⁵ A estas sociedades «solamente les podrán ser impuestas las penas previstas en las letras a) y g) del apartado 7 del artículo 33», aunque esta limitación «no será aplicable cuando el juez o tribunal aprecie que se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal».

- Tráfico de drogas (369 bis)
- Falsificación de moneda (386)
- Falsificación de tarjetas y cheques de viaje (399 bis)
- Cohecho (427 bis)
- Tráfico de influencias (430)
- Provocación al odio (510 bis)
- Criminalidad organizada (570 quater)
- Financiación del terrorismo (576)
- Contrabando (2.6 de la L.O. 12/1995, reformada por la L.O. 6/2011)¹⁶

IV. Teoría del delito de la persona jurídica. Tipicidad objetiva

Una ordenada exposición de las novedades de la reforma pasa por el estudio de la teoría jurídica de la responsabilidad penal de los entes colectivos, aunque la Ley Orgánica 1/2015 no haya efectuado modificaciones sobre el modelo y los criterios normativos de imputación establecidos por el artículo 31 bis, introducido por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio.

Antes como ahora, la responsabilidad criminal de las personas jurídicas es una responsabilidad directa por la propia acción y la propia culpabilidad de la entidad y para declararla se exige que una persona física (o varias integradas en un órgano social), directivo o subordinado, lleve a cabo el llamado hecho de referencia o de conexión, esto es, un acto u omisión que realice un tipo penal. Y en segundo lugar, que ese hecho se pueda imputar o atribuir a la persona jurídica sobre la base de la infracción por parte de ésta del deber que le compete de garantizar un desarrollo lícito de su actividad.

En primer lugar, es necesario, por tanto, que exista un hecho de referencia o de conexión, lo cual supone:

1. *Que una o varias personas físicas realicen la vertiente objetiva de un tipo penal* de acción o de omisión respecto del que esté prevista

¹⁶ Esta lista ha sido objeto de muchas críticas por los autores, señalando cada uno las figuras delictivas que a su parecer debieron ser añadidas a éstas y los motivos de prevención general que lo aconsejan. En todo caso, la mayor parte de las infracciones referidas anteriormente se corresponden con los delitos recogidos en las Decisiones Marco comunitarias que prevén la responsabilidad de las personas jurídicas por la comisión de delitos.

la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, con todos los elementos (acción, resultado, imputación objetiva) exigidos, en su caso, por el tipo.

La ley atribuye responsabilidad al ente colectivo «aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella» (art. 31 ter.1), esto es, no requiere la concreta identificación de la persona natural. Sin esta identificación, no podrá saberse si en el concreto caso la persona física actuó dolosa o imprudentemente (y algunos delitos sólo permiten la comisión por dolo, art. 12) o se trató de un caso fortuito, y tampoco si la acción u omisión se encontraba amparada por una causa de justificación. Por ello, la expresión «delito» de los artículos 31 bis.1 y 2 y del artículo 52.4 debe entenderse referida a la comisión de un hecho objetivamente típico por la persona física, aunque no sea antijurídico y culpable.

2. *Esa o esas personas físicas deben ser competentes* (directivos o subordinados, individualmente o constituidos en órgano) y estar vinculadas a la persona jurídica en su actuación.

El artículo 31 bis hacía referencia a tres grupos de personas físicas con capacidad para determinar la responsabilidad penal de la entidad, cuales eran, los representantes legales, los administradores de hecho o de derecho y cualquier otra persona subordinada a éstos. Tras la reforma, se sustituyen estas expresiones por «sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma» (art. 31 bis.1.a) y por los sujetos «sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior» (art. 31 bis.1.b).

a. *Representante legal* es toda persona que formalmente tenga poder para vincular jurídicamente a la entidad con sus decisiones, con independencia del título que le atribuya esa capacidad, que puede provenir por delegación o porque así lo disponga la legislación. De ahí que se haya suprimido en la reforma la mención a los administradores de derecho, pues son representantes legales (aunque no sólo éstos lo son).

Es habitual que una sociedad sea administradora de otra (art. 212.1 Ley de Sociedades de Capital), pero en la medida en que la sociedad administradora debe a su vez nombrar a un sujeto físico que desem-

peñe materialmente esas funciones, la situación no plantea problemas de aplicación del artículo 31 bis.

b. La previsión sobre los *sujetos que «están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u ostentan facultades de organización y control dentro de la misma»* constituye una categoría residual que excluye a los representantes legales (generalmente investidos de tales facultades y funciones, pero nominados específicamente) e incluye, en primer lugar, a los administradores de hecho. Resulta evidente la capacidad de éstos para comprometer a la persona jurídica y tomar decisiones socialmente relevantes. Al requerir que se actúe en nombre o «por cuenta» de la persona jurídica, la ley da a entender que las decisiones con relevancia fáctica comprometen penalmente a la entidad, del mismo modo, aunque no estén amparadas por un título formal.

Esta categoría incluye también a los llamados «mandos intermedios», personas que por delegación formal o contrato laboral tienen funciones decisorias en el giro de la empresa o actividad de la entidad, subordinadas y generalmente sectoriales, como apoderados, directores generales, gerentes, etc.

c. Finalmente, la persona jurídica puede responder también por los actos u omisiones de los *sujetos «sometidos a la autoridad de las personas físicas» antes mencionadas*, es decir, de los trabajadores u operarios sin capacidades de dirección social o de supervisión sobre otros, que se limitan a ejecutar decisiones ajenas.

Este personal subordinado debe tener algún tipo de vinculación jurídica con la entidad, pero la misma no se reduce a la relación laboral, pudiendo abarcar, por ejemplo, el arrendamiento de servicios.

Si la clasificación del sujeto activo en la primera o segunda categoría carece de relevancia jurídica, pues la ley equipara la capacidad de unas y otras personas para comprometer penalmente a la entidad, si tiene importancia, sin embargo, encontrar la línea divisoria entre la segunda categoría y la del personal subordinado, pues, en este último caso, el artículo 31 bis.1.b exige la concurrencia de un elemento adicional, el incumplimiento grave por los anteriores de «los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso».

De este modo, si bien cualquier persona capaz de ejercer actividad social puede convertir en responsable penal a la entidad (también los empleados subordinados), la extensión de los sujetos capaces de pro-

vocar esta consecuencia se ve compensada por el incremento de los requisitos materiales necesarios para que ello suceda (cuando de empleados subordinados se trate).

3. Las acciones u omisiones de esas personas físicas (el hecho de conexión) *deben tener un sentido social para un espectador objetivo*. Este requisito supone:

a. Que se actúe *en nombre o por cuenta* de la persona jurídica. La persona física debe haber actuado en el seno de la persona jurídica y dentro de su marco estatutario, pues sólo de este modo se podrá afirmar que estamos ante el ejercicio de actividades sociales.

La actuación «en nombre» de la persona jurídica se daría cuando la persona física cuenta con habilitación formal para obrar por el ente colectivo y las acciones u omisiones «por cuenta» de la persona jurídica suponen la carencia de un poder formal habilitante (la situación, por ejemplo, de un subordinado o de un directivo que se excede en sus funciones)¹⁷.

b. Y que se haga *en interés de la persona jurídica*. La ley requiere, en su actual redacción, que el hecho se realice «en su beneficio directo o indirecto» (art. 31 bis.1), mientras antes disponía que fuera «en su provecho»; cambio de terminología que carece de consecuencias prácticas, dado que ambas expresiones vienen a ser sinónimas.

El beneficio de la empresa no debe entenderse en términos estrictamente económicos o financieros (aunque sea lo más común), sino en el sentido de que la actividad delictiva facilite de algún modo el funcionamiento de la persona jurídica o la consecución de su objeto social.

Aunque se ha planteado en la doctrina si la mención al «beneficio directo o indirecto» de la entidad tiene un contenido subjetivo y se refiere a la íntima idea o intención del sujeto actuante de beneficiar a la persona jurídica, una mejor comprensión (por otro lado mayoritaria entre los autores) le atribuye un contenido objetivo, consistente en

¹⁷ No obstante, no hay acuerdo en la doctrina acerca de si cabe hacer esas distinciones conceptuales entre ambas expresiones (Gómez Tomillo, Díez Ripollés) o si se trata de expresiones sinónimas (Zugaldía Espinar, Bacigalupo Sagesse). Sea como fuere, con la nueva regulación la concurrencia de estos requisitos es alternativa entre sí (o en nombre o por cuenta), por lo que el debate no tiene mucha relevancia práctica. En lo tocante al personal subordinado, el artículo 31 bis.1.b utiliza la expresión «en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta» de la persona jurídica.

la efectiva tendencia de la acción u omisión a conseguir ese provecho, en la idoneidad *ex ante* de la conducta de la persona física para que el ente colectivo obtuviese alguna clase de ventaja derivada de aquélla, aunque el beneficio no fuese directo y de logro inmediato. Desde esta perspectiva objetiva, no se requiere la constatación de un efectivo beneficio, no deriva de la letra de la ley la necesidad de que se consiga el resultado buscado¹⁸.

Esa idoneidad objetiva del hecho de conexión requiere que la conducta del sujeto se enmarque en los objetivos de la organización, los estatutariamente previstos o cualesquiera otros que haya asumido. Es decir, el hecho delictivo debe ser un hecho de empresa.

Suele citarse al penalista Bernd Schünemann como precursor de la distinción entre criminalidad de empresa (delitos que se cometen para la empresa, lesionando bienes jurídicos e intereses externos) y la criminalidad en la empresa (delitos que se cometen en el seno de una empresa contra ésta, contra otro trabajador o incluso contra un tercero —que puede ser la colectividad— en beneficio del autor), para aclarar que únicamente el primero de los casos es susceptible de generar la responsabilidad del ente colectivo.

V. La culpabilidad de la persona jurídica y los programas de cumplimiento normativo

En el modelo tradicional de la teoría del delito, tras el examen de la tipicidad objetiva, procede el análisis de la tipicidad subjetiva, lo cual nos trae el inconcluso debate sobre qué entender como dolo o culpa de un ente jurídico¹⁹.

Los defensores de la creación e implementación de una teoría del delito específica de las personas jurídicas se encuentran con el problema de que no pueden aplicarse unas categorías de dolo o imprudencia diseñadas para las personas físicas, y como no cabe olvidarnos

¹⁸ En este sentido, GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *op. cit.*; también ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *op. cit.*

¹⁹ Hasta cuatro posiciones doctrinales se han elaborado al respecto: 1. Considerar que no es posible diferenciar a efectos punitivos las infracciones dolosas de las culposas, pues son categorías pensadas para las personas físicas, inaplicables para las jurídicas; 2. Construir unos conceptos de dolo e imprudencia específicos de los entes colectivos, en referencia al defecto interno de la organización o a la defectuosa filosofía de empresa. 3. Tomar como punto de partida el carácter doloso o imprudente de la conducta de la persona física en la realización del hecho de referencia. 4. Estimar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas es objetiva.

de ellas (los artículos 5 y 10 del Código Penal no lo permiten), centran el foco de atención en un concepto propio de culpabilidad²⁰.

Obviando las diversas construcciones doctrinales acerca de la culpabilidad de los entes colectivos, hablaré de la posición dominante, adscrita a la tesis de Klaus Tiedemann sobre la «culpabilidad por defecto de organización». Esta construcción considera que el objeto de imputación es el hecho típico de conexión o de referencia de la persona física y que la persona jurídica será culpable siempre que —a través de sus órganos o sus representantes— haya omitido tomar las medidas de cuidado necesarias para garantizar un desarrollo ordenado y no delictivo de su actividad. Esto es, la persona jurídica será declarada culpable si se comprueba que ha omitido, de forma contraria al deber, la adopción de alguna de las medidas de precaución y de control (defecto de organización) que eran exigibles para garantizar el desarrollo legal y no delictivo de la actividad de empresa²¹.

²⁰ Recientemente, la Sala 2.ª del Tribunal Supremo, en sentencia n.º 514/2015, de 2 de septiembre, ha tocado tangencialmente el tema en los siguientes términos: «La ausencia de un recurso formalizado por esta entidad, obliga a la Sala a no abordar el llamativo distanciamiento del FJ 4.º de la sentencia recurrida respecto de las exigencias del principio de culpabilidad (art.5 CP). Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP. Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad, parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal».

²¹ Frente a este posicionamiento se pronunció la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2011, cuando estudió la reforma del Código de 2010 y la introducción del artículo 31 bis: «Desde los presupuestos de esta teoría y sus diversas variaciones, el delito de la persona jurídica debería ser consecuencia del funcionamiento defectuoso o de la mala organización de la misma, lo que desde luego no aparece en la letra del artículo 31 bis del Código Penal y constituye una perspectiva de análisis de perfiles muy imprecisos y cuyo desarrollo exigiría el cambio —o al menos una costosísima redefinición— de nuestro paradigma dogmático y aplicativo, tarea que, a día de hoy, resulta además innecesaria para garantizar la correcta inteligencia y aplicación de los nuevos preceptos, hasta tal punto ajenos a esa concepción de una supuesta culpabilidad corporativa, que ni siquiera se contempla como circunstancia atenuante la acreditación de una provisión organizativa suficiente adoptada por la entidad con carácter previo a cometerse el delito» (apartado III.1).

El caso es que, después de afirmar que la culpabilidad es un elemento estructural en un estado de derecho y de criticar su configuración como defecto de organización, no parece que la Circular proporcione una alternativa. Por lo demás, esta opinión de la Fiscalía ha perdido peso desde el momento en que el actual artículo 31 bis.2 y 4 prevé como circunstancias eximente y atenuante la existencia de un adecuado «modelo de organización y gestión».

El sistema de doble vía o de doble entrada previsto en el precepto, según se trate de personas que tienen poder de representación o decisión en la persona jurídica (art. 31 bis.1.a) o de los empleados (art. 31 bis.1.b) no tiene por finalidad establecer una responsabilidad objetiva, en el primer caso, y otra responsabilidad culpabilística, en el segundo, a pesar de lo que pudiera deducirse de la mención en este caso al incumplimiento grave por aquéllos de «los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad». En realidad, esa doble vía tiene por finalidad (en las Decisiones Marco de la Unión Europea) establecer para la persona jurídica una responsabilidad más grave para los casos en los que el hecho de referencia ha sido realizado por directivos de la persona jurídica y menos grave cuando los han realizado los empleados. Aunque no es así en nuestro ordenamiento jurídico penal (el Código no hace distinciones punitivas al respecto), la culpabilidad de la persona jurídica (el no haber implantado medidas de prevención y de control) es un elemento común aplicable y exigible en las dos vías: tanto en los casos en los que el hecho de referencia lo realiza un empleado, como en aquellos otros en los que el hecho de referencia lo realiza una persona que ostenta en la persona jurídica un poder de representación o de dirección (ya que éstos también deben estar sometidos al debido control).

Los deberes de organización deben ser mayores para asegurar que los directivos respetan la ley, que para los empleados. La realización del delito por un alto jerarca de la entidad implica que existe una mala cultura corporativa, y que no son creíbles las medidas de organización que hayan podido ser adoptadas, por lo que mayor será en este caso la culpabilidad del ente colectivo²².

Como dije antes, el motivo de la reforma operada en esta materia por la Ley Orgánica 1/2015, a decir de la Exposición de Motivos, es «delimitar adecuadamente el contenido del “debido control”, cuyo quebrantamiento permite fundamentar su responsabilidad penal».

La cuestión nos remite a los llamados *compliance programs* o programas de cumplimiento normativo, también llamados de prevención penal; en palabras del Código Penal, «modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para pre-

²² En nuestro Derecho, sin embargo, el cargo que ocupe la persona física sólo se tiene en consideración a la hora de individualizar la pena, no en la previsión legal de la misma, y no se trata del cargo del sujeto que realiza el hecho de referencia o conexión, sino el de «el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control» [art. 66 bis.1.ª c)].

venir delitos de la misma naturaleza o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión» (art. 31 bis.2.1.ª).

Frente a la parquedad de la regulación de 2010 y las dudas que suscitó la Circular 1/2011 de la Fiscalía General del Estado en el mundo de la empresa²³, la nueva regulación otorga legitimidad y eficacia a los modelos de prevención penal corporativos. Se trata de potenciar que los entes colectivos adopten un rol activo en la lucha contra la criminalidad susceptible de producirse en su seno. Resulta manifiesta la importancia de los modelos de prevención penal, hasta el punto de que podrían determinar la exención de la responsabilidad de la persona jurídica imputada.

Más dudoso es el acierto del legislador, tratando de concretar en el artículo 31 bis.5 los contenidos básicos que deben tener esos «modelos de organización y gestión». Se ha criticado con razón que la norma es un ejemplo de «reglamentismo», que no es único en la Ley Orgánica 1/2015. Existe cierto consenso en considerar que el Código Penal no es el lugar adecuado para desplegar una regulación detallada sobre dichos modelos, tarea más propia de otras normas de desarrollo o de las directrices emanadas de instituciones u organismos con capacidad de normalización. De hecho, la nueva regulación, contenida en un apartado de un artículo y con referencias genéricas, ampara un notable margen de tolerancia interpretativa, lo que dificulta su calificación como marco de referencia.

Para acercarnos a su contenido, viene al caso decir que estos programas de cumplimiento o modelos de organización se desarrollan a través de reglas de conducta, políticas, procesos y controles.

Durante los últimos años ha proliferado enormemente la utilización de códigos éticos o de conducta por parte de las empresas (sobre todo las de cierto tamaño), para comunicar interna y externa-

²³ «Como ya se ha señalado, existe en este momento el peligro de considerar que la mera formalización de uno de esos estándares constituye un salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de la corporación. Sin embargo, lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, *corporate defense*, *compliance guide*, plan de prevención del delito o como quiera llamársele, sino la forma en que han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación a que se refiere el artículo 31 bis en la situación específica, y particularmente en este segundo párrafo del apartado 1.º, sus gestores o representantes en relación con la obligación que la Ley penal les impone de ejercer el control debido sobre los subordinados; en este contexto, resulta indiferente que la conducta de los individuos responda a una guía de cumplimiento propia que, en el mejor de los casos, constituye un ideal regulativo de emanación estrictamente privada» (apartado III.3).

mente los valores y principios que defienden. Los códigos suelen ser una declaración formal del comportamiento que se espera de la compañía hacia empleados, accionistas, consumidores, entorno o sociedad. Con estos códigos las empresas transmiten una señal claramente visible de que la organización es consciente de la necesidad de un comportamiento ético y, por lo tanto, representan una importante herramienta de gestión de la responsabilidad social empresarial o corporativa. Estos códigos o normas de actuación no suelen idearse para la prevención penal, pero constituyen documentos de alto nivel muy útiles para discernir los comportamientos correctos respecto de los que no lo son. No son un documento meramente programático, sino de naturaleza normativa, sin perjuicio de que los principios, valores y reglas que contienen puedan ser luego desarrolladas a través de políticas específicas.

Reflejando los valores de la organización, las políticas definen los patrones de conducta esperados y también los indeseados²⁴. En el ámbito de la prevención penal, las políticas tratarán de evitar comportamientos criminales, para lo cual es necesario hacer previamente un análisis detallado de riesgos penales (*risk assesment*). Este análisis pasa por relacionar las figuras penales que, de manera abstracta, pueden llegar a cometerse en una organización y valora, para cada una de ellas, su probabilidad de comisión y consecuencias. De esa manera se elabora lo que se llama un mapa de riesgos penales, a partir del cual se establecen normas específicas para aquellas conductas criminales con mayor probabilidad de comisión e impacto y otras más genéricas para el resto de conductas penales de más improbable comisión (en cualquier caso, todas las figuras penales de aplicación a la persona jurídica deberían ser previstas y quedar cubiertas)²⁵.

Identificadas las conductas penales de riesgo y diferenciados a través de políticas los comportamientos aceptables respecto de los que no lo son, procede establecer *procesos* para que puedan desarrollarse

²⁴ Por ejemplo, respecto de las empresas mercantiles, se establecen directrices sobre qué tipo de pagos son aceptables en el ámbito de las atenciones comerciales, pagos de hospitalidad, de facilitación y donaciones, para prevenir delitos de corrupción. O se establecen normas para adecuar la actividad comercial al respeto de los derechos de propiedad industrial o intelectual, o también en ámbitos del derecho de la competencia o sobre la utilización de información privilegiada.

²⁵ Artículo 31 bis 5.: «Los modelos de organización y gestión a que se refieren la condición 1.ª del apartado 2 y el apartado anterior deberán cumplir los siguientes requisitos:

1.º Identificarán las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deben ser prevenidos.»

de forma adecuada. Los procesos determinan el modo de ejecutar en la práctica las políticas, de forma que el cumplimiento de las conductas esperadas se lleve a cabo a través de pautas que faciliten la consecución de sus objetivos²⁶.

Finalmente, los controles son unos procesos específicos destinados a verificar el cumplimiento adecuado de los restantes²⁷. Los controles estarán orientados a comprobar si realmente se están ejecutando los procesos en todos los casos en que teóricamente debieran, si aquéllos están funcionando de manera correcta y si se están consiguiendo con ello los objetivos pretendidos por las políticas a cuyo cumplimiento contribuyen²⁸.

Los adecuados modelos de organización y gestión a que se refiere el Código Penal pueden completarse con programas de formación, un instrumento muy útil de prevención. No cabe ignorar que algunas conductas incorrectas se producen porque los empleados no las identifican como reprobables, sino propias, por ejemplo, de un entorno de libre mercado, sin parar mientes de si vulneran el derecho de competencia u otros.

Y deben proveerse canales internos de denuncia (las llamadas «líneas éticas» o en inglés «*whistleblowing*»), pues un modelo de prevención penal ha de ser capaz de captar información de modo que puedan detectarse a tiempo eventuales conductas inapropiadas desde la perspectiva penal²⁹. De hecho, estos canales han demostrado ser una de las escasas vías de detección de ilícitos cometidos al margen de los flujos económicos de la entidad, esto es, en áreas de la organización donde son menores las posibilidades de control. Para su mejor eficacia, deberían estar abiertos, no sólo a empleados, sino también a terceros, como clientes o proveedores.

²⁶ Artículo 31 bis 5.2.º: «Establecerán los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquéllos.

³.º Dispondrán de modelos de gestión de los recursos financieros adecuados para impedir la comisión de los delitos que deben ser prevenidos.»

²⁷ Por ejemplo, los controles relacionados con la corrupción son principalmente económicos, y suelen materializarse en análisis y muestreos de pagos que, por su apariencia o contexto, deberían sujetarse a los procesos correspondientes.

²⁸ Artículo 31 bis 5. 6.º: «Realizarán una verificación periódica del modelo y de su eventual modificación cuando se pongan de manifiesto infracciones relevantes de sus disposiciones, o cuando se produzcan cambios en la organización, en la estructura de control o en la actividad desarrollada que los hagan necesarios.»

²⁹ Artículo 31 bis 5. 4.º: «Impondrán la obligación de informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención.»

La ley completa estos modelos de organización y gestión (al fin y al cabo, programas de prevención penal) con la previsión de «un sistema disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas que establezca el modelo» (art. 31 bis.5.5.º).

De lo anterior, podemos deducir que en materia de cumplimiento normativo penal, tres son los grandes objetivos: la prevención de los delitos, la detección de las conductas delictivas y la reacción frente a esas conductas. En definitiva, un buen modelo de organización o programa de *compliance* se resume en esas tres palabras, prevención, detección, reacción.

Suelen ser comunes en estas políticas, procesos y controles algunos principios básicos, habitualmente exigidos en los textos sobre prevención penal: la segregación de funciones, la mancomunidad de firmas o las limitaciones de los movimientos económicos en efectivo.

No faltan referentes internacionales para elaborar un buen programa de cumplimiento normativo. Las *US Sentencing Commission Guidelines* (actualizadas anualmente), por ejemplo, establecen directrices para disponer de un *Effective Ethics And Compliance Program* y tienen naturaleza general. Otros instrumentos tienen un alcance sectorial y cabe citar al respecto la *Resource Guide to the U.S. Foreign Corrupt Practices Act* (2012) o la *Guidance to the UK Bribery Act* (2010), elaborados por el Departamento de Justicia norteamericano y el Ministerio de Justicia británico respectivamente, que tienen como objetivo la prevención de las conductas corruptas. Ambas normas incorporan una gran cantidad de puntos de conexión, lo que consolida su vocación extraterritorial. Dada la globalización de la economía y la frecuencia con que las organizaciones desarrollan actividades en los mercados internacionales, no es en absoluto remoto que estas normas resulten de aplicación a entidades españolas. Existen, además, otros estándares que facilitan directrices detalladas para el diseño de modelos internos que ayuden a prevenir la corrupción, como los Principios Empresariales para contrarrestar el Soborno emitidos por Transparencia Internacional (2003), los Principios PACI (2005) o las Reglas de conducta y recomendaciones de la Cámara de Comercio Internacional para combatir la extorsión y el soborno (2005). En 2003 la *International Federation of Accountants* (IFAC) emitió el *International Standard on Assurance Engagements 3000* (ISAE 3000). Igualmente, existen modernos estándares nacionales que están alcanzado rápidamente gran prestigio, como el *British Standards 10500* para la prevención de la corrupción (2011). También en 2011, el Instituto Alemán de Auditores Públicos (IDW) publicó la primera norma técnica para el desarrollo de encargos de seguridad razonable sobre programas de

cumplimiento normativo, el conocido IDW AssS 980, que identificó y listó con detalle marcos de referencia en ese ámbito e instrucciones de prevención.

En España, existen instrumentos de ámbito genérico, no centrados en la prevención penal, como el Código de Buen Gobierno Corporativo publicado por la Comisión Nacional del Mercado de Valores, de cumplimiento voluntario y de aplicación tan sólo a las empresas cotizadas; o el sistema de administración de cumplimiento que contiene la reciente norma ISO19.600/2014, cuyos requisitos esenciales son semejantes a los que el Código Penal considera básicos para que pueda entenderse que dicho modelo existe.

Todas estas normas vienen a facilitar la valoración judicial acerca de la eficacia y adecuación del modelo de organización y gestión de la persona jurídica imputada o acusada (a la postre, sobre su culpabilidad), y, en definitiva, constituyen un instrumento útil en la interpretación del artículo 31 bis³⁰.

En efecto, con la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015 se pone fin a las dudas suscitadas por la parquedad del artículo 31 bis introducido por la Ley Orgánica 5/2010 y se da satisfacción a la mayoría de la doctrina, que se había mostrado favorable a otorgar efectos atenuatorios e incluso eximentes a la adopción de programas de cumplimiento normativo. Ahora queda claro que la previa adopción de un programa serio, eficaz y correctamente implementado excluye la culpabilidad (entendida como defecto de organización) y la posibilidad de imponer una pena. No tendría sentido que si un sujeto ha agotado los medios disponibles para impedir la comisión de un hecho delictivo, se le sancione por este hecho.

Obviamente, un programa de cumplimiento de contenido o implementación meramente cosméticas carecerá de eficacia alguna. Por otro lado, la idoneidad del programa para impedir el delito en el seno de la organización debe valorarse desde un punto de vista previo, *ex ante*, aunque el hecho delictivo se haya cometido. No cabe exigir un programa perfecto, imbatible, pues tal modelo sería incompatible con un ejercicio razonablemente eficaz de la actividad empresarial y esa exigencia nos llevaría a una responsabilidad objetiva, donde la comisión del delito equivaldría ineludiblemente a la insuficiencia del programa y necesariamente conllevaría la condena de la persona jurídica.

³⁰ Probablemente, esa valoración judicial requerirá en muchos casos de un peritaje, parecido a los que se practican sobre las normas de prevención de riesgos laborales de una empresa en caso de delito contra los derechos de los trabajadores.

VI. **Circunstancias eximentes de la responsabilidad criminal y el órgano encargado del programa de cumplimiento normativo**

Tan pronto como el artículo 31 bis establece en su apartado primero los elementos objetivos que provocarán la responsabilidad criminal de la persona jurídica, regula en los apartados segundo, tercero y cuarto la exención de responsabilidad, materia no regulada en la reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, omisión que mereció la crítica de la doctrina y que ahora se subsana.

Las circunstancias específicas de exención de responsabilidad son coherentes con el fundamento de la culpabilidad del ente colectivo, identificado con un defecto de organización, con el efecto evidente de potenciar la implantación de modelos de prevención penal corporativos.

Dispone el artículo 31 bis.2 a 4 los requisitos que la harán posible en cada caso. Así:

1. *Cuando el autor del delito es un representante legal, directivo o ejecutivo de la persona jurídica* (art. 31 bis.1.a), la misma estará exenta de responsabilidad si se cumplen las siguientes condiciones (art. 31 bis.2):

- El órgano de administración ha adoptado y ejecutado con eficacia, antes de la comisión del delito, modelos de organización y gestión que incluyen las medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir significativamente el riesgo de comisión.
- La supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado ha sido confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control.
- Los autores individuales han cometido el delito eludiendo fraudulentamente los modelos de organización y de prevención.
- No se ha producido una omisión o un ejercicio insuficiente de sus funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano al que se refiere la segunda condición.

A la vista del listado de condiciones, cabe afirmar que no basta con elaborar un programa de prevención de los delitos que puedan cometer los representantes y directivos de la persona jurídica, ya que, además, es necesario que la aplicación de dicho plan de prevención sea supervisada por un órgano autónomo de la persona jurídica (salvo para

las autorizadas a presentar balance abreviado, en las que esta función puede ser asumida por el órgano de administración³¹).

Asimismo, una vez cometido el delito por parte de los directivos de la persona jurídica, para que ésta quede exenta de responsabilidad, además del cumplimiento de las dos condiciones anteriores, será necesario que los autores del delito hayan eludido fraudulentamente el modelo de organización y prevención y que no se haya producido una omisión o ejercicio insuficiente de sus funciones por parte del órgano de supervisión y control.

De este modo, la comisión de un delito (en nombre y en beneficio de la persona jurídica) por parte de un directivo sin que éste haya eludido fraudulentamente el «protocolo de prevención» (por ejemplo, porque esa posible conducta delictiva no estaba prevista en dicho modelo y no se habían tomado medidas) no exonerará de responsabilidad a la persona jurídica. Y lo mismo ocurrirá en el supuesto de que se hayan producido omisiones o fallos de supervisión, vigilancia y control por parte del órgano encargado de ello.

En definitiva, desde el plano formal, es necesario que la persona jurídica cuente con un modelo organizativo y de gestión adecuado y, desde la perspectiva material, es necesario que lo allí previsto sea ejecutado y controlado correctamente.

2. *Cuando el autor del delito es empleado no directivo de la persona jurídica* (art. 31 bis.1.b), ésta quedará exenta de responsabilidad penal si:

— Antes de la comisión del delito, ha adoptado y ejecutado eficazmente un modelo de organización y gestión que resulte ade-

³¹ Esta previsión, *prima facie*, parece correcta, pues el requisito de establecer un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos podría resultar una condición especialmente gravosa para entidades con menor estructura organizativa y económica, impidiendo que puedan acogerse a la exención de responsabilidad. En contra del criterio asignado, se pone en cuestión que las sociedades que pueden formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviadas puedan ser todas ellas consideradas de pequeñas dimensiones en atención a los requisitos del art. 258 de la Ley de Sociedades de Capital. Objeción atinada, pues este precepto señala que «podrán formular cuenta de pérdidas y ganancias abreviada las sociedades que durante dos ejercicios consecutivos reúnan, a la fecha de cierre de cada uno de ellos, al menos dos de las circunstancias siguientes: a) Que el total de las partidas de activo no supere los once millones cuatrocientos mil euros. b) Que el importe neto de su cifra anual de negocios no supere los veintidós millones ochocientos mil euros. c) Que el número medio de trabajadores empleados durante el ejercicio no sea superior a doscientos cincuenta».

cuado para prevenir delitos de la naturaleza del que fue cometido (art. 31 bis.4).

Como es de ver, los requisitos para eximir de responsabilidad criminal a la persona jurídica son mucho más exigentes cuando el sujeto que realiza el hecho de referencia es un representante legal o directivo que cuando se trata de un subordinado, previsión legal acorde con el distinto grado de culpabilidad que cabe predicar del ente colectivo en un caso y otro, como traté anteriormente.

Obviamente, una vez constatada la tipicidad y la antijuridicidad de una acción u omisión imputable a una persona jurídica, ésta pecha con la carga de probar que no hubo un defecto de organización, pues corresponde al acusado acreditar la concurrencia de circunstancias que excluyen la responsabilidad criminal³².

La previsión como requisito de la circunstancia eximente de que el ente colectivo haya confiado «la supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del modelo de prevención implantado» a «un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control» ha sido vista como la definitiva institucionalización de la figura del *compliance officer*.

El *compliance officer* ha recibido múltiples denominaciones desde que fue importado este concepto anglosajón a las corporaciones españolas. Responsable o encargado de cumplimiento, unidad de cumplimiento, responsable de prevención y detección, departamento de cumplimiento u oficial de cumplimiento han sido algunos de los nombres empleados. No obstante, esta figura no es completamente novedosa en el ordenamiento jurídico español, pues se pueden apuntar algunos antecedentes normativos. En este sentido, la «función de cumplimiento normativo», regulada en el artículo 28 del Real Decreto 217/2008, de 15 de febrero, sobre el régimen jurídico de las empresas de servicios de inversión, impone a estas entidades el deber de nombrar a un «res-

³² «Esta Sala tiene establecido en constante doctrina que la carga de la prueba obliga a probar a cada parte aquello que expresamente alegue, por lo que, así como sobre la acusación recae el *onus* de probar el hecho ilícito imputado y la participación en él del acusado, éste viene obligado, una vez admitida o se estime como probada la alegación de la acusación, a probar aquellos hechos impeditivos de la responsabilidad que para él se deriven de lo imputado y probado (...) ya que de otro modo se impondría a las acusaciones la carga indebida, y hasta imposible, de tener que probar además de los hechos positivos integrantes del tipo penal imputado y de la participación del acusado, los hechos negativos de la no concurrencia de las distintas causas de extinción de responsabilidad incluidas en el catálogo legal de las mismas» (A.TS. 13-junio-2003, rec. 2777/2002).

ponsable de cumplimiento» y una «unidad» u organismo colectivo que garantice dicha función³³. Y también la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo, se refiere al *compliance officer* al hacer alusión al «órgano de control interno»³⁴.

Se suelen señalar dos modelos en la organización e implantación del órgano encargado del cumplimiento normativo y la prevención penal:

1. El modelo de departamento o la sección de cumplimiento, que depende única y exclusivamente del órgano de administración (el modelo más extendido en la práctica internacional y el previsto por las *US Sentencing Guidelines*), de modo que el responsable de cumplimiento queda integrado en el personal de alta dirección.

2. El modelo de agente independiente, incluso del órgano de administración, ya que, precisamente, ha de supervisar a directivos y ad-

³³ Artículo 28. Función de cumplimiento normativo.

«1. Las entidades que prestan servicios de inversión deberán establecer, aplicar y mantener medidas y procedimientos adecuados para detectar cualquier riesgo de incumplimiento por parte de la empresa de las obligaciones impuestas por las normas que resulten de aplicación, así como los riesgos asociados, y para minimizar dichos riesgos y permitir que la Comisión Nacional del Mercado de Valores ejerza sus facultades de manera efectiva.

2. Para garantizar que la función de cumplimiento normativo se desarrolla de forma adecuada e independiente, las entidades que presten servicios de inversión deberán asegurarse de que se cumplen las siguientes condiciones:

a) La unidad que garantiza el desarrollo de la función de cumplimiento normativo deberá estar dotada de la autoridad, los recursos y la experiencia necesarios y deberá tener acceso a toda la información pertinente.

b) Deberá nombrarse un responsable del cumplimiento que estará a cargo del desarrollo de la función de cumplimiento así como del informe sobre cumplimiento para la alta dirección de la entidad.

c) Las personas encargadas de garantizar el desarrollo de la función de cumplimiento no podrán participar en la prestación de los servicios y actividades que controlan.

d) El sistema para fijar la remuneración de las personas señaladas en la letra anterior no deberá comprometer, ni real ni potencialmente, su objetividad.

³⁴ Artículo 26. Medidas de control interno

1. Los sujetos obligados, con las excepciones que se determinen reglamentariamente, aprobarán por escrito y aplicarán políticas y procedimientos adecuados en materia de diligencia debida, información, conservación de documentos, control interno, evaluación y gestión de riesgos, garantía del cumplimiento de las disposiciones pertinentes y comunicación, con objeto de prevenir e impedir operaciones relacionadas con el blanqueo de capitales o la financiación del terrorismo. (...)

2. (...) Los sujetos obligados establecerán un órgano adecuado de control interno responsable de la aplicación de las políticas y procedimientos a que se refiere el apartado 1.»

ministradores de la empresa. Este tipo de órgano de cumplimiento, con carácter general, adopta una forma colegiada (como si se tratara de una comisión) y es el modelo asumido por el legislador español, que prevé para el órgano o encargado «poderes autónomos de iniciativa y de control».

No obstante, la independencia que el Código Penal quiere para el responsable del cumplimiento normativo no puede obviar que la financiación del programa de cumplimiento y la propia retribución del responsable, al fin y al cabo, dependen de la cúpula directiva. Esta dependencia financiera podría contrarrestarse con una autonomía funcional y ciertas garantías laborales (contra el despido, por ejemplo).

Entre las funciones del órgano o encargado de cumplimiento no parece que se encuentre la implantación del programa de prevención, que el artículo 31 bis.2.1.º atribuye al «órgano de administración», aunque la lógica aconseja que sea el órgano de cumplimiento quien diseñe e implemente el modelo. De todos modos, el hecho de que la responsabilidad de diseñar e implantar un modelo de prevención en la empresa sea competencia indelegable del órgano de administración de la entidad, no quiere decir que éste no pueda encargar, bajo su supervisión, la confección y realización de dicho modelo al *compliance officer*.

Tampoco debería ser de su competencia la reacción disciplinaria frente al incumplidor del programa, sin perjuicio de la posibilidad de proponer sanciones al órgano competente para imponerlas.

Funciones específicas del responsable del programa de cumplimiento normativo penal son:

1. Gestionar el modelo de prevención, o en palabras del Código Penal, la supervisión del funcionamiento y cumplimiento del modelo y la vigilancia y control del personal sometido a él (art. 31 bis.2.2.ª). Estas tareas incluyen verificar que el mapa de riesgos en base al que se ha diseñado todo el modelo es fruto de una adecuada valoración de los mismos; asesorar e informar en toda aquella toma de decisiones que tenga que ver con la organización interna y pudiera tener relevancia a efectos de cumplimiento normativo, enfocando dicho asesoramiento desde el punto de vista de los riesgos penales; supervisar y controlar al personal de la compañía, incluidos los órganos de administración y mandos intermedios, por medio, en este caso, del asesoramiento y la recomendación, creando una especie de «visado» del responsable del programa de cumplimiento normativo en cualquier decisión o acción con posible repercusión en el ámbito penal o susceptible de riesgo.

2. Información y formación sobre el modelo de prevención. Una de sus obligaciones más importantes es divulgar entre el personal de la organización el contenido del programa de prevención penal (mediante manuales, por ejemplo) y responsabilizarse de que periódicamente se forme al personal de la empresa en todos los aspectos relativos al cumplimiento normativo penal que puedan afectar a su actividad.

3. Revisión y modificación del modelo de prevención. Fruto del seguimiento pormenorizado y del chequeo constante del grado de cumplimiento en la persona jurídica del modelo de prevención, será la rápida detección de situaciones de riesgo o fallos del programa, incumplimientos del mismo o comportamientos irregulares que se pueden haber producido por deficiencias del programa. Detectados esos fallos, incumplimientos o comportamientos irregulares, es una de las principales obligaciones del responsable del programa de cumplimiento normativo modificar el programa o proponer su modificación al órgano de administración para que dichas anomalías no vuelvan a producirse y mejorar el modelo de prevención. Cualquier variación en el mapa de riesgos, así como cualquier cambio en la estructura de la empresa, o en su organización, o incluso en la actividad que desarrolla, obligaría a la adecuación del plan de prevención, y esta tarea debe ser responsabilidad del *compliance officer*.

4. Gestión del canal de denuncias e investigaciones internas. Esta labor debe ser realizada por él, porque no deja de ser otra forma de detectar anomalías en el cumplimiento del programa que permitan modificar éste y hacerlo cada vez más eficiente.

VII. Circunstancias atenuantes de la responsabilidad criminal

Recoge el artículo 31 quater de la nueva regulación el mismo texto antes contenido en el artículo 31 bis.4, una serie de circunstancias *ex post facto*, que algún autor ha denominado «la rendición de la persona jurídica». Así dice el texto legal:

«Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica»

La referencia a que «solo podrán considerarse» circunstancias atenuantes las previstas en el art. 31 quater ha sorprendido a la doctrina y, a fin de evitar intolerables situaciones de desigualdad en el enjuiciamiento de las personas física y jurídica, se han propuesto diversas soluciones interpretativas, cuales son entender que solamente esas son las circunstancias atenuantes que prevé expresamente el legislador para las personas jurídicas, pero sin que quede excluida la posibilidad de aplicar «otras» atenuantes; o entender que la mención transcrita de la norma se refiere con exclusividad a circunstancias atenuantes por hechos posteriores a la conducta delictiva, sin descartar otras anteriores. Y es que no tiene sentido, por ejemplo, que para las personas jurídicas se impida la aplicación de la analogía a favor del reo, y sería discriminatorio tratar peor a las personas jurídicas que a las físicas e impedir que se les pudieran aplicar atenuantes tales como la de dilaciones indebidas.

A esta lista de atenuantes se añade una circunstancia eximente incompleta, cual es la prevista en los incisos finales de los apartados 2 y 4 del artículo 31 bis, que prevén que «en los casos en los que las anteriores circunstancias [la implantación de modelos adecuados y eficaces de prevención penal corporativos] solamente puedan ser objeto de acreditación parcial, esta circunstancia será valorada a los efectos de atenuación de la pena». Es obvio que la culpabilidad, entendida como defecto de organización, es una magnitud graduable, pues dicho defecto puede ser de mayor o menor entidad. Sin embargo, esta norma es, cuando menos, de dudosa corrección técnica, pues no se refiere, como debiera, a la materialidad del hecho (la insuficiencia del programa de cumplimiento), sino a la formalidad de su acreditación bastante en juicio, de modo que, si se hiciera una aplicación literal de la misma, una sentencia condenatoria que apreciara esta circunstancia eximente incompleta no debería declarar probado que el programa existía, pero no era suficientemente eficaz o no se implantó de

manera adecuada, sino que no se ha probado que el programa existente fuera suficientemente adecuado y eficaz; esto es, la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal sería declarada en negativo.

En esta materia también ha sido muy polémica la previsión del artículo 31 ter.2, según el cual «la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, (...), no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas». En principio, la norma parece tener como fin principal subrayar que la persona jurídica responde por su propia culpabilidad, pero resulta evidente que conlleva efectos prácticos relevantes. De nuevo, para salvar conclusiones que darían lugar a decisiones judiciales injustas, se ha propuesto una interpretación literal del precepto, de modo que ha de entenderse que hace referencia a la comunicabilidad de circunstancias agravantes y atenuantes de la responsabilidad entre la persona física actuante u omitente y la persona jurídica a la que se imputa el delito³⁵, pero no de las circunstancias eximentes del artículo 20. Otro entendimiento daría lugar al absurdo de que si la persona física que perpetra una conducta típica en nombre o por cuenta de una persona jurídica, y en provecho de ésta, pero amparado por una causa de justificación, singularmente el ejercicio legítimo de un derecho o el cumplimiento de un deber (art. 20.7), no comete delito alguno, sí se le podría atribuir responsabilidad penal a la persona jurídica, a pesar de echarse en falta la nota de antijuridicidad en la conducta. No poder transferir el miedo insuperable de la persona física (art. 20.6) a la jurídica, podría provocar que, a pesar de que a aquélla no le fuera exigible respetar el precepto penal infringido (no le fuera exigible otra conducta), la persona jurídica responderá como si a ella sí le fuera exigible, cuando lo cierto es que la acción es única. Realmente, son múltiples los supuestos en que los elementos de la culpabilidad de la persona física (inimputabilidad, estado de necesidad, etc.) pueden afectar a la culpabilidad de la persona jurídica, aunque las dos culpabilidades tengan fundamentos diferentes, de modo que, en un enjuiciamiento justo, no cabe aplicar una transmisibilidad automática de esos elementos, ni rechazarla por principio.

³⁵ GÓMEZ TOMILLO, Manuel, *op. cit.*

VIII. Sistema de penas y su individualización

Desde la Ley Orgánica 5/2010 la responsabilidad criminal de los entes colectivos cuenta con su propio sistema de penas, previsto en el artículo 33.7, que la Ley Orgánica 1/2015 no ha modificado. Son las siguientes:

- «a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica (...)
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años».

Este catálogo de sanciones («que tienen todas la consideración de graves») es idéntico a las consecuencias accesorias que listaba el artículo 129 antes de su reforma por la Ley Orgánica 5/2010.

En el Derecho penal de las personas jurídicas el fin principal de la sanción es la autoorganización de la empresa, un fin cercano a la prevención especial en cuanto que equivaldría a la resocialización de las personas jurídicas. Ello no quiere decir que la sanción no pueda atender a otros fines como la reparación, la inocuización de entidades peligrosas o la prevención general positiva, pero éstos son fines secundarios frente a aquél.

Dicho esto, la discusión gira más bien en torno a cómo conseguir este objetivo. Y al respecto existe una polémica entre los partidarios de lo que se denomina como el modelo económico y aquellos partidarios del conocido como modelo estructural.

Para los primeros, la forma más sencilla de conseguir la autorregulación es la multa. El razonamiento se basa en la visión de la empresa como un actor racional, que busca maximizar su beneficio, de ahí que, si se la amenaza con una pérdida económica, se organizará, y además lo hará de la forma más eficiente posible, para que esta amenaza no se

haga realidad. Los partidarios del modelo estructural tienen una imagen bastante menos idealizada y bastante más irracional del modo de funcionamiento de una empresa, y consideran además que la multa puede plantear notables problemas para hacerse efectiva. Por ello apuestan por que un supervisor judicial sea el que establezca las medidas de organización necesarias³⁶.

En el sistema elegido por el legislador español, predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, «la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el artículo 66 bis» (Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, apartado VII).

La multa puede ser proporcional o por cuotas. Si es por cuotas, la misma oscila entre un mínimo de 30 euros y un máximo de 5.000 (art. 50.4) y tiene una extensión máxima de cinco años (art. 50.3). Para evitar que la responsabilidad criminal de la persona jurídica afecte a terceros no implicados en la actividad delictiva, se prevé el fraccionamiento del pago de la multa durante un periodo de hasta cinco años, «cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general»; y si aun así no pagase, «el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma» (art. 53.5). Siendo la intervención judicial una pena en sí misma, eso viene a equivaler a una responsabilidad personal subsidiaria, solo que aquí añadida a la pena incumplida, no sustitutiva de la misma.

Caso de que la multa sea proporcional «al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida», y no fuera posible el cálculo sobre la base de estos conceptos, el artículo 52.4 dispone su transformación en multa por cuotas conforme a la gravedad de la pena prevista para la persona física³⁷.

³⁶ NIETO MARTÍN, Adán: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: esquema de un modelo de responsabilidad penal*.

³⁷ «a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años. b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior. c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos».

Establece el artículo 31 ter.1 que «cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [la persona física y la jurídica] la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos». Se trata de una previsión del *ne bis in ídem* que ha merecido juicios dispares en la doctrina. Así, se ha dicho que «la desproporción del castigo de un hecho valorada sobre la base de la acumulación de dos sanciones, exige que dichas sanciones hayan recaído por los mismos hechos, con idéntico fundamento y sobre la misma persona. Y eso no ocurrirá cuando por los mismos hechos e incluso con idéntico fundamento se imponga una pena (de multa) a una persona física y otra pena (también de multa) a una persona jurídica (aunque se trate de una sociedad mercantil con un solo socio) ya que, por definición, en estos supuestos no puede existir identidad de sujetos (ni de bolsillos con los que proveer al pago de la multa, dado que se trata de patrimonios jurídicamente diferentes)»³⁸. Por el contrario, también existe una opinión favorable a la previsión legal, basada en que «en las empresas pequeñas y medianas donde la dirección suele estar en manos de los accionistas principales, quienes además son generalmente las personas penalmente responsables, resulta evidente que existe una doble sanción. El argumento formal de la doble personalidad no puede utilizarse para eludir la aplicación de un derecho fundamental»³⁹.

Conforme dispone el artículo 33.7, «la disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita».

Por otra parte, establece también el artículo 33.7 previsiones bastante completas sobre el contenido de la pena de intervención judicial, sanción cuya finalidad expresa es tutelar los derechos e intereses de los trabajadores y acreedores de la entidad condenada, y que se aproxima a lo que pudiera ser una libertad vigilada para una persona física.

Y hay penas que por su contenido y finalidad (la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial) pueden anticiparse a la fase de instrucción como medidas cautelares, como también preveía para las consecuencias accesorias el antiguo artículo 129.

³⁸ ZUGALDÍA ESPINAR, José Miguel, *op. cit.*

³⁹ MARTÍNEZ PARDO, Vicente José, *op.cit.*

A la hora de individualizar la sanción, el artículo 66 bis contiene reglas propias afines a las previstas para las personas físicas en el artículo 66, a las que también se remite. En cuanto a las reglas propias, aquél precepto distingue los supuestos en los que la previsión penal tenga un carácter general de aquellos que vengan ya con una duración limitada.

En el primero de los casos, de cara a la decisión sobre la imposición y extensión de las penas de disolución, suspensión, clausura de locales, prohibición de actividades, inhabilitación e intervención judicial, se recogen como criterios complementarios: 1.º—la necesidad para prevenir la continuidad delictiva o sus efectos; 2.º—las consecuencias económicas y sociales y, especialmente, los efectos para los trabajadores; 3.º—el puesto ocupado en la estructura de la persona jurídica por parte de la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

Esta previsión parece responder a las peculiaridades propias de la actividad empresarial, caracterizada por la división técnica del trabajo, la especialización, la complementariedad de las diferentes aportaciones de los sujetos en el contexto de un plan común y la jerarquía, elementos todos ellos que deben ser tenidos en cuenta a la hora de proceder a la aplicación de la pena, junto a la finalidad tuitiva de los intereses de terceros (trabajadores y acreedores, habitualmente).

Cuando las penas anteriores (salvo la disolución) vengan ya impuestas con una duración limitada desde el tipo penal de la parte especial⁴⁰, la segunda regla del art. 66 bis establece, como reflejo del principio de proporcionalidad, que «ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física».

Añade la Ley Orgánica 1/2015 una limitación de estas penas a un máximo de dos años, cuando la persona jurídica ha sido condenada por actos de un subordinado y con motivo de «un incumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control que no tenga carácter grave». El legislador debería explicar ahora a los jueces cómo aplicar esta norma, pues en tales casos la condena de la persona jurídica sólo es posible si el hecho delictivo del subordinado se ha cometido «por haberse incumplido gravemente» esos deberes (art. 31 bis.1.b), de modo que ha de concluirse que, si el incumplimiento no tiene «carácter grave» (art. 66 bis), no es que hay que atenuar la pena, es que no puede imponerse.

⁴⁰ Salvo error u omisión, el único supuesto actual es el de los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social y respecto de la pena de inhabilitación para obtener subvenciones y beneficios fiscales, que se fija en un periodo de tres a seis años (art. 310 bis).

Se añaden exigencias posteriores para la imposición de esas penas por plazos superiores a dos años (excluido «en todo caso» el supuesto anterior): reincidencia de la persona jurídica o utilización instrumental de la misma para la comisión de ilícitos penales.

Para aplicar las penas de prohibición de actividades o inhabilitación en duración superior a cinco años, o de manera permanente la disolución o la prohibición de actividades, se exige la concurrencia de una reincidencia cualificada (art. 66.1.5.^a) o la utilización instrumental de la persona jurídica con vistas a la comisión de ilícitos penales.

El hecho de que el legislador no haya previsto para las personas jurídicas una remisión expresa a la Sección 1.^a del Capítulo II del Libro I del Código no significa que en los delitos de los entes colectivos no quepan las formas imperfectas de ejecución o las diversas modalidades de participación criminal. Ambas cosas serán posibles y se penarán conforme a las reglas generales (arts. 62 a 65).

IX. La extinción de la responsabilidad penal y sus excepciones

La primera causa de extinción de la responsabilidad criminal de una persona física es «la muerte del reo» (art. 130.1.1.^o), suceso equivalente a la disolución de una persona jurídica. Curiosamente, el Código no la menciona como causa de extinción si es auténtica, sino sólo para regular los supuestos de «disolución encubierta o meramente aparente» (art. 130.2.párrafo 2.^o). Con base en un criterio económico-organizativo, la norma entiende que esto ocurre «cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos». Si tal sucede, se presume que la disolución es meramente aparente (véase la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, apartado VII) y la carga de acreditar lo contrario pesa sobre la persona jurídica. Se trata de una previsión dirigida a evitar el fraude que derivaría de una desaparición meramente formal y no real, o en palabras de la mencionada Exposición de Motivos, a «evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada».

El art. 130.2 se ocupa también de otros supuestos de desaparición de la entidad, para impedir que puedan derivar sin más en extinción de la responsabilidad penal en evidente fraude de ley. Dispone así que, en los supuestos de transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica, la responsabilidad penal no se extingue, sino que «se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o

entidades que resulten de la escisión», permitiendo al juez o tribunal la moderación del traslado de la pena a la nueva entidad «en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable guarde con ella».

Resulta evidente la necesidad de una solución como la prevista, pero establecer esa «proporción» se antoja francamente problemático en términos de práctica judicial y además no está exenta de objeciones técnicas, pues, siendo la responsabilidad penal personal, no resulta fácil admitir el «traslado» de la misma a otra entidad, máxime cuando el precepto no requiere para ello una identidad absoluta entre la persona condenada y la resultante de esos procesos societarios.

X. Las consecuencias accesorias del artículo 129

Dada la importante presencia que tienen en la economía determinados entes sin personalidad jurídica, la Ley Orgánica 5/2010 no derogó el artículo 129, sino que le dio nueva redacción para contemplar las consecuencias penales de la actuación ilícita de estas entidades. Es fácil hacerse una idea de la relevancia económica que puede tener la actividad de sociedades mercantiles irregulares o en formación, comunidades de bienes, sociedades civiles, herencias yacentes, uniones temporales de empresas, fondos de inversión, fondos de pensiones y demás figuras jurídicas que aúnan a una pluralidad de personas y un fondo común para alcanzar un fin, a cuyo efecto intervienen en el tráfico jurídico.

El precepto establece que «en caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis», el juez o tribunal podrá (es facultativo) imponerles motivadamente una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7 (suspensión, clausura de locales, prohibición de actividades, inhabilitación e intervención judicial). Se excluye la posibilidad de multar a estos entes, ya que carecen de un patrimonio propio, y de disolverlos, ya que no se les puede hacer perder una personalidad jurídica de la que carecen. Pero el juez o tribunal «podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita».

Termina el precepto disponiendo que la clausura de locales, la suspensión y la intervención judicial «podrán ser acordadas también por

el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa», como ya prevé el artículo 33.7 para las personas jurídicas.

Estas consecuencias accesorias sólo podrán imponerse cuando el Código «lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas». Esto significa que rige también respecto de estos entes y estas consecuencias el sistema de *numerus clausus*, pero es más amplio que el dispuesto para penar a una persona jurídica, se pueden imponer en más delitos, ya que a los casos en los que está prevista la aplicación del artículo 31 bis, hay que sumar los supuestos en los que se establece la aplicación específica del artículo 129.

La mención a que estas consecuencias son «accesorias a la pena que corresponda al autor del delito» conlleva que no pueden imponerse sin condenar simultáneamente a una persona física, al contrario de lo que sucede con las penas sobre las entidades con personalidad jurídica.

La exigencia de motivación supone la necesidad de explicar hasta qué punto es necesario imponer la consecuencia accesoria para prevenir la continuidad de la actividad delictiva y los efectos de la misma, según disponía el antiguo artículo 129.3 y se prevé ahora en el artículo 66 bis.1.^a.

XI. Cuestiones procesales

La Ley Orgánica 5/2010, que estableció la responsabilidad penal de las personas jurídicas, entró en vigor en diciembre de ese año y el legislador no se preocupó de efectuar las reformas oportunas para dotar de un estatuto procesal penal a los entes colectivos hasta la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal, que entró en vigor el 31 de octubre de 2011, diez meses después, demora que provocó razonables críticas, pero que causó escasas disfunciones.

En cuanto a la competencia objetiva para el enjuiciamiento, el nuevo artículo 14 bis de la Ley de Enjuiciamiento Criminal reguló que, «cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a éste por la ley se atenderá en todo caso a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica». Que el órgano de enjuiciamiento lo determine la pena prevista para una persona física que quizás no sea enjuiciada ha sido una solución que ha merecido opiniones dispares entre los autores, pero no creo que se vean compro-

metidas las garantías procesales porque sea un juzgado o un tribunal quien conozca del asunto, ahora que la doble instancia penal está prevista para todos los casos tras la reforma operada en la Ley de Enjuiciamiento Criminal (art. 846 ter) por la Ley 41/2015, de 5 de octubre.

La reforma estableció en el artículo 119 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ciertas especialidades para la comparecencia de la persona jurídica como imputada, de modo que a tal fin y en el procedimiento penal deberá nombrar una persona que la represente con poder especial para ello, al margen del abogado y el procurador. En la comparecencia del artículo 775 prevista en el procedimiento abreviado, habrá de designar a dicho representante, entendiéndose la lectura de derechos y la información de los hechos objeto de la denuncia o querella con el abogado en caso de que no fuere designado representante especial o no asistiera éste al acto.

Sólo cabrá llamar a la persona jurídica mediante requisitoria y, por tanto, únicamente podrá declarársela rebelde, «cuando no haya sido posible su citación para el acto de primera comparecencia por falta de un domicilio social conocido» (art. 839 bis.1).

En caso de que el ente colectivo sí haya podido ser citado, el artículo 119 añade que «la falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el Abogado y Procurador designado» y que «la designación del Procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con el Procurador designado todos los actos de comunicación posteriores, incluidos aquellos a los que esta Ley asigna carácter personal». Como igualmente dispone que si la persona jurídica no designa abogado y procurador, se le nombrarán de oficio, queda claro que la interesada inactividad del ente colectivo no impedirá la sustanciación del procedimiento frente a ella.

Obvio parece que el entendimiento con el abogado en la comparecencia judicial debe circunscribirse a la lectura de derechos e información de los hechos, sin que pueda ampliarse a la declaración en calidad de imputada, porque nada abona la idea de que pueda asumir al mismo tiempo la defensa técnica y la especial representación de la persona jurídica en el procedimiento penal.

Al respecto, la reforma introdujo también un nuevo artículo 409 bis, en el que se detallan las reglas para la declaración del representante especial de la sociedad, asistido precisamente de abogado. En caso de incomparecencia de la persona especialmente designada, se tendrá por celebrado el acto, entendiéndose que la persona jurídica se acoge a su derecho a no declarar. Dada la subsidiariedad de las reglas del procedimiento ordinario para todo lo no previsto en el procedi-

miento abreviado, debe concluirse que la declaración, también en este procedimiento, no puede entenderse nunca con el abogado.

Obviamente, durante la instrucción la persona jurídica es titular de todos los derechos que como imputado goza cualquier sujeto y que les sean predicables dada su naturaleza, como, por ejemplo, la inviolabilidad del domicilio y el secreto de las comunicaciones, de modo que las inferencias en estos derechos requerirán de la oportuna autorización judicial.

El artículo 786 bis.1 *in fine* prohíbe la designación en juicio como representante especial de la sociedad a quienes tuvieran que declarar como testigos. La previsión resulta evidente, ya que dicho representante, «debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados», podrá declarar en nombre del ente colectivo, con derecho «a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio»; de ningún modo podría compatibilizar esa actividad con la condición de testigo.

Ahora bien, esta evidente previsión versa sobre el acto de juicio oral y no puede trasladarse de modo genérico a la fase inicial de instrucción. Al comienzo de la investigación judicial esta restricción sólo podría aplicarse a las personas señaladas en la denuncia o querella como testigos para el esclarecimiento del hecho y su autor, sin especular acerca de qué sujetos podría llamarse a declarar en esa condición según avance la instrucción. Además, el instructor habrá de velar porque la simple solicitud de llamamiento a declarar como testigo por parte de las acusaciones no prive al ente colectivo, de modo injustificado, de su representante especialmente designado para el procedimiento, pues ese resultado podría ser causante de efectiva indefensión a la imputada.

En el acto de juicio oral se aplica la misma norma acerca de la incomparecencia del representante especial que durante la instrucción: «no impedirá en ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del Abogado y el Procurador de ésta». Ello supone que esa inasistencia a la vista no provocará su suspensión (art. 746 *in fine*), al entenderse que la persona jurídica, presentes su abogado y procurador, no ha incomparecido.

Lo que no prohíbe la ley es que la representación especial de la persona jurídica pueda ser desempeñada por la persona física acusada de realizar el hecho de conexión o referencia, coincidencia más que probable en sociedades de pequeño tamaño, y eso puede provocar un conflicto de intereses con graves repercusiones para el ente colectivo, habida cuenta la relevancia de las penas que se le podrían imponer.

En línea con lo anterior, se encuentra la regulación de la conformidad de la persona jurídica, prevista en el artículo 787.8. Dice el precepto que «cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial». En el caso de coincidencia en la identidad de la persona física acusada y la especial representación de la persona jurídica, también acusada, difícilmente podrá apreciarse una auténtica libertad de juicio del ente colectivo en la expresión de su voluntad o al menos las dosis de certeza serán muy escasas.

Dispone también el precepto que la conformidad «podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos». Sin embargo, habrá de depurarse el contenido de ese reconocimiento de hechos que supone la conformidad, pues el hecho de conexión o referencia es, en definitiva, un hecho ajeno, no propio, aunque tenga relevancia social y sea percibido como tal; sólo el defecto de organización y de debido control puede calificarse, en términos estrictamente fácticos, de hecho propio. Por lo demás, la conformidad expresada por la persona jurídica y que implica su condena podría seguirse de un pronunciamiento absolutorio en el mismo proceso o en otro diferente sobre la persona física, declarándose en sentencia la atipicidad del hecho imputado. Este resultado judicial generaría la paradoja de haber asignado a la persona jurídica una responsabilidad penal por el hecho de un tercero que resulta, a la postre, no ser constitutivo de delito.

La ley no establece límites a la conformidad de la persona jurídica derivados de la duración de las penas, como sí prevé para las personas físicas, y aunque algunos autores han propuesto suplir la omisión fijando esos límites con diversas soluciones interpretativas, entiendo que, sencillamente, no existen tales limitaciones y el ente colectivo puede conformarse con cualquier pena, incluida la más grave, la disolución.

Patchwork criminal o cómo tejer un Código penal mediante retazos. La reforma de los delitos patrimoniales

Cristina de Vicente Casillas

Magistrada. Juzgado de lo Penal n.º 2. Bilbao

Sumario: I. Introducción: ¿Cómo se legisla? II. Problemas que plantea la supresión de las faltas en el ámbito de los delitos patrimoniales. 1. La degradación sobrevenida de algunos delitos menos graves a leves sin alterar la pena. 2. El sobreseimiento por renuncia al proceso. III. El delito de hurto (art. 234 y ss. CP). 1. Antecedentes. 2. Tipo básico (art. 234.1). 3. Subtipo atenuado (art. 234.2 CP). 4. Agravación por eliminación de dispositivos de guarda (art. 234.3 CP). 5. Subtipos agravados (art. 235 CP). IV. El delito de robo con fuerza (art. 237 y ss. CP). 1. Tipo básico (art. 237 CP). 2. Agravaciones comunes al hurto (art. 240). 3. Robo en casa habitada y establecimiento abierto al público (art. 241 CP). V. El delito de robo con violencia (art. 242 CP). VI. Robo y hurto de uso de vehículos a motor (art. 244 CP). VII. Delitos de usurpación (art. 245 y ss. CP). VIII. Receptación (art. 298 CP). IX. El nuevo delito de administración desleal (art. 252). 1. Introducción. 2. Sujeto activo, sujeto pasivo y objeto material. 3. Conducta típica. 4. Elemento subjetivo. 5. Perjuicio. 6. Penalidad. X. El delito de malversación de caudales públicos (art. 432 CP). XI. Cuadros penológicos.

I. Introducción: ¿Cómo se legisla?

¿Cómo se legisla? Esta es la pregunta que con más frecuencia se escucha cuando los destinatarios de reformas de calado nos enfrentamos a la tarea de entender los designios del legislador. El título de esta ponencia intenta responder a esta pregunta en relación con la reforma de los delitos patrimoniales.

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-15759-81-2, núm. 12/2016, Bilbao, págs. 141-169

El patchwork es una palabra de origen inglés que se utiliza comúnmente para denominar a las labores realizadas a base de unir trozos de telas diferentes. Su origen responde a la idea del reciclaje. Nuestro Código penal es esa gran labor realizada con telas diferentes. La peculiaridad de esta labor es que se viene realizando desde el año 1995, no sólo con telas diferentes sino por autores diferentes, de forma que con ésta son 29 las ocasiones en que nuestra particular colcha ha sido retocada.

El éxito del resultado depende de la ejecución y de la cuidadosa elección de las telas y del diseño elegido. En nuestro caso la dificultad de la técnica legislativa empleada reside en que los autores de las modificaciones son diferentes. De forma que es fácil perder la visión de conjunto (el diseño inicial) y requiere de un gran conocimiento de todas las reformas realizadas y dedicación a la tarea de escoger las nuevas piezas para que el diseño del conjunto sea coherente y armónico. Sin embargo, la realidad es que no existen estos especialistas, se desconoce el autor material y las reformas se producen a golpe de grupo de presión lo que explica (como analizaremos) la improvisación, redundancia, falta de coherencia con el conjunto, incluso falta de coherencia entre las nuevas piezas incluidas.

No parece además que el legislador advierta la necesidad de reconsiderar esta peculiar forma de legislar. Antes bien, señala en su Exposición de Motivos:

«El Código Penal ha de tutelar los valores y principios básicos de la convivencia social. Cuando esos valores y principios cambian, debe también cambiar. En nuestro país, sin embargo, pese a las profundas modificaciones de orden social, económico y político el texto vigente data, en lo que pudiera considerarse su núcleo básico, del pasado siglo. La necesidad de su reforma no puede, pues, discutirse».

Sin embargo, parece que ha llegado el momento de plantearse si el CP de 1995 admite más retazos.

Para situar la reforma en su contexto presentamos unos datos sobre la importancia de los delitos patrimoniales en el conjunto del panorama criminal español.

Conforme a la última estadística publicada de condenados por delitos, correspondiente al año 2014, en España se dictaron sentencias condenatorias por un total de 277.956 delitos. De estos delitos 11.606 fueron hurtos, 30.185 fueron robos y 2.243 apropiación indebida que vienen a representar aproximadamente un 14 % de los delitos cometidos. No podemos conocer los datos de los delitos de administración desleal porque no existe un apartado específico que los contemple. Si

consta que hubo sentencias condenatorias por un total de 92 delitos societarios.

Atendiendo a su tipología los que mayor incidencia numérica tuvieron fueron los delitos contra la seguridad vial (34,8%) los delitos de lesiones (12,3%) y los robos (11,1%).

No existe una estadística aplicada al estudio de la reincidencia. Tampoco existe una estadística general que refleje el número de condenas por faltas agrupadas por tipos de infracciones criminales y penas. Con esta falta de datos estadísticos es muy difícil que se acierte a la hora de definir los problemas y las soluciones aplicables.

Desde esta perspectiva veamos, cuales son los problemas que ha detectado el legislador en relación a estos delitos y cómo los ha solucionado.

EL Preámbulo de la LO 1 / 2015, de 30 de marzo, señala con relación a los delitos contra el orden socioeconómico lo siguiente:

«La revisión de la regulación de los delitos contra la propiedad y el patrimonio tiene como objetivo esencial ofrecer respuesta a los problemas que plantea la **multirreincidencia y la criminalidad grave**.

Con esta finalidad se suprime la falta de hurto, y se introduce un supuesto agravado aplicable a la delincuencia habitual. Los supuestos de menor gravedad, que anteriormente se sancionaban como falta, se regulan ahora como delitos leves; pero se excluye la consideración como leves de todos aquellos delitos en los que concurra alguna circunstancia de agravación —en particular, la comisión reiterada de delitos contra la propiedad y el patrimonio—. De este modo, se solucionan los problemas que planteaba la multirreincidencia: los delinquentes habituales anteriormente eran condenados por meras faltas, pero con esta modificación podrán ser condenados como autores de un tipo agravado castigado con penas de uno a tres años de prisión.

En cualquier caso, por razones de seguridad jurídica y de mayor precisión posible en la descripción penal, se mantiene el límite cuantitativo para una clara delimitación entre el nuevo delito leve de hurto y el tipo básico.

Se modifica el catálogo de agravantes específicas del hurto, también aplicables a los delitos de robo con fuerza en las cosas, y se incluyen los supuestos de aprovechamiento de la situación de desamparo de la víctima, multirreincidencia delictiva, utilización de menores de dieciséis años y comisión del delito por miembro de una organización o grupo criminal, dedicados a la comisión de delitos de la misma naturaleza. También se ofrece respuesta al grave problema que plantean actualmente los delitos cometidos en explotaciones agrarias o ganaderas con causación de perjuicios relevantes a sus titulares; se trata de infracciones cometidas en explotaciones en las que difícilmente es posible adoptar medidas eficaces de

protección, circunstancia que es aprovechada para la comisión de estos delitos, y que conllevan la causación a sus propietarios de un perjuicio extraordinariamente elevado, muy superior al que corresponde a la mera valoración de los productos sustraídos, y son causa de una grave sensación de desprotección e inseguridad para quienes los sufren.

Asimismo, debido al grave problema generado por la sustracción de cable de cobre de las redes de servicio público e interés general, también se ha considerado conveniente incorporar una agravación cuando los delitos de hurto o robo afecten a conducciones de suministro eléctrico o de telecomunicaciones. Esta misma agravación se prevé para las conducciones o infraestructuras de hidrocarburos.

Y, del mismo modo, se ha incluido un tipo agravado en el **delito de receptación**, cuando se trate de bienes o efectos de especial protección o cuya sustracción da lugar a un delito contra el patrimonio de mayor gravedad. Con ello se pretende desincentivar tanto la sustracción de dichos bienes como su venta o tráfico ilícito.

Se modifica la definición de robo con fuerza, que pasa a incluir los supuestos en los que la fuerza se utiliza para abandonar el lugar con el botín (el problema habitual se planteaba en los supuestos de desactivación de los sistemas de alarma desde el interior del lugar). Y se incluye un nuevo supuesto agravado de robo con fuerza determinado por el modo de comisión (butrones, alunizajes) o la gravedad de los daños causados.

Se regula como **supuesto agravado el robo con violencia** cometido en establecimiento abierto al público, que anteriormente no existía.

El **catálogo de supuestos agravados de estafa** regulado en el artículo 250 del Código Penal es revisado para incorporar, al igual que el hurto, una referencia a los supuestos de multirreincidencia. Se añade, asimismo, una referencia a los supuestos en los que el delito se comete de un modo que llega a afectar a un elevado número de personas.»¹.

II. Problemas que plantea la supresión de las faltas en el ámbito de los delitos patrimoniales

La reforma incluye dos novedades: la degradación sobrevenida de algunos delitos menos graves a leves sin alteración de la pena y la solitud de sobreseimiento por renuncia al proceso que se atribuye al Ministerio Fiscal.

¹ La negrita es añadida.

1. *La degradación sobrevenida de algunos delitos menos graves a leves sin alterar la pena*

La reforma penal —y procesal— operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, suprime el libro de las faltas, que tenía cuatro títulos (contra las personas, contra el patrimonio, contra los intereses generales y contra el orden público) y crea una nueva categoría de infracción criminal que viene a sustituirlas denominada delito leve.

El Código, establece ahora una división tripartita de las infracciones penales, que se denominan delitos graves, menos graves y leves en atención a la naturaleza de sus respectivas penas (art. 13 CP).

Ya no existe un catálogo cerrado de delitos leves como ocurría con las faltas, sino que los delitos leves se dispersan a lo largo del Libro II, integrando en ocasiones subtipos atenuados de delitos menos graves.

Para conocer cuáles son los delitos leves ha de acudirse al art. 13 CP cuyo apartado 3.º dice que «son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve» y el 4.º, en su segundo inciso, que «cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave se considerara en todo caso, como leve».

Como señala la Circular de la Fiscalía General del Estado 1 /2015 sobre pautas para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves, tras la reforma penal operada por la LO 1/2015:

«En el nuevo ordenamiento lo que acredita la levedad de la infracción es el límite mínimo. Si éste se sitúa en la cuantía o tiempo previstos en el art. 33.4 CP, el delito es leve aunque el límite máximo de la pena asignada se prolongue hasta el tramo reservado en el art. 33.3 CP a su modalidad menos grave. Esto ha producido la degradación sobrevenida de ciertos delitos menos graves aunque su penalidad no ha experimentado variación en la LO 1/2015, pero que por tener asignada una pena de multa que parte de una duración de tres meses, han cambiado de naturaleza.»

El problema viene originado por la peculiar técnica legislativa del patchwork de forma que esta pieza nueva incluida no casa con las anteriores, ya que en la regulación anterior era pena menos grave la multa de más de dos meses mientras que ahora es menos grave la multa de más de tres meses, por lo que todas las infracciones castigadas con un mínimo de multa de tres meses pasan de ser menos graves a leves sin que la pena se haya modificado.

Así ocurre, según la citada circular, en las siguientes infracciones contra el patrimonio:

El delito de sustracción de cosa propia, que tiene prevista una pena de multa de 3 a 12 meses si el valor de la cosa excede de 400 euros (art. 236.1 CP) y de 1 a 3 meses si el valor no excede de 400 euros (art. 236.2 CP). De forma que ahora son leves tanto el tipo básico como el atenuado, perdiendo por completo virtualidad diferenciadora de la naturaleza del delito el límite cuantitativo de los 400 euros del valor del objeto sustraído.

1. La ocupación sin autorización de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular (art. 245.2 CP), sancionado con pena de multa de 3 a 6 meses.

2. La alteración de términos y lindes, que cuando la utilidad reportada o pretendida excede la cantidad de 400 euros, se castiga con multa de 3 a 18 meses (art. 246.1 CP), y cuando no la excede, con multa de 1 a 3 meses (art. 246.2 CP).

3. La distracción de aguas, que cuando reporta una utilidad de más de 400 euros se castiga con multa de 3 a 6 meses (art. 247.1 CP) y cuando no la excede con multa de 1 a 3 meses (art. 247.2 CP).

4. La apropiación indebida de cosa mueble ajena fuera de los casos específicamente previstos en el art. 253 CP que cuando excede la cuantía de 400 euros, se castiga con multa de 3 a 6 meses (art. 254.1 CP) y cuando no la excede, con multa de 1 a 2 meses (art. 254.2 CP).

5. La defraudación de energía, fluidos, y telecomunicaciones, que cuando excede de 400 euros se castiga con multa de 3 a 12 meses (art. 255.1 CP) y cuando no lo excede con multa de 1 a 3 meses (art. 255.2 CP).

6. El uso inconsentido de un terminal de telecomunicaciones ajeno, que cuando ocasiona un perjuicio a su titular superior a 400 euros se castiga con multa de 3 a 12 meses (art. 256.1 CP), y cuando el perjuicio no excede dicha cuantía, con multa de 1 a 3 meses (art. 256.2 CP).

7. Los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros (art. 267 CP), que se castigan con pena de multa de 3 a 9 meses.

Finalmente hay que señalar que la LECrim, modificada el 6/10/2015, introduce una enigmática disposición adicional sexta con el siguiente tenor:

«Disposición adicional sexta. Procedimiento.

Sin perjuicio de lo establecido para los procesos especiales, los delitos que alternativa o conjuntamente estén castigados con una pena leve y otra menos grave se sustanciarán por el procedimiento abreviado o, en su caso, por el procedimiento para el enjuiciamiento rápido de determinados delitos o por el proceso por aceptación de decreto.»

Se trata de una disposición aplicable solo a los delitos que tengan señalada pena compuesta respecto de los que el Código penal nada dice sobre su clasificación. La Circular de la Fiscalía mencionada ya había llegado a la conclusión que dichos delitos habían de ser considerados como menos graves, por lo que la referencia al procedimiento aplicable a dichos delitos realizada en la DT 6.^a parece carente de justificación. Es el caso del hurto de uso del art. 244 del CP castigado con pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días (menos grave) o multa de dos a doce meses (pena leve).

Subsiste el problema de los delitos menos graves degradados a leves, que habrán de enjuiciarse conforme al antiguo procedimiento de juicio de faltas, lo que ha sido duramente criticado por la doctrina por tratarse de infracciones cuya gravedad no parece acomodarse bien a la tramitación sencilla y con menos garantías de dicho procedimiento.

Seguramente para dar respuesta a estas críticas se ha vuelto a modificar el art. 967.1 LECrim que ahora señala: «Para el enjuiciamiento de delitos leves que llevan aparejada multa cuyo límite máximo sea al menos de seis meses, se aplicarán las reglas generales de defensa y representación».

2. *El sobreseimiento por renuncia al proceso*

La nueva regulación procesal de los delitos leves (con un procedimiento rápido y otro ordinario) faculta al Ministerio Fiscal para pedir el sobreseimiento cuando concurran las siguientes circunstancias:

- a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y
- b) No exista un interés público relevante en la persecución del hecho.

En tal caso, el Juez comunicará inmediatamente la suspensión del juicio a todos aquellos que hubieran sido citados por la Policía en los términos del art. 963.1 LECrim.

Si el Fiscal no insta la terminación anticipada del procedimiento, el Juez «acordará la inmediata celebración del juicio en el caso de que hayan comparecido las personas citadas o de que, aun no habiendo comparecido alguna de ellas, el juzgado reputare innecesaria su presencia» (art. 963.1.2a LECrim).

Conforme a los citados preceptos, la primera decisión que adopta el Juez de Instrucción es la de incoar el procedimiento para enjuiciamiento del delito leve, si los hechos tienen relevancia penal y la siguiente decisión, relativa al sobreseimiento de la causa es una decisión que presupone la previa evacuación de informe por el Ministerio Fiscal.

La decisión de sobreseimiento implica que el juicio no se celebra y que, en consecuencia, las personas citadas por la Policía pueden abandonar el juzgado, como el mismo precepto prevé, lo que a mi juicio constituye una decisión legislativa de todo punto sorprendente, al prever expresamente un procedimiento en el que una citación a juicio resulte a la postre inútil. Parece que a estas alturas, con la cantidad de ineficiencias que acumulan nuestros procesos penales, sería exigible a una modificación legislativa un diseño que no moleste al ciudadano con citaciones inútiles.

La interpretación que de este precepto hace la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2015 es la siguiente:

«La ley ha optado por un principio de oportunidad tasada o reglada, en el que el Fiscal no es libre para adoptar la decisión que le parezca, sino que debe ceñirse a los supuestos establecidos en la ley, y puro, en la medida en que la efectividad del archivo no va a quedar condicionada al cumplimiento por parte del sujeto pasivo del procedimiento de condiciones, medidas o reglas de conducta durante un periodo de tiempo determinado, sino que operará de forma inmediata.»

Esta potestad va a poder ejercitarse tanto en los delitos leves públicos como semipúblicos. Lo que ocurre en estos últimos es que el Ministerio Fiscal está dispensado de acudir a juicio y elaborar el preceptivo informe, estableciendo la Fiscalía General del Estado por lo que respecta al único delito leve patrimonial semipúblico (daños superiores a 80.000 euros por imprudencia grave), que su asistencia no es necesaria.

Por lo que respecta a los delitos leves públicos la Circular de la FGE establece las siguientes condiciones de ejercicio para los fiscales:

«Dos parámetros complementarios: de un lado, el valor relativo del bien jurídico tutelado por la norma, y de otro, la intensidad del daño o riesgo efectivamente ocasionados.

1.º—Bien jurídico tutelado. Desde el primer punto de vista, habrán los Sres. Fiscales de ser más exigentes, y por lo tanto menos proclives a solicitar el archivo de la causa, cuando el delito cometido afecte a bienes jurídicos de naturaleza personal, como son la integridad física y moral, la dignidad o la libertad.

Desde el segundo punto de vista, la necesidad de protección es más intensa cuando se lesiona de forma efectiva el bien jurídico protegido en la norma, por haberse alcanzado la culminación del *iter criminis*, especialmente si del hecho punible se ha derivado un daño o perjuicio indemnizable que no ha sido debidamente compensado en el momento en que se evacúa el trámite de informe.

También deberán ser valoradas circunstancias personales del autor como su edad juvenil —por estar comprendido entre los 18 y 21 años—, carencia de antecedentes penales por hechos de semejante naturaleza, ocasionalidad de su conducta infractora, arrepentimiento activo, disposición a reparar el mal causado, etc.

La consulta de las anotaciones de condenas precedentes recaídas en juicio de faltas o por delito leve resulta en todo caso necesaria para una emisión fundada del informe.

Puede ser un medio adecuado de indagación la solicitud a los Juzgados Decanos de la localidad de la hoja de anotaciones de procedimientos del autor.

2.º—Ausencia de interés público en la persecución del hecho. En gran medida el interés público en el ejercicio de la acción penal es un concepto directamente relacionado con la antijuricidad material de la conducta, por lo que este criterio se solapa parcialmente con el anterior. No obstante, existen factores externos al hecho cometido que deben ser considerados al aquilatar la necesidad de la pena: la finalidad de afirmar y consolidar el ordenamiento jurídico conculcado, por ejemplo, que es más exigente cuando la comunidad sufre con frecuencia hechos de la misma naturaleza —hurtos flagrantes en determinados espacios públicos de la ciudad, p.e.—, o, desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito, la necesidad de brindar a la víctima una protección efectiva de sus intereses y un respeto a su voluntad manifestada, en concordancia con las exigencias del Derecho de la Unión Europea y de nuestro propio ordenamiento jurídico desde la publicación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito (en adelante, EVD).

El tenor legal refrenda este criterio en la medida en que el inciso final de la letra b) del art. 963.1.1a LECrim concluye disponiendo que:

«En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hu-

biere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado».

Siguiendo con la citada Circular y en relación con «el hurto (art. 234.2 CP), sustracción de cosa propia (art. 236 CP), alteración de términos y lindes (art. 246 CP), distracción de aguas (art. 247 CP), estafa (art. 249.2 CP), administración desleal (art. 252.2 CP), apropiación indebida (art. 253.2 CP), apropiación indebida impropia, de cosa perdida o recibida por error (art. 254 CP), defraudación de fluidos, energía y telecomunicaciones (art. 255 CP), uso no autorizado de terminal de telecomunicaciones (art. 256 CP) y daños dolosos (art. 263.1, pfo. segundo CP), afirma:

«En todos estos supuestos, siguiendo los parámetros del art. 963.1.1.^a, inciso final LECrim, a los que se ha aludido más arriba, el Fiscal podrá renunciar al ejercicio de la acción penal e informar a favor del sobreseimiento y archivo de la causa, si la víctima no ha denunciado los hechos, después de denunciados ha puesto de manifiesto su deseo de retirar la denuncia, o de cualquier otra forma ha hecho saber en sede policial o judicial que no tiene interés en la incoación o prosecución del procedimiento —p.e., solicitando no ser citado a juicio—.

Si por el contrario, la víctima denuncia directamente los hechos en la Policía o en el Juzgado, o en el curso de la tramitación del atestado policial o incoado el procedimiento manifiesta una voluntad explícita de denuncia, el Fiscal informará a favor de la prosecución del procedimiento y la celebración del juicio oral, especialmente si existen indemnizaciones pendientes de satisfacer, salvo casos excepcionales».

«Se interesará siempre la prosecución de la causa y la celebración de juicio en los delitos previstos en los arts. 236 CP (sustracción de cosa propia), 246 CP (alteración de términos y lindes), 247 CP (distracción de aguas), 254 CP (apropiación indebida impropia), 255 CP (defraudación de energía, fluido o telecomunicaciones) y 256 CP (uso no autorizado de terminal de telecomunicación ajeno) cuando el objeto, cantidad o utilidad ilícitamente obtenida hubiera alcanzado un valor superior a los 400 euros, en atención a la mayor gravedad intrínseca de estas conductas y al hecho de que hasta la reforma de 2015 estos supuestos constituían delito menos grave y se sancionaban con la misma pena de multa.

Del mismo modo, se interesará siempre la prosecución de la causa y la celebración de juicio cuando se trate de un delito de ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o de mantenerse en los mismos sin autorización, del art. 245.2 CP por tratarse igualmente de hechos que se configuraban como delito menos grave hasta la reforma penal.

A fin de evitar efectos criminógenos, en supuestos de reiteración en los delitos leves patrimoniales no procederá dar eficacia a la reparación del daño para postular el archivo.»

En mi opinión se trata de una postura injustificadamente rígida, pues impide valorar caso por caso al Fiscal la oportunidad del ejercicio de la acción penal, que es el principio inspirador de la reforma, y que paradójicamente ha sido reclamado reiteradamente por el Ministerio Fiscal.

De esta manera nada menos que en siete infracciones delictivas se impide a los Fiscales ejercitar el principio de oportunidad tasado, delitos en los que cabe que se haya reparado el daño, no exista denuncia del ofendido y por tanto no exista un interés público relevante en la persecución de los hechos, quedándose de esta manera fuera del ámbito de aplicación de esta novedosa y saludable reforma.

III. Delito de hurto (art. 234 y ss. CP)

1. *Antecedentes*

En la reforma del año 2003 y después en la de 2010 el legislador puso de relieve la especial preocupación por la pequeña delincuencia patrimonial. A tal fin creo el denominado delito de hurto por acumulación de faltas cuyo montante total supere los 400 euros en el párrafo segundo del art. 234, que pronto fue criticado por presentar numerosos problemas que la reforma de 2010 no solucionó. En efecto, se sancionaba a quien en el plazo de un año realice tres veces (y no cuatro, como se recogía en la redacción de la LO 11/2003) la acción descrita en el apartado 1.º del art. 623, esto es, cometer hurto cuando el valor de lo hurtado no exceda de 400 euros, siempre que en conjunto, sumadas las respectivas cuantías, se supere la cantidad de 400 euros.

El precepto planteaba problemas de prescripción, enjuiciamiento rápido, homogeneidad o colisión con el delito continuado. La doctrina había señalado además «la importancia de estas discusiones se ve relativizada por el hecho de que, en la práctica, y debido al hecho de carecer de un registro de faltas la reforma no se aplicaba. Es de esperar que esta situación cambie cuando el Gobierno, en colaboración con las Comunidades Autónomas con competencia en la materia, establezca un sistema electrónico de registro para las faltas, para lo que la Disposición adicional 2.ª de la LO 5/2010 da el plazo de un año». Cinco años después se han suprimido las faltas y el registro ya no es necesario.

También en dicha reforma se modificó la pena de las faltas introduciendo un supuesto agravado «De acuerdo con el párrafo segundo del art. 623.1, "para apreciar la reiteración, se atenderá al número de infracciones cometidas, hayan sido o no enjuiciadas, y a la proximidad temporal de las mismas», que se sancionaba con pena de localización permanente a cumplir en un centro penitenciario los fines de semana, precepto que tampoco fue aplicado, por la dificultad de apreciar la reiteración sin un registro de faltas.

La reforma de 2010 incluyó asimismo una especial regulación de los grupos criminales dedicados a la perpetración reiterada de faltas de hurto en el nuevo art. 570 ter 1 c), que señala las penas que se han de imponer a quienes constituyan, financien o integren un grupo criminal, (de tres meses de prisión a un año) cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de faltas, debiéndose imponer en este último caso la pena en su mitad inferior, salvo que la finalidad del grupo fuera la perpetración reiterada de la falta prevista en el n.º 1 del art. 623, en cuyo caso podrá imponerse la pena en toda su extensión. Se prevé, por tanto, la posibilidad de imponer una pena agravada en relación con la que corresponde aplicar a los grupos que se dediquen a la perpetración reiterada de otras faltas, consolidando la línea seguida por el legislador en orden a proceder a una agravación de las penas correspondientes a la pequeña delincuencia patrimonial habitual.

2. *Tipo básico (art. 234. 1 CP)*

El apartado 1 sigue igual del art. 234 CP, castigando el hurto con pena que va desde los 6 a los 18 meses de prisión.

3. *Subtipo atenuado (art. 234.2 CP)*

Se suprime el apartado 2 introducido en el año 2010 al que nos acabamos de referir que convertía en delito la comisión reiterada de faltas. (Se llegaron a plantear diversas cuestiones de constitucionalidad y el TC en STC de 15 de diciembre de 2014 se pronunció por la constitucionalidad de la norma siempre que se interpretara que para apreciar la reiteración, las faltas hayan sido objeto de condena firme en otro proceso o lo sean en el proceso en el que se plantee la aplicación del precepto).

El nuevo apartado 2 viene a incorporar la antigua falta de hurto (623 CP) en cantidad inferior a 400 euros como delito leve pero, importante novedad, siempre que no concurra alguno de los supuestos del art. 235 CP. Ahora los hurtos de cuantía ínfima serán delito si concurren cualquier circunstancia de agravación como la utilización de un menor de 16 años o la comisión reiterada de hechos.

También se amplía la cota superior de la multa a los 3 meses (antes de 1 a 2 meses).

4. *Agravación por eliminación de dispositivos de guarda (art. 234.3 CP)*

El apartado 3 es una novedad, puesto que obliga a imponer las penas de cualquiera de los dos apartados anteriores en su mitad superior al inutilizar, eliminar o neutralizar etc., los sistemas de alarma o seguridad que lleven los objetos sustraídos.

Este precepto que contempla penas que van de los 12 a 18 meses para el delito y de los dos a tres meses de multa para el delito leve, es aplicable por ejemplo a los supuestos tan frecuentes de hurto utilizando bolsas de aluminio que sirven para neutralizar el efecto de los sistemas de seguridad.

La Consulta de la Fiscalía General del Estado 13 /1997 puso fin a la controversia relativa a la posibilidad de que tal conducta pudiera constituir robo con fuerza en las cosas.

Aunque el fundamento de la agravación radica en el aumento de la antijuricidad de la conducta que supone la eliminación de los mecanismos de defensa puestos por el propietario de la cosa, es criticable la eliminación del arbitrio judicial que supone la configuración como subtipo agravado, lo que obliga a imponer una pena mínima de un año de prisión cuando concurra la circunstancia de agravación.

5. *Subtipos agravados (art. 235 CP)*

Se amplía el art. 235 CP que contempla las agravaciones específicas del hurto sancionándolo con penas de uno a tres años de prisión. Se mantiene, pues, la pena de 1 a 3 años de prisión. De los antiguos cinco numerales se pasa a nueve como fundamentos de la agravación.

1.º Cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico. Se mantiene igual.

2.º Cosas de primera necesidad y se cause una situación de desabastecimiento.

La anterior redacción incorporaba aquí las cosas destinadas a un servicio público, cuando se causare un grave quebranto. Ahora, si concurren ambas dará lugar a la imposición de una pena más grave por aplicación del último párrafo.

3.º Conducciones, cableado, equipos o componentes de suministro eléctrico, hidrocarburos, comunicaciones o cosas destinadas a un servicio público y se cause quebranto grave.

Se trata de un nuevo ordinal que responde a la preocupación por la sustracción de cable de cobre pero que era innecesario ya que tales servicios tienen siempre el carácter de servicios públicos y como tales ya estaban castigados en el ordinal n.º 2. Por lo demás la definición enunciativa siguiendo la moda legislativa, resulta redundante. El tipo exige interpretar que es un quebranto grave del servicio público igual que en la redacción anterior lo que genera inseguridad jurídica y puede llevar a la falta de aplicación del precepto.

4.º Productos agrarios o ganaderos, instrumentos o medios para su obtención cuando el delito se cometa en explotaciones agrícolas o ganaderas y se cause un perjuicio grave a las mismas.

La justificación de este precepto se encuentra en la dificultad de adoptar medidas eficaces de protección en estas explotaciones. Sin embargo el precepto es redundante pues otro ordinal castiga la producción de perjuicios graves.

5.º Cuando revista especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos o se produjeran perjuicios de especial consideración.

Es el antiguo n.º 3.º del art.235. Nuevamente se recurre a un concepto jurídico indeterminado y parece que hubiera sido deseable cuantificar el valor tal y como se hizo en su día con los delitos de estafa o apropiación indebida.

6.º Grave situación económica de la víctima, abuso de la situación personal de la víctima o aprovechamiento de la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito.

Se trata de la antigua agravación por abuso de la situación personal de la víctima a la que se añade el supuesto de aprovechamiento

de una calamidad o catástrofe pública. En realidad, no se añade nada, sino que se enuncia una situación concreta. La referencia a la facilitación impune del delito fue criticada, con razón en el informe del CGPJ, por ser incongruente y prescindible.

7.º Cuando al delinquir el culpable haya sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en el mismo título o siempre que sean de la misma naturaleza. No se tendrán en cuenta los antecedentes cancelados o que deban serlo.

Se introduce la agravación por reiteración delictiva que viene a intentar solucionar los problemas anteriores.

Nótese que pueden ser delitos leves, de forma que la comisión de cuatro delitos leves puede dar lugar a la pena de uno a tres años de prisión. El precepto no incluye la referencia a los delitos leves como sí lo hace el relativo a la agravante de reincidencia (Así a efectos de la reincidencia no se tomarán en cuenta los delitos leves (art. 22.8.^a, párrafo 2.º), que en cambio sí generarán antecedentes penales (que podrán cancelarse a los 6 meses) y, por tanto, quedarán aquéllos registrados de forma que los antecedentes penales de los delitos leves no van a poder ser utilizados para la reincidencia pero sí en cambio para la multireincidencia prevista en este tipo. De hecho, en el Preámbulo de la ley el legislador se jacta de que hechos que antes eran castigados como meras faltas ahora van a ser castigados con penas de hasta tres años de prisión. Aunque la técnica legislativa es buena, el resultado parece desproporcionado cuando se trata de delitos leves en cuantías ínfimas, de forma que es criticable que el precepto no permita distinguir entre delitos menos graves y delitos leves.

Sin embargo, nuevamente la técnica de parcheo produce efectos sorpresa.

Una regla igual ya estaba incorporada en la parte general dentro del art. 66.1.5.^a CP, si bien es de aplicación potestativa y permite al Juez imponer la pena superior en grado. La pena superior en grado a la del hurto es de dieciocho a 27 meses de prisión, superior en cuanto al mínimo imponible que la que produce la nueva agravante de multireincidencia que comprende desde doce a 36 meses.

8.º Cuando se utilice a menores de 16 años para la comisión del delito.

Esta agravación ya existía aumentándose ahora la edad del menor de 14 a 16 años lo que carece de sentido pues el mayor de 14 y menor de 16 es imputable. La modificación no se explica en el preámbulo de la ley.

9.º Miembros de una organización criminal que se dedique a la comisión de delitos comprendidos en este título siempre que sean de la misma naturaleza.

Este precepto olvida que por la reforma de 2010 se introdujo el art. 570 2 y 3 que ya sanciona la integración en grupo criminal para cometer delitos menos graves o la reiteración de delitos leves, por lo que resultaba innecesario constituyendo una muestra más de la técnica del patchwork criminal.

Además, se añade un nuevo apartado 2 que obliga a imponer la pena en la mitad superior (2 años 1 día a 3 años de prisión), si concurren 2 o más numerales del párrafo 1 con la consecuencia de imposibilidad de acceder a la suspensión de la pena.

IV. Delito de robo con fuerza (art. 237 y ss. CP)

1. Tipo básico (art. 237 CP)

Se modifica el art. 237 CP, siendo las modificaciones muy importantes. Se modifica la definición de robo:

«Son reos del delito de robo los que, con ánimo de lucro. Se apoderan de las cosas muebles ajenas empleando fuerza en las cosas para acceder o abandonar el lugar donde estas se encuentran o violencia o intimidación en las personas sea al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren».

El robo con fuerza ahora incluye el apoderamiento con fuerza no solo para acceder al lugar donde se encuentren las cosas sino también para abandonar el lugar donde éstas se encuentren, es decir también cuando la fuerza en las cosas se produzca al salir el lugar del robo. Parece pensado para los supuestos en que el autor se introduce subrepticiamente en el lugar del robo y utiliza la fuerza para salir de él.

El robo con violencia e intimidación se castiga cuando la violencia o intimidación se emplee «al cometer el delito, para proteger la huida, o sobre los que acudiesen en auxilio de la víctima o que le persiguieren».

2. Agravaciones comunes al hurto (art. 240 CP)

Se modifica el art. 240 CP, manteniendo la pena de 1 a 3 años de prisión por el robo básico, añadiéndose un apartado 2, que eleva las

penas de 2 a 5 años de prisión cuando concurra alguno de los supuestos del art. 235 CP.

Se aplican todas las circunstancias de agravación del hurto. Sin embargo, no se incluye un párrafo segundo como en el art. 235 CP que obliga a imponer la pena en su mitad superior cuando concurren dos o más circunstancias de agravación. Como consecuencia, es posible que el robo y el hurto tengan igual pena, concurriendo las mismas circunstancias.

3. *Robo en casa habitada y establecimiento abierto al público* (art. 241CP)

Se modifica el art. 241 CP, robo en casa habitada o sus anexos o establecimiento abierto al público. El apartado 1 se mantiene la pena básica de 2 a 5 años de prisión por el robo en casa ajena, edificio o local abierto al público o en sus dependencias. Se añade un apartado 2 atenuado que castiga con 1 a 5 años de prisión el robo en establecimiento abierto al público, cuando se produzca fuera del horario de apertura.

La introducción del subtipo para el robo en establecimiento abierto al público fuera del horario de apertura viene justificada por las dudas que planteaba la anterior redacción y que dieron lugar a una interpretación jurisprudencial restrictiva recogida por la Circular de la Fiscalía General del Estado 11/ 1997, de 29 de octubre, que estableció que el precepto únicamente sería aplicable al robo cometido en establecimiento abierto al público dentro del horario de apertura por las siguientes razones:

«Primera. El fundamento de la inclusión en el subtipo agravado del art. 241.1 del Código Penal, junto a las casas habitadas, de los «edificios o locales abiertos al público» estriba en el riesgo derivado del robo para las personas que puedan encontrarse presentes en el interior del local.

Segunda. Por edificio o local abierto al público se entienden aquellos lugares con una infraestructura tal que permita el acceso físico de público a su interior y que, destinados a fines públicos o particulares, tengan abierto su acceso indiscriminadamente a cualquier persona —sin perjuicio de la reserva del derecho de admisión y de la existencia de un horario de apertura—.

Tercera. El subtipo agravado sólo se apreciará en tanto concurra el fundamento de la agravación, por tanto, siempre durante las horas de apertura al público, y también cuando, pese a tratarse de horas de cierre, el sujeto activo del robo tuviera conocimiento a la realización del hecho de la existencia de personas en el interior del local.»

De esta manera el precepto prácticamente no se aplicó, pues es muy difícil pensar en un robo con fuerza que se cometa en establecimiento abierto al público durante las horas de apertura al público. Ahora el legislador deja clara su voluntad de sancionar los robos en establecimientos comerciales producidos fuera del horario de apertura, si bien rebajando el límite mínimo de la pena que es de un año en lugar de dos como el resto del tipo. La atenuación sin embargo resulta ridícula porque se mantiene el límite máximo de cinco años de forma que la respuesta punitiva es desproporcionada por ejemplo en casos de reincidencia. La necesidad de la introducción de este tipo es muy discutible atendiendo al fundamento de la agravación y tampoco se explica en el Preámbulo de la reforma. Sin embargo, es un precepto que va a ser de gran aplicación pues los robos en locales de restauración y establecimientos comerciales ocurridos en horas nocturnas son muy habituales.

En el apartado 2 se mantiene la definición de casa habitada y en el 3 la definición de dependencias.

El apartado 4 es nuevo y establece la prisión de 2 a 6 años (enjuiciamiento en la Audiencia) para cuando los hechos anteriores revistan especial gravedad atendiendo a la forma de comisión o a los perjuicios causados y, en todo caso, para cuando concurra alguna de las circunstancias del 235 CP. Se trata de una modalidad superagravada.

Con relación a la forma de comisión del hecho el Preámbulo hace referencia a los alunizajes o butrones como formas graves de comisión del hecho.

La referencia a los perjuicios es una reiteración absurda ya que existe una circunstancia de agravación por los perjuicios (art. 235.5.º) y además el propio precepto se encarga de señalar que si los hechos son graves la pena se agrava cuando concurra cualquiera de las circunstancias del art. 235. En suma, el mismo legislador no se pone de acuerdo consigo mismo.

Es muy discutible la necesidad de incrementar la pena de prisión hasta los seis años y cambiar la sede del enjuiciamiento, sobre todo si se tiene en cuenta que tal posibilidad no está prevista para el robo con violencia o intimidación cuya gravedad, tradicionalmente ha sido considerada como mayor. De esta manera un butrón en una joyería con un gran botín puede resultar con mayor pena que el mismo botín conseguido en un banco intimidando a los empleados y a los clientes de la sucursal desfigurando los contornos entre una y otra infracción criminal. Pareciera que el legislador en su ímpetu reformista no ha reparado en que el bien jurídico tutelado en los delitos de robo con

violencia es de superior valor al tutelado en los delitos de robo con fuerza en las cosas.

V. Robo con violencia

Este delito también fue objeto de gran atención en el año 2010. El legislador introdujo la agravación por casa habitada y también modificó la agravación por uso de arma peligrosas aplicable tanto al tipo básico como al agravado de casa habitada.

En primer lugar, hay que señalar que la nueva definición carece de trascendencia por no ser más que una plasmación legal de lo que es ya una doctrina jurisprudencial pacífica y consolidada que establece que el sujeto pasivo de la violencia o la intimidación puede ser la víctima del delito patrimonial o cualquier persona que se interponga en la comisión del delito o impida la fuga del culpable, siempre y cuando tales medios comisivos se produzcan antes de la consumación del hecho.

Se modifica el art. 242. 2 CP en el sentido de imponer la pena entre tres años y medio y cinco, no solo al robo en casa habitada o sus dependencias como hasta ahora, sino también cuando el robo se comete en edificio o local abierto al público.

Se trata de un precepto que va a ser de gran aplicación a los robos en establecimientos bancarios y supermercados.

Ya en su día la incorporación de la agravación específica para la casa habitada en la reforma de 2010 fue objeto de crítica por importantes sectores doctrinales ya que el empleo de violencia o intimidación exigía la presencia de los moradores en la casa y lo mismo ocurre ahora con las personas que se encuentren en el establecimiento, de forma que la agravación de cometerse el delito en los referidos lugares por el mismo motivo puede constituir un supuesto de *bis in idem*.

La introducción de este supuesto de agravación eleva sustancialmente la pena de infracciones delictivas como los robos de comida o perfumería en supermercados que se cualifican por la violencia en la huida, generalmente de muy leve intensidad, en los que aun aplicando el tipo atenuado del art. 241.4 CP, la pena mínima será de 21 meses de prisión.

Por último, se mantiene la agravación por el uso de arma peligrosa, tanto para el tipo básico como para el agravado de casa habitada o establecimiento abierto al público, que obliga a imponer la pena en su mitad superior. En el primer caso sería de 3 años y medio a cinco años y en el segundo de cuatro años y tres meses a cinco años.

VI. Robo y hurto de uso de vehículos a motor (art. 244 CP)

Se modifica el art. 244.1 CP, en el sentido de eliminar la distinción relativa a si el vehículo vale más o menos de 400 €. La pena de multa alternativa puede ser entre 2 y 12 meses (antes entre 6 y 12).

VII. Delitos de usurpación (arts. 245 y ss. CP)

Se modifica el art. 246 CP, alteración de términos o lindes, en el sentido de añadir un nuevo apartado 2, que castigará la antigua falta ahora como delito leve.

Se modifica el art. 247 CP, distracción de aguas de su curso natural o embalses, en el sentido de añadir un nuevo apartado 2, que castigará la antigua falta ahora como delito leve.

VIII. Receptación (art. 298 CP)

La pena básica de la receptación es de seis meses a dos años de prisión. La reforma añade un subtipo agravado castigado con penas de uno a tres años de prisión en los siguientes supuestos:

- Cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.
- Cosas de primera necesidad, conducciones, cableado, infraestructuras de suministro eléctrico o dedicadas a la prestación de servicios de interés general.
- Especial gravedad atendiendo al valor de los efectos receptados o a los perjuicios que previsiblemente hubiera causado su receptación.

El informe del CGPJ ya señaló los problemas prácticos que suscitaba esta elevación de penas en relación con las penas del delito básico de hurto ya que en ningún caso conforme al art. 298.3 puede imponerse pena superior a la del delito encubierto por lo que debe entenderse que la agravación no es aplicable a los delitos calificados como hurtos básicos.

IX. El nuevo delito de administración desleal (art. 252 CP)

1. Introducción

En primer lugar, hay que hacer referencia a labor de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, gracias a la cual se ha podido hacer frente

durante todos estos años a los supuestos de administración desleal, a través del tipo penal de distracción de dinero contenido en el art. 252 de apropiación indebida, distinguiendo por un lado, una administración desleal genérica, la del art. 252 (a través del verbo típico «distraer») y, por otro lado, la societaria del art. 295, sustancialmente igual y, sin embargo, castigada, injustificadamente, con menos pena (incluso con previsión de pena alternativa de multa).

La Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, en su Sentencia 417/2014, de 23 de mayo recuerda que se «ha diferenciado dos modalidades en el tipo de la apropiación indebida, sobre la base de los dos verbos nucleares del tipo penal, apropiarse y distraer», y que «apropriarse significa incorporar al propio patrimonio la cosa que se recibió en posesión con la obligación de entregarla o devolverla», mientras que «distraer es dar a lo recibido un destino distinto del pactado» y «si la apropiación en sentido estricto recae siempre sobre cosas no fungibles, la distracción tiene como objeto cosas fungibles y especialmente dinero».

Pero también ha sido necesario establecer la relación entre ambos tipos delictivos. La reciente STS 13 /07/2015, cuyo ponente es el Excmo. Sr. Don Alberto Gumersindo Jorge Barreiro, da cuenta de ello repasando la evolución jurisprudencial. La tesis delimitadora más correcta atiende ahora a que «las conductas previstas en el artículo 295 del C.P. comprenden actos dispositivos de carácter abusivo de los bienes sociales, pero sin fin apropiativo o de incumplimiento definitivo de la obligación de entregar o devolver, de ahí que se hable de administración desleal. Sin embargo, en la apropiación indebida por distracción de dinero (artículo 252 C.P.), ya sea a favor del autor del delito o de un tercero, la conducta presenta un carácter de apropiación o incumplimiento definitivo que conlleva mayor menoscabo del bien jurídico. Los supuestos de apropiación implican un *animus rem sibi habendi* y la distracción de dinero con pérdida definitiva para la sociedad. De ahí que la pena sea mayor que la del delito societario de administración desleal».

Por ello, hace tiempo que se viene reclamando en la doctrina la supresión de ese art. 295, llevando la administración desleal al ámbito de los delitos patrimoniales.

La administración desleal es, en realidad, un delito contra el patrimonio, no sólo societario, que puede tener por sujeto pasivo a cualquier persona, natural o jurídica, de ahí que su ubicación sistemática más correcta sea la que se le da ahora en la Ley Orgánica de reforma del Código Penal, como se explica en el preámbulo.

La reforma aborda la delimitación de ambas figuras delictivas, la apropiación indebida y la administración desleal: quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, o niega haberlas recibido comete un delito de apropiación indebida; pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, y las infringe comete un delito de administración desleal.

En realidad, cuando se transmite la posesión de dinero con el deber de restituirlo, se está transmitiendo la propiedad del dinero entregado, por lo que no cabe su apropiación, sino su administración desleal.

El art. 253, que se incluye en la sección segunda bis («De la apropiación indebida») queda reservado para la apropiación indebida de cosas muebles, con quebrantamiento de la relación de confianza con el propietario de la cosa, supuesto que continúa estando castigado con la pena equivalente a la de la administración desleal y la estafa. Sin embargo, para alejar cualquier duda sobre una eventual laguna de punibilidad (entrega de dinero metálico en un sobre) se ha añadido al texto inicial del art. 253.1 la referencia al «dinero», además de los efectos, valores o cualquier otra cosa mueble.

El art. 252 CP está redactado como sigue:

«Serán punibles con las penas del A.º 249 o en su caso con las del A.º 250 los que teniendo facultades para administrar un patrimonio ajeno, emanadas de la ley, encomendadas por la autoridad, asumidas mediante un negocio jurídico, las infrinjan, excediéndose en el ejercicio de las mismas y de esta manera, causen un perjuicio al patrimonio del administrado.

Si la cuantía del perjuicio no excede de 400 euros se impondrá una pena de multa de uno a tres meses.»

Con la nueva configuración, para que pueda considerarse que una persona comete un delito de administración desleal tienen que darse las siguientes circunstancias:

- Que tenga facultades de administración de un patrimonio ajeno ya sea por ley, encomendadas por una autoridad o asumidas por un negocio jurídico.
- Que infrinja los límites a esas facultades excediéndose en su ejercicio.
- Que cause un perjuicio al patrimonio administrado.

2. *Sujeto activo, sujeto pasivo y objeto material*

Sujeto activo es el facultado para administrar siendo indiferente el origen de la designación. Se incluyen los supuestos de administración *de facto* derivados de la ley (art. 1888 CC y 31 CP). Hay que tener en cuenta la naturaleza del patrimonio administrado, pues si se ejercen funciones públicas, estaremos en presencia de un delito de malversación (art. 432 CP). La doctrina subraya que el CP no prevé la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser autoras de este delito.

Sujeto pasivo es el titular del patrimonio. En el caso de masas patrimoniales sin titular o entidades sin personalidad jurídica habrá que recurrir a determinadas ficciones (arts. 6 y 7 LEC). No es necesario el requisito de perseguibilidad previsto en el art. 296 para los delitos societarios.

El objeto material es el patrimonio como conjunto de bienes, derechos y obligaciones, incluyendo las expectativas razonables de beneficio o ganancia.

3. *Conducta típica: el abuso (exceso)*

La primera aproximación que cabe hacer al precepto es la excesiva amplitud de la redacción del verbo típico lo que constituye aparentemente una infracción del principio de legalidad (taxatividad). Aunque el legislador ha sido últimamente criticado por el uso exagerado del referido principio, aquí paradójicamente se echa en falta al menos un catálogo de conductas de abuso tanto por acción como por omisión que permita visualizar los contornos del tipo.

Tampoco el Preámbulo ayuda mucho limitándose a señalar que entran dentro de la esfera penal las actuaciones que el administrador realice para las que no había sido autorizado, perjudicando el patrimonio del administrado, «sancionándose las extralimitaciones en el ejercicio de las facultades de disposición sobre ese patrimonio ajeno, salvaguardando así que el administrador desempeñe su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y con la lealtad de un fiel representante, en interés de su administrado».

En efecto, el Preámbulo dice lo siguiente:

«La reforma se aprovecha asimismo para delimitar con mayor claridad los tipos penales de administración desleal y apropiación indebida. Quien incorpora a su patrimonio, o de cualquier modo ejerce facultades dominicales sobre una cosa mueble que ha recibido con obligación de restituirla, comete un delito de apropiación

indebida. Pero quien recibe como administrador facultades de disposición sobre dinero, valores u otras cosas genéricas fungibles, no viene obligado a devolver las mismas cosas recibidas, sino otro tanto de la misma calidad y especie; por ello, quien recibe de otro dinero o valores con facultades para administrarlos, y realiza actuaciones para las que no había sido autorizado, perjudicando de este modo el patrimonio administrado, comete un delito de administración desleal.»

Si acudimos al argumento gramatical, por exceso hay que entender «lo que sale de los límites de lo ordinario o lícito», luego habrá efectivamente que atender, como canon de conducta, a la diligencia exigible a un ordenado empresario.

Entre la excesiva concreción del anterior tipo que se refería únicamente «a la disposición fraudulenta de bienes o la contracción de obligaciones a cargo de la sociedad causando un perjuicio económicamente valuable» y la amplitud del actual (exceso en el ejercicio de las funciones causando perjuicio) parece que cabía un mayor esfuerzo de creación de un tipo que se ha demostrado, en los últimos años de crisis, muy utilizado por la delincuencia de cuello blanco.

Como muestra la reciente SAN de fecha 22/10 /2015 que condena como autores de un delito de apropiación indebida en la modalidad de gestión desleal en concurso de leyes con un delito societario a varios altos directivos de Caixa Galicia y Caixa Nova, que en pleno proceso de restructuración bancaria por el que dichas entidades recibieron 9.000 millones de euros de fondos públicos, decidieron mejorar las condiciones económicas de sus contratos y percibieron indebidamente 24 millones de euros.

Habrà que ver si conductas como regalos, viajes, seguros de vida, tarjetas *black*, pensiones millonarias, sobornos (aun necesarios para conseguir contratos), etc., hasta la mera tenencia de una contabilidad B desconocida para la Junta General de Accionistas, pueden ser incardinadas en estos tipos que son vitales en la lucha contra la corrupción, para limitar el poder de quien gestiona patrimonios ajenos.

4. *El elemento subjetivo*

El delito solo admite la comisión dolosa y aunque sea suficiente el dolo eventual debe abarcar el deber infringido y la causación del perjuicio.

Aunque debe reconocerse en el sujeto activo cierto ámbito de discrecionalidad, han de excluirse los supuestos en que el administrador actúe como mero ejecutor de órdenes dadas por el administrado.

5. *Perjuicio*

La supresión de la expresión «perjuicio económicamente valuable» contenida en el art. 295 derogado, permite considerar también no solo los supuestos de reducción del activo o falta de incremento del mismo, sino otros vinculados a fines personales, aunque habrá que perfilar un sistema que permita medir de alguna forma objetiva la existencia de dicho perjuicio, ya que como hemos razonado debe verse abarcado por el dolo del autor.

6. *Penalidad*

La pena es la misma que la estafa incluidas las circunstancias de agravación, aunque algunas no son aplicables. La pena básica del delito de estafa es de seis meses a tres años. La pena agravada es de 1 a seis años prisión que puede recorrer el juez en toda su extensión.

Se echan en falta como supuestos agravados la administración desleal de entidades financieras, sociedad de inversión, agencias de valores o compañías de seguros.

X. **La malversación de caudales públicos (art. 432 CP)**

Otro aspecto destacable de la reforma de la administración desleal tiene que ver con la malversación de caudales públicos, que en realidad es una administración desleal de fondos públicos, de forma que, en adelante, este tipo penal se pueda aplicar no sólo a supuestos de sustracción y desviación de esos fondos, sino también a los de gestión desleal con perjuicio para el patrimonio público, protegiéndose éste, por tanto, más eficazmente.

El art. 432 contempla en el apartado primero la administración desleal de fondos públicos, con perjuicio para el patrimonio público (con remisión al art. 252).

En el apartado segundo la apropiación indebida de bienes por parte de autoridad o funcionario público, equivalente a la acción prevista para los particulares en el art. 253, ambas con la misma pena (prisión de dos a seis años e inhabilitación especial para cargo público por tiempo de 6 a 10 años).

En el apartado tercero se prevé un supuesto agravado (de cuatro a ocho años de prisión e inhabilitación absoluta de 10 a 20 años), que es aplicable en todos los casos de causación de grave daño al servicio pú-

blico o de un perjuicio al patrimonio público superior a 50.000 euros, y se prevé una agravación mayor de la pena (que permite alcanzar penas de hasta doce años de prisión) en los casos de especial gravedad, concretamente cuando el perjuicio causado o de los bienes o efectos sustraídos excede de 250.000 euros.

Para los casos de menor gravedad, en los que la entidad del perjuicio patrimonial no exceda de 4.000 euros, se mantiene un tipo atenuado para el que está previsto un marco penal amplio que permita a los Tribunales ajustar la pena a las circunstancias del caso y, en cualquier caso, la imposición de penas superiores a las actualmente previstas.

Con esta redacción tan amplia de los tipos, tendrá que ser la jurisprudencia la que se encargue de perfilar si conductas tan frecuentes como las de realizar obras públicas carentes de racionalidad, son perseguibles a través de la jurisdicción penal. La nueva redacción de tipos y la elevación de penas con relación a la misma conducta desarrollada por particulares, es congruente con la finalidad de luchar contra la corrupción, que se ha revelado un problema criminal de primera magnitud.

XI. Cuadros penológicos

HURTO

Tipo atenuado: cuantía inferior a 400 euros si no concurren circunstancias de agravación (art. 235)	Multa de 1 a 3 meses
Tipo básico	Prisión de seis meses a 18 meses
Tipo agravado: neutralizar, eliminar o inutilizar dispositivos de alarma instalados en las cosas	Pena en mitad superior (de 12 meses y un día a 18 meses)

Agravaciones específicas: art. 235

- 1.º cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.
- 2.º cosas de primera necesidad y se cause una situación de desabastecimiento
- 3.º conducciones, cableado, equipos o componentes de suministro eléctrico, hidrocarburos, comunicaciones o cosas destinadas a un servicio público y se cause quebranto grave.
- 4.º productos agrarios o ganaderos, instrumentos o medios para su obtención cuando el delito se cometa en explotaciones agrícolas o ganaderas y se cause un perjuicio grave a las mismas.
- 5.º cuando revista especial gravedad atendiendo al valor de los efectos sustraídos o se produjeran perjuicios de especial consideración.
- 6.º grave situación económica de la víctima, abuso de la situación personal de la víctima o aprovechamiento de la producción de un accidente o la existencia de un riesgo o peligro general para la comunidad que haya debilitado la defensa del ofendido o facilitado la comisión impune del delito.
- 7.º cuando al delinquir el culpable haya sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en el mismo título siempre que sean de la misma naturaleza. No se tendrán en cuenta los antecedentes cancelados o que deban serlo.
- 8.º cuando se utilice a menores de 16 años para la comisión del delito.
- 9.º miembros de una organización criminal que se dedique a la comisión de delitos comprendidos en este título siempre que sean de la misma naturaleza.

Prisión de uno a tres años

Tipo super agravado por concurrir dos o mas circunstancias.

Pena en su mitad superior (prisión de 2 años y un día a 3 años)

ROBO CON FUERZA

Tipo básico	Prisión de 1 a 3 años
Tipo agravado: circunstancias del art. 235	Prisión de 2 a 5 años
Tipo agravado: en casa habitada o local abierto al público	Prisión de 2 a 5 años
Tipo agravado-atenuado: local abierto al público fuera de las horas de apertura	Prisión de 1 a 5 años
Tipo superagravado por especial gravedad debido a la forma de comisión, perjuicios o circunstancias del art. 235	Prisión de 2 a 6 años

ROBO CON VIOLENCIA

Tipo básico	Prisión de 2 a 5 años
Tipo agravado: en casa habitada o local abierto al público	Prisión de 3 años y seis meses a 5 años
Tipo agravado: hacer uso de armas	Pena en mitad superior
Tipo atenuado: menor entidad de violencia	Pena inferior en grado.

ADMINISTRACION DESLEAL

Tipo atenuado: cuantía del perjuicio no excede de 400 euros	Multa de 1 a 3 meses
Tipo básico	Prisión de seis meses a 3 años

Tipo agravado: por circunstancias del art. 250

1. cosas de primera necesidad
2. abuso de firma o documento oficial
3. patrimonio artístico, cultural
4. especial gravedad atendiendo a la víctima
5. valor superior a 50.000 euros o elevado número de personas
6. abuso de relaciones personales
7. estafa procesal
8. cuando al delinquir el culpable haya sido condenado ejecutoriamente al menos por tres delitos comprendidos en el mismo título siempre que sean de la misma naturaleza. no se tendrán en cuenta los antecedentes cancelados o que deban serlo.

Prisión de 1 a 6 años y
multa de 6 a 12 meses

Tipo superagravado: si valor defraudado superior a 250.000 euros o concurren las circunstancias del núm. 1 junto con las del 4,5,6 o 7

Prisión de 4 a 8 años y
multa de 12 a 24 meses

MALVERSACION

Tipo básico: por remisión a los arts. 252 y 253

Prisión de 2 a 6 años e
inhabilitación especial
para cargo público de 6
a 10 años

Tipo agravado: por las circunstancias de
-grave daño al servicio público
-perjuicio superior a 50.000 euros

Prisión de 4 a 8 años e
inhabilitación absoluta
por tiempo de 10 a 20
años

Tipo superagravado: por valor del perjuicio superior a 250.000 euros

Pena en mitad superior (de 6 a 8 años) pudiendo llegar hasta la superior en grado (de 8 a 12 años)

Frustración de la ejecución y bancarrota en la reforma 1/2015 del Código penal

Eleuterio González Campo

Fiscal. Secretaría General Técnica de la FGE

Sumario: I. Introducción. II. Evolución legislativa del tipo genérico de frustración de la ejecución. III. Nuevas figuras delictivas. 1. Ocul-tación documental de bienes en el procedimiento de ejecución. 2. Desobediencia en el procedimiento de apremio. 3. Uso no au-torizado de bienes embargados. 4. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. IV. El delito de concurso punible o bancarrota. 1. Introducción. 2. Conductas prohibidas. 3. Bancarrota dolosa. 4. Bancarrota imprudente. 5. Tipos especiales. 6. Tipos anexos. a. Infracción punible del principio de *par conditio creditorum*. b. Fal-sedad contable. 7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas. V. Conclusión.

I. Introducción

La LO 1/2015, de 30 de marzo, *por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*, desdobra el Capítulo VII del Título XIII del Libro II CP para regular separadamente las dos modalidades más caracterizadas de las insolvencias punibles: de un lado, el alzamiento de bienes, o frustración de la ejecución, que se mantiene en el Capítulo VII, de otro lado, la insolvencia concursal punible o bancarrota, que adquiere autonomía sistemática al quedar comprendida en un capítulo específico de nueva creación, el VII bis.

En efecto, hasta la reforma operada por la LO 1/2015, el Capítulo VII albergaba bajo la rúbrica común «De las insolvencias punibles» el delito de alzamiento de bienes o frustración de la ejecución (arts. 257 y 258 CP), el favorecimiento de acreedores en el seno de un procedi-miento concursal (art. 259 CP), la insolvencia dolosamente ocasionada

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-15759-81-2, núm. 12/2016, Bilbao, págs. 171-197

por el deudor (art. 260 CP) y las falsedades contables cometidas por el deudor con el fin de ser indebidamente declarado en concurso de acreedores (art. 261 CP).

Tras la reforma se produce una reordenación de las figuras delictivas que deja en el Capítulo VII, bajo la rúbrica de «Frustración de la ejecución», el delito de alzamiento de bienes (art. 257 CP), para situar a continuación en el Capítulo VII bis, titulado «De las insolvencias punibles» las conductas de insolvencia provocada (art. 259 y 259 bis CP), favorecimiento de acreedores (art. 260 CP) y falsedad contable (art. 261 CP).

El desdoblamiento del contenido del anterior Capítulo VII responde, según el Preámbulo (apartado XVI) a «la necesidad de establecer una clara separación entre las conductas de obstaculización o frustración de la ejecución, a las que tradicionalmente se ha entendido referido el delito de alzamiento de bienes, y los delitos de insolvencia o bancarrota».

Se trata, por lo demás, de la reforma más importante que han sufrido los delitos de insolvencia punible desde la entrada en vigor del actual CP, inspirada, entre otros, en el modelo alemán¹.

Nada hay que objetar al diagnóstico que entraña esta opción legislativa, en la medida en que apunta la existencia en nuestro ordenamiento penal de un problema de armonización de tipos, que se manifiesta en la confusión parcial de los supuestos de hecho de las figuras de alzamiento de bienes y concurso punible.

No obstante, un análisis más detenido del nuevo articulado indica que, lejos de haberse alcanzado la meta de lograr una mayor claridad de conceptos, la reforma penal quizá nos esté alejando de ella.

La LO 1/2015 crea igualmente nuevas tipologías delictivas que integran formas de tutela complementaria de los procedimientos de apremio: pasan a castigarse así determinadas conductas falsarias, de desobediencia o de elusión del trámite de ejecución, que afectan a bienes jurídicos distintos, aunque concomitantes al interés de los acreedores, principalmente, el buen funcionamiento de la Administración de Justicia o, más en general, de la Administración pública.

¹ Vid. BACIGALUPO SAGESE, Silvina: «La reforma de los delitos de insolvencias punibles en el anteproyecto de reforma del Código Penal de 2012», en *Revista de Derecho Concursal y Paraconcursal*, n.º 18, 2013; *La Ley* (271/2013): «La reforma propuesta por el Anteproyecto de reforma de 2012 es sustancial y cambia la sistemática y la antigua concepción que se mantenía de los delitos de insolvencia. Parece que el legislador ha tomado como modelo legislativo el modelo de la regulación de los delitos de bancarrota en la legislación alemana (parágrafos 283 ss. StGB). Toma de la legislación alemana gran parte de la estructura de los delitos de alzamiento de bienes y de los de insolvencias concursales».

II. Evolución legislativa del tipo genérico de frustración de la ejecución

La reforma operada en materia de insolvencias punibles por la LO 1/2015 no es rupturista en lo que se refiere a la definición del alzamiento de bienes: mantiene los elementos estructurales básicos del tipo penal, aunque modifique aspectos singulares de su regulación y cree figuras especiales cualificadas en las que se intensifica considerablemente la respuesta penal.

Como es sabido, el CP de 1995, atendiendo las recomendaciones de la mejor doctrina, se esforzó por dar mayor concreción al supuesto de hecho del delito de alzamiento de bienes.

La necesidad de certeza derivada de la vigencia del principio constitucional de legalidad penal ex art. 25.1 CE difícilmente se satisfacía en el simple y escueto enunciado del art. 519 del CP 73.

Este precepto histórico, más que describir las conductas merecedoras de reproche penal, establecía una cláusula general que dejaba en manos del juzgador su determinación final.

El art. 519 CP 73 agotaba su enunciado mediante una somera alusión al que «se alzare con sus bienes en perjuicio de sus acreedores». La amplitud e imprecisión de esta fórmula impuso a la jurisprudencia una tarea de reducción teleológica y ponderación de valores en conflicto, más propia del poder legislativo que del judicial, de la que da cuenta con cabal perspectiva histórica la STS n.º 234/2005, de 24 de febrero (rec. 674/2004):

«Al respecto, la jurisprudencia de esta Sala ha señalado (STS de 15-3-2002, n.º 452/2002) que en el delito de insolvencia es necesario que el autor haya realizado actos con entidad para producir la insolvencia de una manera verdaderamente injustificable desde el punto de vista de la racionalidad mercantil. En la medida en la que el texto legal vigente —a diferencia de los modelos del derecho europeo— carece de precisión respecto de los actos concretos que podrían configurar el tipo objetivo, es necesaria una interpretación del mismo que tenga en cuenta, ya en el tipo objetivo, la exclusión de la «prisión por deudas» y el efecto de irradiación del art. 38 CE, que garantiza la libertad de empresa en el marco de una economía de mercado. De acuerdo con esta hermenéutica, el tipo objetivo del delito no puede ser reducido a la simple insolvencia, sino que requiere una reducción teleológica a los supuestos de insolvencia con contenido criminal.

En este sentido, la producción de la situación de insolvencia debe provenir de negocios cuya reprobación jurídica sea claramente establecida, produciéndose cuando el patrimonio de una sociedad

es transferido a otra, produciendo su descapitalización (Cfr. STS de 19-12-2001, n.º 2403/2001 y STS de 17-6-03, n.º 902/03).

Y desde el punto de vista subjetivo, el tipo del alzamiento de bienes no requiere un propósito de defraudar diverso del dolo en sí mismo, dado que el autor que conoce los elementos del tipo objetivo ya tiene todo el conocimiento necesario para comprender que produce un daño a sus acreedores (STS de 22-6-1999, n.º 1013/1999)».

El art. 257.1 CP 95 reprodujo en su apartado 1.º de manera literal la cláusula general del art. 519 CP 73, pero a continuación, en el ordinal 2.º, completó adecuadamente la norma penal mediante la referencia a «quien con el mismo fin realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones que dilate, dificulte o impida la eficacia de un embargo o de un procedimiento ejecutivo o de apremio, judicial, extrajudicial o administrativo, iniciado o de previsible iniciación».

Nos encontramos ante una peculiar técnica legislativa que desglosa dos supuestos de hecho en una misma figura penal sin que resulte del todo claro que se trate de conductas diferenciadas. Ello ha conducido a algunos autores a afirmar que la norma, en sus diversos apartados, no contiene diferentes tipos penales sino el desarrollo circunstanciado de un mismo enunciado prohibitivo².

Junto a la conducta clásica de «alzarse», que doctrina y jurisprudencia identificaron con los actos de ocultación, material o jurídica de bienes ejecutados por el deudor para extraerlos del ámbito de control y ataque jurídico de los acreedores, se incorporaron las conductas desarrolladas en el curso o con motivo de la tramitación de procedimientos de ejecución dineraria, de intencionalidad obstruccionista o retardataria.

La mención de los procedimientos de apremio dotó de este modo a la figura penal de un marcado perfil procesal que justificó su nuevo *nomen iuris*, frustración de la ejecución, al tiempo que ratificó su naturaleza pluriofensiva³. Junto a la protección del derecho de crédito se

² CABALLERO BRUN, Felipe, *Insolvencias punibles*, Iustel, Madrid, 2008, pág. 206.

³ La determinación del bien jurídico protegido en el delito de alzamiento de bienes ha suscitado históricamente un vivo debate doctrinal que divide a quienes desde una visión patrimonialista consideran que lo que protege la norma es el derecho de crédito de los acreedores, y los que entienden que el bien jurídico protegido no es el patrimonio de los acreedores sino el proceso mismo de ejecución, es decir, en último término, la Administración de Justicia. A mi juicio, el art. 257.1.2.º CP viene a confirmar que el ámbito de protección de la norma abarca ambos términos, y que al bien jurídico inmediato —el crédito eludido, como interés particular— se suma un bien jurídico mediato —la funcionalidad del proceso como interés supraindividual—.

afirmó la protección del buen funcionamiento de la Administración de Justicia como valor tutelado.

El CP 95 extendió asimismo el objeto de protección de la norma a toda clase de obligaciones, cualquiera que fuese su naturaleza y origen, incluyendo expresamente las obligaciones de naturaleza pública.

También creó una figura penal de nuevo cuño que incluía de forma explícita entre las obligaciones susceptibles de defraudación las responsabilidades civiles dimanantes de la comisión de un delito anterior, despejando las dudas interpretativas que esta cuestión había suscitado en la praxis judicial.

El art. 258 CP, en su redacción anterior a la reforma operada por la LO 1/2015, sancionaba al «responsable de cualquier hecho delictivo que, con posterioridad a su comisión, y con la finalidad de eludir el cumplimiento de las responsabilidades civiles dimanantes del mismo, realizare actos de disposición o contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio, haciéndose total o parcialmente insolvente».

El art. 257.2 CP dice ahora que «Con la misma pena (del tipo básico de alzamiento) será castigado quien realizare actos de disposición, contrajere obligaciones que disminuyan su patrimonio u oculte por cualquier medio elementos de su patrimonio sobre los que la ejecución podría hacerse efectiva, con la finalidad de eludir el pago de responsabilidades civiles derivadas de un delito que hubiere cometido o del que debiera responder».

La nueva versión del precepto amplía el círculo de la autoría de esta modalidad de alzamiento, que ya no se circunscribe a quien es «el responsable de cualquier hecho delictivo», esto es el autor o partícipe con responsabilidad penal declarada, sino que abarca a todo aquel que haya sufrido condena civil en sentencia penal, aunque no haya sido declarado penalmente responsable del delito enjuiciado.

De este modo se convierten en potenciales autores del delito los responsables civiles subsidiarios que mantienen con el autor del hecho criminal alguna de las relaciones o vínculos previstos en el art. 120 CP, y los partícipes a título lucrativo en los efectos de un delito conforme a lo dispuesto en el art. 122 CP.

La defraudación de las obligaciones de naturaleza pública, cuando la acreedora sea una persona jurídica pública, se castiga con mayor severidad, lo cual no es tampoco una novedad, pues ya se contemplaba esta agravación con la misma pena en el art. 257.3 CP en su versión anterior.

La característica diferencial de la reforma operada por la LO 1/2015 en este terreno es la incorporación de un párrafo segundo al apartado 3 del art. 257 CP que va un paso más allá: «No obstante lo

anterior, en el caso de que la deuda u obligación que se trate de eludir sea de Derecho público y la acreedora sea una persona jurídico pública, o se trate de obligaciones pecuniarias derivadas de la comisión de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social, la pena a imponer será de prisión de uno a seis años y multa de doce a veinticuatro meses».

Inmediatamente se aprecia que se ha añadido la alusión a las obligaciones pecuniarias «derivadas de un delito contra la Hacienda Pública o la Seguridad Social», lo que suscita un problema interpretativo de cierto alcance, porque el concepto de obligación pecuniaria tiene mayor alcance que el de responsabilidad civil *ex delicto*.

En efecto, la rúbrica del Capítulo IV del Título V del Libro I CP alude al cumplimiento de la responsabilidad civil y de las demás «responsabilidades pecuniarias», cuya prelación de pago se regula en el art. 126 CP, y en cuya relación se inserta la pena de multa.

Esta cuestión está indisolublemente unida a un problema previo: qué alcance debemos dar al concepto normativo de obligaciones de naturaleza pública, que actúa a estos efectos como un presupuesto extrapenal del tipo.

No suscitan especiales problemas interpretativos las obligaciones tributarias que trazan una relación vertical entre administrador y administrado (impuestos, tasas, contribuciones especiales). Más dudoso es que las obligaciones de sentido y finalidad sancionatorios puedan servir de fundamento para la incriminación de este delito.

Un sector de la doctrina descarta resueltamente que la multa penal pueda convertirse en presupuesto típico del delito de alzamiento de bienes, pues en estos casos entraría en juego la institución penal de la responsabilidad personal subsidiaria que convertiría, en su opinión, el castigo del alzamiento de bienes en flagrante violación del principio de *non bis in idem*.

La responsabilidad personal subsidiaria es una pena privativa de libertad (art. 35 CP) y si ésta se utiliza conjuntamente con el delito de alzamiento de bienes se estaría sancionando, con el mismo fundamento, dos veces al mismo sujeto por un único supuesto fáctico: el impago, en vía de apremio, de la multa impuesta⁴.

Otros autores se pronuncian, con no menos decisión, a favor de que la multa penal, en la medida en que es una deuda de naturaleza pública, sea considerada base suficiente para la imputación del delito de alzamiento si concurren en el caso sus requisitos típicos.

⁴ CABALLERO BRUN, *op. cit.*, págs. 210 y 211.

A partir de la comisión de una infracción penal pueden surgir dos clases de obligaciones pecuniarias: la responsabilidad civil *ex delicto* y la multa. El impago de la multa recibe en nuestra legislación dos posibles respuestas: si el penado es insolvente, la multa no satisfecha se sustituye por una responsabilidad personal subsidiaria en los términos del art. 53 CP, y, por otro lado, siempre y cuando concurren los requisitos necesarios, se apreciará el delito de alzamiento de bienes del art. 257 CP.

Este sector doctrinal critica, precisamente por ello, que la reforma 1/2015 haya considerado necesario recoger este supuesto en el art. 257.3, habida cuenta de que la referencia general a las «deudas de Derecho público» basta por sí misma para entender incluidos en el tipo los supuestos de impago fraudulento de una multa penal⁵.

En mi opinión cuando el penado elude el pago de una pena de multa ocultando material o jurídicamente sus bienes, o provocando intencionadamente su insolvencia real o ficticia, realiza un acto de obstrucción a la Justicia que adquiere significación penal autónoma a la luz del art. 257.1.2.º CP.

La responsabilidad personal subsidiaria no es una sanción por el impago de la multa, sino una forma alternativa de extinguir la pena pecuniaria impuesta en sentencia cuando por cualquier motivo no ha sido posible su cumplimiento en especie (art. 53.4 CP).

El cumplimiento de la alternativa, en cualquiera de las modalidades previstas en el art. 53.1 CP —privación de libertad en centro penitenciario, localización permanente o trabajos en beneficio de la comunidad— no excusa los actos que el reo hubiera ejecutado anteriormente para frustrar la satisfacción de la multa, si tales actos realizaron el supuesto típico del delito. Al igual que ocurre con las deudas privadas, el delito de alzamiento no castiga el impago o la insolvencia, sino la conducta maliciosa o fraudulentamente preordenada al impago.

Tampoco se produce lesión del principio *non bis in idem* pues la responsabilidad personal subsidiaria no castiga el impago de la multa, sino el delito que motivó su imposición, por lo que las maniobras fraudulentas desplegadas por el reo para eludir su pago constituyen hechos distintos susceptibles de un nuevo reproche penal.

⁵ ESQUINAS VALVERDE, Patricia, «La nueva regulación de los delitos de alzamiento de bienes en el Anteproyecto de Código Penal de 2012/2013», en *La Ley Penal*, n.º 105, 2013, con cita de MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho penal económico y de la empresa, Parte Especial*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, p. 82, y VIVES ANTÓN, T. S. – GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., *Los delitos de alzamiento de bienes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, págs. 119, 124 y 125.

El art. 257.3 CP al aludir a las obligaciones pecuniarias respalda la tesis de que la pena de multa es igualmente presupuesto material del delito de frustración de la ejecución, y al concretarlas en los delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social, recuerda que la responsabilidad civil dimanante de tales títulos de imputación abarca el importe de los tributos y cuotas eludidos en la realización de la conducta típica, por lo que la frustración de su ejecución debe recibir la respuesta penal agravada prevista para la elusión de las deudas de naturaleza pública.

III. Nuevas figuras delictivas

La reforma operada por la LO 1/2015 introduce tres tipos nuevos en el art. 258 CP —ocultación documental de bienes y desobediencia en el seno del proceso de ejecución— y 258 bis —uso no autorizado de un bien embargado— así como una cláusula atributiva de responsabilidad penal a las personas jurídicas respecto de los delitos comprendidos en este Capítulo en el art. 258 ter CP.

1. *Ocultación documental de bienes en el procedimiento de ejecución*

El art. 258.1 CP castiga con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses a quien «en un procedimiento de ejecución judicial o administrativo, presente a la autoridad o funcionario encargados de la ejecución una relación de bienes o patrimonio incompleta o mendaz, y con ello dilate, dificulte o impida la satisfacción del acreedor».

Es un delito de nuevo cuño que tiene su antecedente inmediato en el parágrafo 292 a) del Código Penal austríaco, donde se recoge el delito de listado patrimonial falso (*Falsches Vermögensverzeichnis*) que comete quien, ante un tribunal u órgano ejecutivo, firma un listado patrimonial incompleto o mendaz y con ello pone en peligro la satisfacción del acreedor. Se incluye entre los delitos contra la Administración de Justicia y de peligro concreto. El listado es mendaz si los valores patrimoniales se señalan de forma incorrecta o se incluyen bienes que no le pertenecen al deudor o niega la existencia de elementos patrimoniales de modo contrario a la verdad, y es incompleto si se silencian elementos patrimoniales o ganancias.

En Alemania también se configura como un delito contra la Administración de Justicia en el parágrafo 156 del Código Penal, donde se recoge el delito de declaración falsa bajo juramento que castiga al que

ante una autoridad competente para tomar juramento, lo preste en falso o bajo tal juramento declare en falso. En el párrafo 163 se tipifica la modalidad imprudente⁶.

La elaboración de un documento de las características indicadas en el art. 258.1 CP (incompleto o mendaz) carece de relevancia penal en sí, pues el art. 395 CP no comprende en su ámbito de persecución la falsedad meramente ideológica; lo mismo sucede con el tipo de uso del documento por quien, no habiendo participado en su confección, fuera conocedor de su falsedad, conforme a lo dispuesto en el art. 396 CP.

El art. 258.1 CP tipifica *ex novo* el uso de un documento mendaz que consista en su incorporación a un procedimiento administrativo o judicial de ejecución cuando de tal conducta se deriven consecuencias negativas para los intereses del acreedor ejecutante y de la administración, pública o judicial, implicada.

En el ámbito procesal la manifestación de bienes es un instituto que se regula en el art. 589 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en sede de ejecución dineraria (Capítulo III del Título IV del Libro III).

Conforme a lo establecido en el apartado primero de este precepto, salvo que el ejecutante señale bienes cuyo embargo estime suficiente para el fin de la ejecución, el secretario judicial (letrado de la Administración de Justicia) requerirá, mediante diligencia de ordenación, de oficio al ejecutado para que manifieste relacionadamente bienes y derechos suficientes para cubrir la cuantía de la ejecución, con expresión, en su caso, de cargas y gravámenes, así como, en el caso de inmuebles, si están ocupados, por qué personas y con qué título. Es en el momento de presentar esta manifestación cuando puede cometerse el delito.

El nuevo tipo penal exige que la presentación del documento produzca un determinado efecto en el procedimiento de ejecución, concretamente que lo dificulte o dilate o que impida la satisfacción del acreedor. De lo que se sigue que la realización de la conducta descrita en la norma es irrelevante si no influye en la buena marcha del procedimiento y no genera un riesgo potencial de frustración de su objetivo y finalidad —solventar la deuda—.

En este punto presenta semejanzas con la figura de frustración de la ejecución del art. 257.1.2.º CP.

⁶ Vid. Informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 24 de noviembre, del Código Penal.

https://www.fiscal.es/fiscal/PA_WebApp_SGNTJ_NFIS/descarga/INFORME_ANTEPROYECTO_CP_2012_8-enero-2013.pdf?idFile=ab37a28b-9fbc-4af5-b2b3-3b14c1826623

Las diferencias más relevantes entre los supuestos típicos del art. 258.1 CP y del art. 257.1 CP son:

- a) La conducta incriminada, que en el primer caso es la declaración mendaz o inexacta verificada por escrito en un procedimiento judicial o administrativo, y en el segundo, la realización por el deudor de actos de contenido económico y jurídico susceptibles de poner en peligro las expectativas de cobro de los acreedores.
- b) El objeto de la acción, pues la acción del art. 258.1 CP recae o se produce exclusivamente en el marco del procedimiento administrativo o judicial, provocando su retardo o crisis, en tanto que la acción del art. 257.1 CP recae sobre el patrimonio del deudor, y socava su función de garantía universal de su responsabilidad patrimonial frente a terceros (art. 1911 del Código Civil).
- c) El presupuesto extrapenal de los tipos, pues en el primer caso se parte de la existencia de un crédito vencido, líquido, exigible e impagado (causa del procedimiento de apremio o ejecución), en tanto que la realización del segundo sólo exige el nacimiento del crédito antes de la comisión del hecho.

Estas características diferenciales suscitan la duda de si el 258.1 CP es realmente una modalidad de la frustración de la ejecución, que anticipa el momento de su castigo mediante la previsión de una respuesta penal de menor intensidad, o, por el contrario, nos encontramos ante un delito independiente, contra la Administración de Justicia o la Administración Pública, ubicado en el Capítulo VII del Título XIII por razones simbólicas o didácticas.

Hay razones para decantarse por la segunda opción, pues el delito se perfecciona con el entorpecimiento del proceso singular de ejecución en el que se realiza la conducta falsaria, lo que no necesariamente exige que el deudor se haya colocado en una situación real o aparente de insolvencia.

El TS ha declarado que la falsedad documental que no redunde en merma real o aparente del patrimonio del deudor no realiza el tipo del art. 257.1 CP (STS 719/2014, de 5 de noviembre, rec. 419/2014, FJ 5.º, apartado 2) aunque sea susceptible de incriminación en virtud de otros títulos. El nuevo art. 258.1 CP podría convertirse en uno de los tipos de recogida de estos supuestos que quedan extramuros del alzamiento.

En el curso del procedimiento de apremio, los bienes no declarados pueden ser detectados y trabados por el funcionario o autoridad judicial encargados de su impulso, si no se han realizado otros actos de

ocultación material o jurídica eficaces para su ocultación. La puesta en peligro del patrimonio del deudor como garantía universal del conjunto de sus acreedores está todavía lejos de la conducta descrita en el precepto. El bien jurídico protegido es, por lo tanto, el eficaz desenvolvimiento del procedimiento administrativo o judicial en curso.

Puede subsumirse en el art. 258.1 CP la manifestación de bienes inexacta o mendaz que hubiera escamoteado bienes o rentas que aunque no condujesen a una declaración administrativa de deudor fallido⁷, o judicial de insolvencia, fueran susceptibles, por su naturaleza y entidad, de complicar o entorpecer el desarrollo del proceso de ejecución —v. gr. se incluyen en la declaración bienes inmuebles de costosa ejecución, mientras se omiten los de fácil realización, como metálico, créditos o valores realizables en el acto, provocando la dilación del proceso—.

En el caso de que el camuflaje de bienes mediante declaración mendaz o incompleta sea causa eficiente de la crisis definitiva del proceso de ejecución, supuesto comprendido igualmente en el art. 258.1 CP, cuando contempla la consecuencia de que se «impida la satisfacción del acreedor», el precepto entrará irremediabilmente en conflicto con el art. 257.1 CP.

En efecto, si la ejecución se frustra es porque durante su tramitación no se han podido localizar y trabar los bienes escamoteados en la declaración y porque los bienes incluidos en la misma no tienen valor de realización suficiente para solventar las deudas a ejecutar.

El TS ha declarado que no es exigible que el acreedor agote todos los medios de cobro, basta con obstaculizar la ejecución, pudiendo ser la insolvencia total o parcial, real o ficticia (SSTS de 22-12-89, 26-9-90, 17-1-92 y 26-12-2000).

La STS 163/2006, de 10 de febrero (rec. 2369/2004) dice:

«No se exige que el acreedor, que se considera burlado por la actitud de alzamiento del deudor, tenga que ultimar el procedimiento de ejecución de su crédito hasta realizar los bienes embargados (sentencias de 6 de mayo de 1989, 27 de abril y 26 de diciembre de 2000), ni tampoco que tenga que agotar el patrimonio del deudor embargándole uno tras otro todos sus bienes para, de este modo, llegar a conocer su verdadera y real situación económica (STS 2212/01, de 27 de noviembre).

Lo que se exige como resultado en este delito es una efectiva sustracción de alguno o algunos bienes, que obstaculice razonable-

⁷ Vid. arts. 173.2 de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y 61 a 63 del Reglamento General de Recaudación, aprobado por RD 939/2005, de 29 de julio.

mente una posible vía de apremio con resultado positivo y suficiente para cubrir la deuda, de modo que el acreedor no tiene la carga de agotar el procedimiento de ejecución, precisamente porque el deudor con su actitud de alzamiento ha colocado su patrimonio en una situación tal que no es previsible la obtención de un resultado positivo en orden a la satisfacción del crédito».

La crisis del procedimiento de apremio se puede valorar como un indicio claro de ocultación patrimonial fraudulenta susceptible de incriminación por medio del art. 257.1 CP o incluso como un concurso punible ex art. 259.1.1.^a CP si posteriormente se desencadena un procedimiento de ejecución universal⁸.

Situado en este contexto el art. 258.1 CP se vería entonces desplazado en su aplicación por la concurrencia de dichos tipos penales en virtud del principio de subsidiariedad tácita del art. 8.2.^a CP, que excluye la punición autónoma de las fases precedentes de un mismo *iter criminis* cuando se han alcanzado las más avanzadas⁹.

El segundo párrafo del art. 257.1 CP incorpora por su parte la siguiente presunción legal: «La relación de bienes o patrimonio se considerará incompleta cuando el deudor ejecutado utilice o disfrute de bienes de titularidad de terceros y no aporte justificación suficiente del derecho que ampara dicho disfrute y de las condiciones a las que está sujeto».

No podemos interpretar esta norma en su nuda literalidad como licencia para invertir la carga de la prueba en el seno del proceso penal, desplazándola hacia el acusado, pues tal lectura resultaría incompatible con el art. 24.2 CE, que le reconoce el derecho fundamental a ser presumido inocente.

La única forma de salvar la validez de la norma es considerar que establece un mero criterio de valoración de la prueba en virtud del cual se atenderá a las titularidades reales de los bienes y derechos cuando se pueda inferir de manera racional y fundada que no se corresponden con las jurídicas. Se trataría, por lo tanto, de un reconocimiento de la

⁸ El art. 15.1 de la Ley Concursal contempla este supuesto como un indicador del estado insolvencia habilitante de la inmediata declaración en concurso necesario sin previo emplazamiento del deudor: «Cuando la solicitud (de concurso) hubiere sido presentada por un acreedor y se fundara en un embargo o en una investigación de patrimonio infructuosos o que hubiera dado lugar a una declaración administrativa o judicial de insolvencia, el juez dictará auto de declaración de concurso el primer día hábil siguiente». En los restantes casos de solicitud de concurso necesario, se abre una fase de admisión a trámite en la que se concede al deudor un plazo de cinco días para formular oposición y proponer prueba.

⁹ ZÁRATE CONDE, Antonio – GONZÁLEZ CAMPO, Eleuterio: *Derecho Penal, Parte General*, La Ley, Madrid, 2015, págs. 393 y 394.

técnica del levantamiento del velo como medio para esclarecer la realidad de las relaciones subyacentes a las titularidades formales.

Por otra parte, que el deudor se sirva de terceros para disimular sus titularidades o su poder de disposición sobre determinados bienes exige normalmente la realización de actos de ocultación jurídica que si se perfeccionan cuando la deuda o deudas ejecutadas ya han nacido, colman las exigencias típicas del art. 257.1.1.º CP, lo que igualmente desplazaría la figura subsidiaria del art. 258.1 CP.

Finalmente, el art. 258.3 CP dispone: «Los delitos a los que se refiere este artículo no serán perseguibles si el autor, antes de que la autoridad o funcionario hubieran descubierto el carácter mendaz o incompleto de la declaración presentada, compareciera ante ellos y presentara una declaración de bienes o patrimonio veraz y completa».

No está claro si nos encontramos ante una excusa absolutoria o ante una modalidad especial de desistimiento o arrepentimiento activo (art. 16.2 CP), porque la norma no determina si la producción de cualquiera de los resultados típicos (dilación, entorpecimiento o impedimento) acota temporalmente la eficacia jurídica del reconocimiento.

Entiendo que en ausencia de concreción la norma debe interpretarse del modo más favorable al reo, por lo que la exclusión de la punibilidad se producirá incluso después de la realización de estos resultados típicos, operando como una genuina excusa absolutoria¹⁰.

Lo que sí precisa la norma es que el reconocimiento ha de ser previo al descubrimiento de la mendacidad por la autoridad o funcionario competentes, lo cual es inevitable pues el reconocimiento de una verdad ya descubierta por la autoridad carece de eficacia reparadora y de sentido político criminal para justificar un tratamiento penal favorable.

2. Desobediencia en el procedimiento de apremio

El art. 258.2 CP dice que la misma pena se impondrá «cuando el deudor, requerido para ello, deje de facilitar la relación de bienes o patrimonio a que se refiere el apartado anterior».

¹⁰ En sentido contrario se pronuncia ESQUIVIAS VALVERDE, *op. cit.*, pág. 8: «En definitiva, esta excusa absolutoria sólo tendrá sentido cuando el delito no se haya consumado aún, porque el proceso no se haya ralentizado ni se hayan perjudicado todavía los legítimos intereses de los acreedores, de modo que la rectificación por parte del deudor llegue a tiempo de satisfacer éstos sin una demora perjudicial. A ese respecto, dicho desistimiento tendrá que ser aún eficaz para evitar el resultado, a fin de surtir efectos eximentes (como se exige en la figura general del art. 16.2 CP)».

El art. 589.2 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero, en adelante LEC) dispone que el requerimiento al ejecutado para la manifestación de sus bienes «se hará con apercibimiento de las sanciones que pueden imponérsele, cuando menos por desobediencia grave, en caso de que no presente la relación de sus bienes, incluya en ella bienes que no sean suyos, excluya bienes propios susceptibles de embargo o no desvele las cargas y gravámenes que sobre ellos pesaren».

La conducta descrita en el art. 258.2 CP reproduce el primer supuesto de no presentación de la declaración. Se trata de un acto de desobediencia grave a la autoridad o funcionario público que, de no existir esta norma, se encuadraría naturalmente en el art. 556.1 CP. La irrupción del art. 258.2 CP desplaza al art. 556.1 CP en virtud del principio de especialidad del art. 8.1.^a CP, pues a los elementos constitutivos del delito básico de desobediencia añade circunstancias que acotan y reducen su campo de aplicación.

Como quiera que la respuesta penal es idéntica en ambos delitos —pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a dieciocho meses— podemos afirmar que la nueva figura penal resulta, desde una perspectiva político criminal, absolutamente superflua y que su creación e incorporación al Capítulo VII del Título XIII ofrece un valor meramente simbólico.

Sí puede tener, en cambio, cierta utilidad como criterio de interpretación sistemática del conjunto del precepto, pues es claro que la desobediencia se castiga por ser un elemento dilatorio del proceso de ejecución, un acto lesivo de los fines de la Administración de Justicia o de la Administración Pública afectada, lo que confirma que el bien jurídico protegido en los dos supuestos del art. 258 CP —declaración mendaz y falta de declaración— es de naturaleza procesal.

3. *Uso no autorizado de bienes embargados*

El art. 258 bis CP sanciona a «quienes hagan uso de bienes embargados por autoridad pública que hubieran sido constituidos en depósito sin estar autorizados para ello».

Es una figura nueva que describe una suerte de apropiación indebida «de uso» del bien depositado, ajena a toda idea de apoderamiento definitivo o ilícita transmutación del título posesorio —*rem sibi habendi*— definitoria del delito de apropiación indebida (art. 253 CP).

Se trata de un delito común, pues no prevé que el uso no autorizado del bien lo lleve a cabo precisamente el depositario, de mera actividad, pues se perfecciona con dicho uso, con independencia de las

consecuencias que se puedan seguir del mismo, y de peligro abstracto, pues la punición de esta conducta sólo adquiere sentido político criminal si existe como mínimo un riesgo de depreciación del bien trabado. No de otro modo se ha de interpretar su incorporación al Capítulo VII del Título XIII, que lo emparenta con la frustración de la ejecución.

Cuando el sujeto activo es el depositario del bien, la nueva figura presenta alguna afinidad con las formas impropias de malversación, que en virtud de la cláusula de extensión de autoría del art. 435.3.º CP, alcanzan a los depositarios de dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares. Se distancia de las mismas en el hecho de que en el nuevo tipo no castiga la apropiación, sino el uso, por lo que la creación del delito supone una ampliación de las conductas punibles.

4. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

El art. 258 ter CP establece las penas aplicables a una persona jurídica que sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo. No representa ninguna novedad, pues la responsabilidad penal de las personas jurídicas ya estaba contemplada para la frustración de la ejecución en el art. 261 bis CP en su redacción anterior a la reforma 1/2015.

El nuevo precepto tiene por función satisfacer la exigencia de lista cerrada o *numerus clausus* que impone el art. 31 bis, 1 CP: «En los supuestos previstos en este Código las personas jurídicas serán penalmente responsables».

La reforma, al desdoblar el tratamiento de la frustración de la ejecución y de las insolvencias punibles en los Capítulos VII y VII bis, ha optado por incorporar en ambos sendos preceptos atributivos de responsabilidad penal a las personas jurídicas, los arts. 258 ter y 261 bis CP, con idéntico contenido¹¹.

¹¹ Ambos preceptos rezan así: «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

- a) Multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.
- b) Multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior.
- c) Multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b a g del apartado 7 del artículo 33».

IV. El delito de concurso punible o bancarrota

1. Introducción

El Capítulo VII bis del Título XIII CP, de nueva creación, bajo la rúbrica «De las insolvencias punibles» comprende los delitos de concurso punible o bancarrota, así como los delitos de favorecimiento de acreedores y de falsedad contable para obtener indebidamente la declaración de concurso.

En palabras del Preámbulo de la LO 1/2015 (XVI), la nueva regulación de los delitos de concurso punible o insolvencia conjuga una doble necesidad: la de facilitar una respuesta penal adecuada a la realización de actuaciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos que se producen en el contexto de una situación de crisis económica del sujeto o empresa y que ponen en peligro los intereses de los acreedores y el orden socioeconómico, o son directamente causales de la situación de concurso; y la de ofrecer suficiente certeza y seguridad en la determinación de las conductas punibles, es decir, aquéllas contrarias al deber de diligencia en la gestión de los asuntos económicos que constituyen un riesgo no permitido.

Queda de este modo definitivamente ratificada la decisión de mantener en nuestro Código la doble vía de punición de las insolvencias irregulares: el alzamiento de bienes o frustración de la ejecución, con alcance general para toda conducta de fraude de acreedores, y el concurso punible, en caso de que la insolvencia resultante haya motivado la iniciación de un procedimiento de ejecución universal.

Esta opción político criminal ha sido en ocasiones puesta en tela de juicio. Cabe destacar el proyecto de Ley Orgánica para la Reforma Concursal de 2002, que dio lugar a la LO 8/2003, de 9 de julio: el artículo tercero de este texto prelegislativo proyectaba dejar sin contenido el art. 260 CP, que entonces sancionaba el concurso punible, por estimar suficiente la protección penal que brindaba el delito de alzamiento de bienes.

Decía la Exposición de Motivos del Proyecto (apartado IV): «Otro de los principios básicos inspiradores de la reforma concursal es la desaparición del carácter represivo del procedimiento, que se manifiesta, sobre todo, en la nueva regulación de la calificación del concurso, cuyos efectos, en congruencia con lo dispuesto en el Código Penal de 1995, se limitan a la esfera de lo civil y no constituyen condición de prejudicialidad para la persecución de las conductas que pudieran ser constitutivas de delitos. Para llevar a sus últimas consecuencias la neta separación de ilícitos civiles y penales en esta materia, se hace preciso

suprimir el delito de insolvencia causada o agravada dolosamente, que todavía recoge ese Código, aunque se mantienen aquellos otros que, dentro de las insolvencias punibles, pueden considerarse delitos comunes contra el patrimonio, como el alzamiento de bienes y los que sancionan conductas especialmente graves del deudor dentro del procedimiento concursal»¹².

No obstante, durante la tramitación parlamentaria se optó por mantener el delito de quiebra punible.

El primer aspecto que destaca en la reforma de 2015 es la reducción que experimenta la pena del tipo básico de bancarrota: prisión de uno a cuatro años y multa de ocho a veinticuatro meses (art. 259.1 CP).

Es una reacción penal semejante a la prevista para el delito de frustración de la ejecución, que tiene asignada la misma pena de prisión, y una pena de multa de doce a veinticuatro meses (art. 257.1 CP), lo que homologa ambas conductas a efectos de su valoración jurídico penal, resaltando de este modo su proximidad desde una perspectiva político criminal.

La reforma 1/2015, por otra parte, flexibiliza la condición de perseguibilidad del concurso punible en el art. 259.4 CP al establecer la alternativa de que «el deudor haya dejado de cumplir regularmente sus obligaciones exigibles o haya sido declarado en concurso».

2. *Conductas prohibidas*

La reforma penal 1/2015 refuerza la seguridad jurídica al perfilar los supuestos de hecho sancionables. En este sentido, contribuye a mejorar la técnica legislativa del Código.

La necesidad de establecer medios determinados de comisión del delito había sido insinuada por la jurisprudencia del Tribunal Supremo. La STS n.º 40/2008 de 25 de enero, rec. 994/2007, dijo del art. 260 CP en su redacción anterior: «aunque es lo cierto que el CP debería ser más preciso, para ser respetuoso con el principio de taxatividad en la descripción típica de la conducta del concurso fraudulento, es lo cierto

¹² Proyecto de Ley Orgánica para la reforma concursal, por la que se modifican la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, y la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, (121/000102), Boletín Oficial de las Cortes Generales, Congreso de los Diputados, VII Legislatura, Serie A, núm. 102-1, 23 de julio de 2002, págs. 1 a 6.

http://www.congreso.es/public_oficiales/L7/CONG/BOCG/A/A_102-01.PDF

que la ley penal únicamente exige que la situación de crisis económica o insolvencia haya sido causada o agravada dolosamente por el sujeto activo del delito».

El art. 259.1 CP reconoce claramente esta necesidad al disponer el elenco de las conductas prohibidas por medio de las cuales puede ser cometido el delito. Comprende en el mismo un conjunto de acciones contrarias al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos mediante las cuales se reduce indebidamente el patrimonio del deudor que sirve de garantía universal del cumplimiento de sus obligaciones, o se dificulta o imposibilita el conocimiento de la verdadera situación económica del deudor. Este catálogo sigue en gran medida el modelo de la legislación alemana.

Mediante la técnica de enumeración de conductas, se supera el excesivo simplismo en que incurría su antecedente inmediato, el art. 260 CP en la redacción previa a la reforma de 1/2015, que remitía el supuesto de hecho a «cuando la situación de crisis económica o la insolvencia sea causada o agravada dolosamente por el deudor o persona que actúe en su nombre», lo que delegaba al arbitrio judicial la determinación de las conductas penalmente relevantes.

El listado es bastante exhaustivo y comprende la conducta de quien:

1.^a Oculte, cause daños o destruya los bienes o elementos patrimoniales que estén incluidos, o que habrían estado incluidos, en la masa del concurso en el momento de su apertura.

2.^a Realice actos de disposición mediante la entrega o transferencia de dinero u otros activos patrimoniales, o mediante la asunción de deudas, que no guarden proporción con la situación patrimonial del deudor, ni con sus ingresos, y que carezcan de justificación económica o empresarial.

3.^a Realice operaciones de venta o prestaciones de servicio por precio inferior a su coste de adquisición o producción, y que en las circunstancias del caso carezcan de justificación económica.

4.^a Simule créditos de terceros o proceda al reconocimiento de créditos ficticios.

5.^a Participe en negocios especulativos, cuando ello carezca de justificación económica y resulte, en las circunstancias del caso y a la vista de la actividad económica desarrollada, contrario al deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

6.^a Incumpla el deber legal de llevar contabilidad, lleve doble contabilidad, o cometa en su llevanza irregularidades que sean relevantes para la comprensión de su situación patrimonial o financiera. También será punible la destrucción o alteración de los libros contables, cuando de este modo se dificulte o impida de forma relevante la comprensión de su situación patrimonial o financiera.

7.^a Oculte, destruya o altere la documentación que el empresario está obligado a conservar antes del transcurso del plazo al que se extiende este deber legal, cuando de este modo se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor.

8.^a Formule las cuentas anuales o los libros contables de un modo contrario a la normativa reguladora de la contabilidad mercantil, de forma que se dificulte o imposibilite el examen o valoración de la situación económica real del deudor, o incumpla el deber de formular el balance o el inventario dentro de plazo.

9.^a Realice cualquier otra conducta activa u omisiva que constituya una infracción grave del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos y a la que sea imputable una disminución del patrimonio del deudor o por medio de la cual se oculte la situación económica real del deudor o su actividad empresarial.

Las cuatro primeras constituyen actos que menoscaban el patrimonio del deudor y con ello su función de garantía universal del pago de sus deudas; constituyen por ello supuestos de alzamiento de bienes que tendrían significación penal autónoma conforme a los preceptos del Capítulo VII aún en el caso de que no se produjera la declaración de concurso de acreedores; la 5.^a parece referirse a un desempeño temerario de la actividad mercantil o económica mediante negocios de alto riesgo, lo que abarcaría tanto conductas de grave imprudencia como de dolo eventual en el desencadenamiento de la crisis; las conductas 6.^a a 8.^a describen el incumplimiento de deberes contables y documentales, así como la realización de manifestaciones falsarias o inexactas que comprometerían el buen fin del procedimiento concursal al escamotear el conocimiento de la realidad al juez del concurso, los administradores concursales y los acreedores; la 9.^a es una cláusula abierta de invocación genérica del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos como título de incriminación penal y que impide considerar este listado como un genuino *numerus clausus* de conductas típicas.

En opinión de QUINTERO OLIVARES, la mayor parte de las conductas relacionadas en el art. 259.1 CP constituyen indicios de delictuosidad imaginables únicamente en el caso de empresarios, por lo que echa en falta una regulación separada del concurso punible de particulares; el concepto de insolvencia actual o inminente, al que se refiere el apartado 1 del art. 259 CP debiera a su juicio clarificarse utilizando la expresión «sobreseimiento general de todas las obligaciones», a fin de impedir que una situación de insolvencia frente a parte de los acreedores o solo en parte del territorio nacional pudiera propiciar la acción penal sin tratarse de una real situación de insolvencia; también entiende que hubiera convenido fijar un plazo de retroacción para precisar las acciones inapropiadas anteriores a la declaración de concurso, y que hubiera debido incluirse el endeudamiento por encima del capital de la empresa, pues uno de los problemas del sistema español es, precisamente, el volumen de riesgo que asumen sociedades cuyo capital es desproporcionadamente inferior al riesgo¹³.

Algunas de las conductas punibles presentan una más que evidente correspondencia con los indicadores de culpabilidad concursal previstos en el art. 164 de la Ley 22/2003, de 9 de julio, Concursal (LC).

Destaca el 4.º, que es una reproducción de la definición típica del alzamiento de bienes: «Cuando el deudor se hubiera alzado con la totalidad o parte de sus bienes en perjuicio de sus acreedores o hubiera realizado cualquier acto que retrase, dificulte o impida la eficacia de un embargo en cualquier clase de ejecución iniciada o de previsible iniciación».

Del mismo modo el apartado 5.º: «Cuando durante los dos años anteriores a la fecha de la declaración del concurso hubieran salido fraudulentamente del patrimonio del deudor bienes o derechos»; y el 6.º: «Cuando antes de la fecha de declaración de concurso el deudor hubiese realizado cualquier acto jurídico dirigido a simular una situación patrimonial ficticia».

Igualmente, las infracciones contables y falsedades documentales previstas en los apartados 1.º y 2.º.

3. *Bancarrota dolosa*

Las conductas prohibidas pueden realizarse en dos contextos diferentes: bien cuando el deudor se encuentra en situación de insolvencia,

¹³ QUINTERO OLIVARES, Gonzalo: *Comentario a la reforma penal de 2015, XXVIII El delito de concurso o bancarrota*, Thompson Reuters, Cizur Menor, 2015.

actual o inminente (apartado 1 del art. 259 CP), bien con anterioridad a la misma si constituyen, precisamente, la causa de tal situación (apartado 2 del art. 259 CP).

De un lado el precepto valora penalmente las conductas descritas como elementos desencadenantes de la crisis económica del deudor, lo que planteará importantes problemas probatorios, pues la génesis de una crisis obedecerá normalmente a factores diversos e interrelacionados.

Esta es la figura básica de concurso punible, aunque ocupe el segundo apartado del precepto. Se trata de un delito de resultado, que parece dar continuidad al esquema típico de su antecedente, el art. 260 CP.

De otro lado se valoran desde la perspectiva penal las mismas conductas cuando el deudor las comete en estado de insolvencia actual o inminente. Se trata entonces de un delito de peligro, pues tales actos pueden agravar la insolvencia, o bien impedir o dificultar a los acreedores, administradores concursales o al propio Juez del concurso tener un conocimiento cabal de su verdadera situación económica.

El precepto no exige, a diferencia de lo que ocurre con la frustración de la ejecución del art. 257 CP, que en el autor concurra una específica intencionalidad defraudatoria, basta con que realice las conductas típicas en los contextos indicados y se represente el peligro que las mismas representan para el interés de los acreedores.

En ambos casos la respuesta penal es idéntica¹⁴.

4. *Bancarrota imprudente*

La reforma 1/2015 apuesta resueltamente por ampliar la intervención penal a las conductas imprudentes. En este punto se distancia netamente de la regulación anterior, que sólo admitía el concurso doloso, para aproximarse a ciertos modelos de Derecho comparado (v. gr., el alemán y el portugués).

Dice el art. 259.3 CP: «Cuando los hechos se hubieran cometido por imprudencia, se impondrá una pena de prisión de seis meses a dos años o multa de doce a veinticuatro meses».

¹⁴ El Anteproyecto de LO que dio lugar a la reforma penal 1/2015 preveía una pena más grave para los supuestos del apartado 2, si bien durante la tramitación parlamentaria se homologaron las penas.

La técnica legislativa es discutible. La mayor parte de las conductas relacionadas en el art. 259.1 son de imposible comisión imprudente, por lo que no es correcto hacer una incriminación genérica referida a todos los apartados del número 1 del precepto.

También es discutible la opción de política criminal que el precepto materializa. Con esta ampliación la calificación penal se apropia de gran parte de los supuestos de responsabilidad concursal previstos en los arts. 163 y ss LC (Título VI «De la calificación del concurso»).

Los supuestos de responsabilidad concursal ya sancionan con graves consecuencias jurídicas la conducta gravemente culpable con incidencia causal en la generación o agravación de la insolvencia, lo que abarca el dolo y la culpa grave (*vid.* STS [Sala 1.ª] n.º 327/2015, de 1 de junio, rec. 1449/2013)¹⁵. La extensión del tipo penal a los casos imprudentes involucra a la jurisdicción penal, con muy débil justificación, en la persecución de un mayor número de casos de insolvencia.

Esto no se compadece con el principio de intervención mínima ni con el carácter fragmentario que debe tener el Derecho penal, pues no es bueno ni acertado fomentar el solapamiento de los tipos penales con infracciones correspondientes a otros órdenes (administrativo, mercantil, social, etc.).

Dice el art. 164.1 LC que el concurso se calificará como culpable cuando en la generación o agravación del estado de insolvencia hubiera mediado dolo o culpa grave del deudor o, si los tuviere, de sus representantes legales.

Llama la atención que la responsabilidad concursal se vincule a la culpa grave, y que al mismo tiempo la gravedad no aparezca mencionada como elemento normativo del delito de bancarrota imprudente en el art. 259.3 CP, que se refiere con rechazable laxitud hechos que «se hubieran cometido por imprudencia».

Este defecto de técnica legislativa aconseja efectuar una interpretación reductora del precepto para circunscribir la persecución penal a las conductas más intensamente lesivas del deber de diligencia en la gestión de asuntos económicos.

¹⁵ Inhabilitación para administrar bienes ajenos y para representar a cualquier persona durante un período de dos a quince años, acumulables en caso de inhabilitaciones impuestas en varios concursos (art. 172 LC), y sin perjuicio de la condena a cubrir con su patrimonio personal todo o parte del déficit «en la medida que la conducta que ha determinado la calificación culpable haya generado o agravado a insolvencia» (art. 172 bis LC).

5. Tipos especiales

El art. 259 bis CP recoge tres tipos especiales cualificados que castigan los mismos hechos con las penas de prisión de dos a seis años y multa de ocho a veinticuatro meses, en función de las siguientes circunstancias:

- 1.^a—Cuando se produzca o pueda producirse perjuicio patrimonial en una generalidad de personas o pueda ponerlas en una grave situación económica.
- 2.^a—Cuando se causare a alguno de los acreedores un perjuicio económico superior a 600.000 euros.
- 3.^a—Cuando al menos la mitad del importe de los créditos concursales tenga como titulares a la Hacienda Pública, sea esta estatal, autonómica, local o foral y a la Seguridad Social.

La primera agravación recuerda los fundamentos del delito masa (art. 74.2, *in fine* CP). Se debe aplicar restrictivamente, pues lo propio de un procedimiento de ejecución universal es que afecte a una pluralidad de acreedores.

La segunda agravación es difícilmente justificable: la defraudación de más de 600.000 euros puede tener muy distinta trascendencia en función de la situación económica y patrimonial del acreedor afectado: a unos los puede colocar en una situación dramática y a otros les puede resultar irrelevante. La norma no establece ningún matiz, por lo que la agravación operará con un automatismo inaceptable.

La tercera agravación tiene por objeto brindar una protección reforzada al erario público también en este contexto.

6. Tipos anexos

El Capítulo VII bis recoge otros comportamientos típicos relacionados con la situación de crisis de un deudor.

a. MODALIDADES DE INFRACCIÓN PUNIBLE DEL PRINCIPIO DE *PAR CONDITIO CREDITORUM*

Un deudor conserva la libertad de disposición de su patrimonio hasta que se admite a trámite la solicitud de concurso.

La afectación de las facultades patrimoniales del deudor se regula en el art. 40 LC. En caso de concurso voluntario el deudor conserva sus

facultades de administración y disposición sobre su patrimonio, si bien su ejercicio queda sometido a la intervención de los administradores concursales, mediante su autorización o conformidad.

En caso de concurso necesario, quedan suspendidas las facultades de administración y disposición del deudor, siendo sustituido por los administradores concursales.

Hasta la reforma 1/2015, los pagos efectuados por el deudor a uno o varios acreedores antes de la declaración del concurso carecían de relevancia penal, pues se consideraba que estaba amparado por su derecho de libre disposición patrimonial. Esta concepción experimenta un cambio relevante.

El art. 260.1 CP dice: «Será castigado con la pena de seis meses a tres años de prisión o multa de ocho a veinticuatro meses, el deudor que, encontrándose en situación de insolvencia actual o inminente, favorezca a alguno de los acreedores realizando un acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones destinado a pagar un crédito no exigible o a facilitarle una garantía a la que no tenía derecho, cuando se trate de una operación que carezca de justificación económica o empresarial»¹⁶.

Se tipifican de este modo los pactos colusorios que el deudor pueda cerrar ante la inminencia del advenimiento de un procedimiento concursal con uno o varios de sus acreedores para favorecerles en perjuicio de los restantes. La infracción del principio *par conditio creditorum* adquiere relevancia penal fuera del procedimiento concursal.

Dado que en este momento el deudor mantiene íntegras las facultades de administración y disposición de su patrimonio, el precepto pone el acento en dos aspectos indicativos de una voluntad de fraude:

¹⁶ Parece inspirarse en el Código portugués:

«Art. 229. Favorecimiento de acreedores. 1. El deudor que, conociendo su situación de insolvencia o previendo su inminencia y con intención de favorecer a ciertos acreedores en perjuicio de otros, pague deudas aún no vencidas o las pague de modo diferente al pago en dinero o en valores usuales, o dé garantías para sus deudas a las que no esté obligado. El párrafo segundo prevé una agravación si se llega a declarar la insolvencia o la quiebra».

También en el Código alemán.

«§ 283 c. Favorecimiento de acreedores. (1) Quien conociendo la incapacidad de pago otorgue a un acreedor una garantía o satisfaga una pretensión a la cual no tiene derecho o no de ese modo o en ese momento, favoreciéndole así intencional o conscientemente frente al resto de acreedores será castigado con pena privativa de libertad de hasta dos años o con multa».

- 1.º—que el autor se halle en estado de insolvencia actual o inminente, es decir, a las puertas de un procedimiento concursal, y
- 2.º—que realice un acto carente de justificación económica o empresarial, razón por la cual la acción típica se restringe al pago de créditos que todavía no sean exigibles o al otorgamiento de garantías a las que el acreedor no tuviera derecho.

El art. 260.2 CP, por su parte, sanciona los pactos colusorios alcanzados cuando ya está en marcha el procedimiento concursal, en los mismos términos y con la misma pena que ya se preveían en el antecedente art. 259 CP.

Dispone el art. 260.2 CP: «Será castigado con la pena de uno a cuatro años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses el deudor que, una vez admitida a trámite la solicitud de concurso, sin estar autorizado para ello ni judicialmente ni por los administradores concursales, y fuera de los casos permitidos por la ley, realice cualquier acto de disposición patrimonial o generador de obligaciones, destinados a pagar a uno o varios acreedores, privilegiados o no, con posposición del resto».

En este caso la penalidad es más grave porque iniciado el trámite del procedimiento concursal, el deudor, que ya tiene limitadas sus facultades de administración, infringe además sus deberes de abstención (arts. 21, 26, 40.2 y 43.2 LC).

La reforma 1/2015 avanza un paso más al crear un tipo especial para las conductas ilícitas cometidas por los propios administradores concursales, si bien en el capítulo de la malversación de caudales públicos, como una modalidad de malversación impropia (Capítulo VII del Título XIX).

Dice el art. 435.4.º CP que las disposiciones de este capítulo serán aplicables «a los administradores concursales, con relación a la masa concursal o los intereses económicos de los acreedores. En particular, se considerarán afectados los intereses de los acreedores cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido en la ley».

b. FALSEDAD CONTABLE

El art. 261 CP castiga con la pena de prisión de uno a dos años y multa de seis a 12 meses al que en procedimiento concursal presentare, a sabiendas, datos falsos relativos al estado contable, con el fin de lograr indebidamente la declaración de aquel. El precepto mantiene la configuración típica anterior a la reforma 1/2015.

7. Responsabilidad penal de las personas jurídicas

Como se ha señalado *supra* el art. 261 bis CP, como artículo de cierre del Capítulo VII bis, contiene la cláusula atributiva de responsabilidad penal de las personas jurídicas con el mismo contenido y finalidad que el art. 258 ter CP del Capítulo anterior.

V. Conclusión

Indicábamos al inicio de este trabajo que el Preámbulo de la LO 1/2015 de reforma penal declara la voluntad del Legislador de separar netamente los delitos de frustración de la ejecución y bancarrota. A ese propósito obedece, precisamente, la creación del Capítulo VII bis CP.

El texto articulado, sin embargo, lejos de alcanzar dicho propósito, parece haber conseguido un resultado bien distinto: de un lado, se amplía la coincidencia de supuestos de responsabilidad concursal y penal; de otro, los tipos penales de frustración de la ejecución y concurso se siguen superponiendo.

La reforma vuelve a difuminar la frontera entre los ilícitos civiles y penales, desoyendo una asentada reivindicación de la doctrina.

Las conductas del art. 259.1 CP lo único que añaden a la infracción concursal equivalente es la exigencia de un dolo o imprudencia según su sentido jurídico-penal, pero no exigen como condición del tipo subjetivo la intención ni el resultado de agravar la insolvencia o perjudicar a los acreedores. Por eso la doctrina discute qué aporta el injusto penal respecto del injusto civil, y si no se deberían haber mantenido algunos de los comportamientos incriminados fuera del CP¹⁷.

La reforma 1/2015 constituye de este modo el último acto de un itinerario legislativo vacilante que no alcanza a encontrar un engarce adecuado de las diversas versiones de insolvencia punible.

El proyecto de LO que daría lugar a la LO 8/2003, de 9 de julio, *para la Reforma Concursal*, apostó en un primer momento por la despenalización del concurso de acreedores entonces regulado en el art. 260 CP, aunque en las primeras fases de tramitación parlamentaria de la norma se renunció a tal idea.

A favor de la supresión se pronunció un sector de la doctrina, que consideraba suficiente el delito de alzamiento. En contra se pronunciaron otros, tanto por las lagunas de punición intrínsecas que podría pro-

¹⁷ ESQUINAS VALVERDE, *op. cit.*, pág. 11.

vocar como por la falta de armonía con el Derecho comparado en el marco de la Unión Europea.

La LO 1/2015 invierte esta tendencia y opta por ensanchar el ámbito del concurso punible hasta abarcar las conductas imprudentes sin una clara delimitación. Es evidente que en este punto se inspira en modelos de Derecho comparado como el Código Penal portugués (arts. 227 y 228) o alemán (art. 283).

El problema es que se mantiene la coexistencia del delito de frustración de la ejecución con el delito de bancarrota, con proyección sobre conductas en gran medida coincidentes, cuya calificación jurídica va a depender de un acto procesal civil como es la declaración del concurso de acreedores.

Esta situación no es en absoluto satisfactoria y no parece darse en el Derecho comparado, por lo que el manejo de los modelos en la reforma penal de 2015 no ha sido todo lo consecuente que sería de desear.

La corrupción en los negocios tras la reforma penal por LO 1/2015¹

Pilar Otero González

Profesora Titular de Derecho penal (acreditada Catedrática)
Universidad Carlos III Madrid

Sumario: I. Introducción. II. Justificación de la incriminación de la corrupción en los negocios. Ubicación y bien jurídico protegido. III. Análisis de aspectos concretos de los tipos penales. 1. La corrupción en los negocios de ámbito nacional. Art. 286 bis. a. Sujetos activos. 1.º Delito especial: modalidad pasiva y delito común: modalidad activa. 2.º Concepto de sociedad: art. 297 CP. 3.º El administrador. 4.º El colaborador. 5.º ¿Los empresarios? 6.º El intermediario en la realización del cohecho («por sí o por persona interpuesta»). b. Conductas típicas. 1.º Consideraciones generales. 2.º El beneficio o ventaja no justificados: su relación causal con el favorecimiento indebido. 3.º ¿Ha sido correcta la supresión de la cláusula *incumpliendo las obligaciones*? 4.º La opción por un modelo puro de incriminación de la competencia cumple el principio de antijuridicidad material. E. Ampliación del ámbito del soborno. c. Penalidad y problemas concursales. d. Conclusión. 2. La corrupción en la transacción comercial internacional. Art. 286 ter CP. a. Consideraciones generales. b. Conductas típicas. c. El objeto material de la acción. d. El objeto del acuerdo. e. Los sujetos de la relación corrupta. 1.º El sujeto activo del cohecho activo y el funcionario nacional o extranjero. 2.º El intermediario. f. Penalidad y problemas concursales. g. Refuerzo de los mecanismos de prevención. h. Evaluación de la aplicación de este delito. IV. Bibliografía.

¹ Trabajo realizado en el marco del Proyecto MINECO DER2013-46523 R sobre «Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada».

I. Introducción

La LO 1/2015 ha sustituido la antigua Sección 4.^a intitulada «De la corrupción entre particulares» (dentro del Capítulo XI del Título XIII del Libro II del Código Penal), por la nueva Sección 4.^a referida a los «Delitos de corrupción en los negocios», en la que se incluyen los delitos de pago de sobornos para obtener ventajas competitivas² (ya se trate de corrupción en el sector privado de ámbito nacional o de corrupción en transacciones comerciales internacionales³).

Según la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica, esta reforma pretende solucionar algunos defectos técnicos detectados en la tipificación anterior.

En el caso de la regulación del cohecho transnacional, se equipara al funcionario nacional y extranjero, se modifica su marco penal y se introduce una regla penológica para solucionar la posible concurrencia de esta norma con las que regulan el cohecho.

Por lo que respecta al delito de corrupción entre particulares, entre otras cuestiones de menor calado, se elimina la exigencia del «incumplimiento de las obligaciones» en la relación comercial objeto de soborno, que tantos ríos de tinta generó entre la Doctrina que se ocupó de analizar esta figura, discutiéndose sobre el modelo de incriminación por el que había apostado el Legislador de 2010.

Corresponde, pues, analizar en este trabajo algunas de las pretendidas bondades de la nueva regulación de la corrupción de los negocios prevista en los artículos 286 bis y 286 ter.

II. Justificación de la incriminación de la corrupción en los negocios. Ubicación y bien jurídico protegido

Recordemos que la regulación de estas conductas antes de la reforma del CP por LO 1/2015 se encontraba dispersa, de modo que el delito de corrupción entre particulares (art. 286 bis) estaba ubicado en el Capítulo dedicado a los *delitos relativos al mercado y los consumidores*, mientras que el delito de corrupción de agente público extran-

² Prescindo de abordar la corrupción en el deporte (art. 286 bis 4) pues considero que su problemática específica excede del objeto de esta investigación y merecería por sí sola un estudio independiente.

³ Nótese que la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 sigue aludiendo a «corrupción de agente público extranjero» a pesar de que el receptor o solicitante de la ventaja (sujeto activo del cohecho pasivo no penado en este tipo) sea ahora una autoridad o funcionario nacional, extranjero o de organizaciones internacionales.

jero (art. 445) conformaba el Capítulo X del Título XIX relativo a los *delitos contra la Administración Pública*. Este último tipo penal se traslada ahora al nuevo art. 286 ter, reuniéndose ambos bajo una única Sección rubricada «Delitos de corrupción en los negocios».

Así las cosas, la nueva denominación de la sección era necesaria en la medida en que ahora se aglutinan bajo su cobertura dos conductas de corrupción diferentes, la primera realizada entre particulares, mientras que en la segunda una de las partes, la corrompida, es un funcionario público nacional o extranjero, luego ya no podía hablarse genéricamente de «corrupción entre particulares». El denominador común son los «negocios» objeto de soborno, entendiéndose por tal⁴, «Aquello que es objeto o materia de una ocupación lucrativa o de interés», es decir, se viene vinculando a aquella ocupación o actividad efectuada para obtener un beneficio en el entorno de las relaciones comerciales. En consecuencia, no puede resultar más adecuada la rúbrica de la Sección, pues la conducta típica consistente en sobornar para obtener ventajas competitivas se realiza en el ámbito de las operaciones comerciales (nacionales o transnacionales).

Pretende reafirmarse con ello la protección de las reglas de la competencia en el mercado tanto de ámbito nacional como transnacional, dotándolas de unidad y haciendo, por tanto, hincapié en el soborno en la contratación pasando a un segundo plano el marco en que éste se produzca o quiénes sean los sujetos de esta relación corrupta.

En el caso de la corrupción transnacional, con la nueva ubicación se refuerza, además, el interés protegido centrado en la competencia honesta focalizando la atención en el comportamiento de cohecho activo para conseguir una ventaja competitiva en las relaciones comerciales internacionales. Este nuevo emplazamiento en el ámbito de los delitos contra el mercado y los consumidores es, en efecto, más adecuado⁵ que

⁴ <http://lema.rae.es/drae/srv/search?id=RAE3>.^a acepción del término.

⁵ Cfr., ampliamente, BENITO SÁNCHEZ, D.: *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Madrid: lustel, 2012, pp. 170-176; la misma autora, «Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo», *Estudios de Deusto*, vol. 63/1, enero-junio, 2015, p. 222. FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2003, pp. 80-81; PUENTE ABA, L.M.: «Corrupción en las transacciones económicas internacionales (art. 286 ter)», en *Comentarios a la Reforma del CP de 2015* (José Luis González Cussac —Dir.—), Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 924. SUÁREZ-MIRA RORÍGUEZ, C./JUDEL PRIETO, A./PIÑOL RODRÍGUEZ, J.R., «Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en AAVV, *La corrupción a examen*, Pamplona, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 139-142.

el precedente, dado que anteriormente se situaba en el Título dedicado a los *Delitos contra la Administración Pública* lo cual no tenía sentido porque aunque se protegiera mediatamente la imparcialidad y objetividad de la función Pública en general (puesto que estamos en el ámbito de la contratación pública) no se incriminaba —ni se incrimina— en ningún caso al funcionario público extranjero— que comete el cohecho pasivo (recordemos que antes de la reforma de 2015 sólo realizaba este cohecho pasivo no incriminado el funcionario extranjero o de organizaciones internacionales; ahora también se extiende esta conducta al funcionario nacional) y, en consecuencia, conforme a la ley penal española no se estaba vulnerando el correcto funcionamiento de *nuestra* Administración Pública.

En definitiva, las conductas recogidas en el art. 286 ter, por el contrario, tutelan (y tutelaban) principalmente intereses relacionados con el tráfico comercial internacional vinculado al poder corruptor de las empresas multinacionales.

En cuanto a la justificación de la incriminación de estas conductas y comenzando por la corrupción transnacional, la «gran corrupción», surge a comienzos de la década de los setenta⁶, coincidiendo con la expansión del comercio internacional. En aquel momento, afloró una serie de escándalos financieros producida como consecuencia de la actuación corruptora de algunas empresas multinacionales que, con su gran poder económico, pretendían la adjudicación de contratos por parte de distintos Estados. El más conocido fue el asunto *Lockheed*, relacionado con la venta por parte de la conocida sociedad norteamericana de material aeronáutico militar a determinados países como Bélgica, Italia o Japón⁷. No debemos olvidar al respecto que las transacciones comerciales internacionales más involucradas en la corrupción son la venta del material militar y la adjudicación de obras públicas de gran envergadura.

⁶ 6 Para frenar este tipo de prácticas el Congreso de EE.UU. aprobó la *The Foreign Corrupt Practices Act*, (FCPA) 1977 de EEUU (15 U.S.C. § 78dd-1, et seq.) que castiga estos comportamientos con multas de \$ 402 mil millones de dólares y los culpables pueden enfrentar una condena de hasta 5 años de prisión. Sobre el papel de esta ley como referente mundial en la lucha contra la corrupción transnacional vid., BENITO SÁNCHEZ, D.: «La corrupción de funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales. Especial referencia al papel de la *Foreign Corrupt Practices Act*», en *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Madrid: Dykinson, 2016 (en prensa), texto original de la autora, pp. 3-34.

⁷ Vid., ampliamente, FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: *La corrupción...*, op. cit., p. 37. BENITO SÁNCHEZ, D.: *El delito de corrupción...*, op. cit., pp. 23 y ss.

Desde entonces, se ha multiplicado el número de empresas que utilizan su poder económico para doblegar, a través de la táctica del soborno, la voluntad de quienes tienen poder público de decisión⁸. Así, en el nuevo contexto de empresas multinacionales con mucha

⁸ Son célebres, entre otros, los siguientes casos de corrupción, algunos todavía en proceso de resolución. *Self* y *PCI* firmaron un contrato con el Ministerio de Defensa del Reino Unido («MOD») para comercializar piezas de repuesto militares. *PCI*, pagó más de 70.000 dólares a un funcionario del Reino Unido-MOD en concepto de comisiones. *El Paso* compró petróleo iraquí por parte de terceros, y pagó aproximadamente \$ 5,480,000 en recargos ilegales. *Willbros Group, Inc., and Willbros International, Inc.* realizaron pagos fraudulentos obtenidos mediante facturas fraudulentas para sobornar a dos funcionarios extranjeros de Nigeria para conseguir contratos relacionados con un proyecto de construcción de gas. *Daimler AG* pagó sobornos a funcionarios públicos extranjeros en al menos 22 países para su ayuda en la obtención de contratos de compraventa de vehículos de *Daimler* con clientes gubernamentales por un valor de cientos de millones de dólares. El ejecutivo de la empresa en Nigeria se suicidó. La empresa se ha enfrentado a corrupciones desde 2004. En Alemania se está investigando al Grupo alemán MAN (autobuses y camiones) *Ferrostaal* (plantas industriales), fusionados desde 2004 (imputado Klaus Lesker: miembro del consejo) por pagar 200.000 marcos alemanes (€ 102.258; 138,099 dólares) al ex presidente de Indonesia, Jusuf Habibie Bacharuddin. La familia del ex dictador nigeriano Sani Abacha se cree que recibió 460 millones de marcos alemanes para la construcción de una planta de procesamiento de metales. Venta de cinco máquinas de impresión y grabación en relieve, así como un sistema utilizado para destruir los billetes a la imprenta estatal de billetes de Indonesia. Negoció un acuerdo por valor de unos € 28 millones para vender un buque guardacostas de la marina colombiana. Han pagado sobornos a la guardia costera argentina en 2006 (un empleado del Ministerio de Defensa argentino habría recibido una suma de seis cifras de euros de la oficina local *Ferrostaal*). Un cónsul honorario de Portugal en 2002 dijo que podía ser útil en el inicio de una operación. El cónsul terminó admitiendo por ello cerca de € 1,6 millones. A finales de 2011 un tribunal de Munich condenó por corrupción a los directivos de MAN *Ferrostaal* implicados en la venta de los submarinos a Portugal y Grecia. Actualmente, se sigue investigando 5 proyectos más bajo sospecha por un valor total de 1000 millones de €. Hasta ahora todas estas actividades se consideraban «gastos útiles». Ahora se destapan porque hay una fiscalía especializada contra la corrupción. Mercedes-Benz, que vende automóviles en países de todo el mundo (Corea del Norte, Letonia, Bulgaria, Rumania, Rusia...) se sospecha que habría pagado € 3,3 millones (\$ 4,4 millones) en sobornos para asegurar un negocio en estos países (siempre en los archivos figuraba como «pago útil»). Siemens: empresa de electrónica, que ha pagado, entre otros, sobornos a funcionarios de Grecia, Venezuela, Argentina, Nicaragua, Costa Rica, Guatemala, Nigeria, Turquía, Italia (2050 millones U\$ desde 2005). Posteriormente a cargos políticos de Kuwait (ministro de Energía) para ampliar redes de suministro eléctrico asegurándose la adjudicación de nuevos contratos. La empresa británica Mabey & Johnson, dedicada a la construcción de puentes, se convirtió en 2009 en la primera en ser declarada oficialmente culpable de haber sobornado a políticos y funcionarios extranjeros.

Hasta ahora, había habido condenas a personas jurídicas pero por la vía de la sanción administrativa.

capacidad económica para sobornar, el Derecho penal se enfrenta a la globalización del delito de corrupción.

Esta corrupción que se desarrolla en el ámbito de mercados internacionales actúa conforme a los mismos parámetros que la corrupción que pretende la obtención de posiciones dominantes sobre el mercado nacional (de hecho ahora, como desarrollaré, se vincula estrechamente este tipo penal con las figuras tradicionales de cohecho a través de la remisión del art. 286 ter. 2 al art. 427 CP). Así, las empresas —normalmente multinacionales— utilizan su poder económico para lograr la adjudicación de un contrato internacional, y, de otro lado, las personas que ejecutan la política bien en un Estado extranjero bien en una organización pública internacional también pueden hacer uso desviado de sus prerrogativas en beneficio de intereses particulares⁹. De ahí que tenga sentido, como se viene manteniendo, la tipificación correlativa de ambas clases de corrupción.

Para frenar este fenómeno, la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) aprobó el Convenio de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales, firmado en París, el 17 de diciembre de 1997 (en vigor desde el 15 de febrero de 1999).

Basado en última instancia sobre sus *Principios Rectores Aplicables a las Empresas Multinacionales* de 1976 y precedida de una serie de instrumentos de *soft law* dictados por la propia organización internacional a lo largo de los años noventa —cuyo contenido también incorpora—, el Convenio no es el único documento internacional sobre la materia, pero sí el de mayor proyección. Suscrita por los principales exportadores del mundo, vincula por ello a las principales fuentes potenciales de corrupción en el marco de las relaciones económicas internacionales.

El mencionado Convenio fue ratificado por España el 14 de enero de 2000 y publicado en el *BOE* n.º 46, de 22 de febrero de 2002. En cumplimiento de las obligaciones que de él derivan, por LO 3/2000, de 11 de enero, se creó el Título XIX Bis «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en el Libro II del CP, donde se incorporó el art. 445 bis, construido como una especialidad del cohecho activo (si bien cambiaban, como es sabido, los sujetos de la relación y las finalidades específicas perseguidas con la acción). Tras varias reformas del precepto, que se detallarán en la segunda parte de este trabajo, hoy esta figura se traslada de lugar para

⁹ FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: *La corrupción...*, op. cit., pp. 39 y 40.

pasar a constituir, como se ha señalado, el art. 286 ter en una sección dedicada junto con el art. 286 bis a los delitos de «corrupción en los negocios».

De otro lado, esta tipificación conlleva la necesidad de flexibilizar el concepto de soberanía a favor de un más eficaz control de este tipo de conductas¹⁰, desde el momento en que los instrumentos internacionales, hasta hace pocas décadas, no han pasado de ser textos meramente simbólicos.

Por lo que respecta a la incriminación de la corrupción entre particulares, obedece a la transposición de la *Decisión Marco 2003/568/JAI, del Consejo, de 22 de julio, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado* (L 192/54 Diario Oficial de la Unión Europea 31.7.2003)¹¹ donde se señala como objetivo «asegurar que la corrupción activa y pasiva en el sector privado sea una infracción penal en todos los Estados miembros, que las personas jurídicas también puedan ser consideradas responsables de tales delitos y que éstos se castiguen con sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias», al reconocer que, «junto con la mundialización, los últimos años han traído un aumento del comercio transfronterizo de bienes y servicios, por lo que la corrupción en el sector privado de un Estado miembro ha dejado de ser un problema meramente interno para convertirse en un problema también transnacional».

En definitiva, para la Decisión Marco¹² la corrupción, tanto en el sector público como en el sector privado distorsiona las reglas de la competencia respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales e impide un desarrollo económico sólido.

Partiendo de este objetivo, la LO 5/2010, de modificación del Código Penal, dio cumplimiento a la mentada Decisión Marco dentro de

¹⁰ Ampliamente, sobre este tema, RODRÍGUEZ GARCÍA, N.: «La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción», en *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar* (Coordinadores: Nicolás Rodríguez García; Eduardo Fabián Caparrós), Salamanca: Ratio Legis, pp. 268-270.

¹¹ Sobre los Informes y Decisiones posteriores que han surgido de la mentada Decisión Marco, fundamentalmente la Convención de Naciones Unidas contra la corrupción, de 31 de octubre de 2003, y sobre los antecedentes normativos que han inspirado su contenido, principalmente, la «Acción Común» del Consejo Europeo de 22 de diciembre de 1998 y el Convenio penal sobre la corrupción, del Consejo de Europa, de 27 de enero de 1999, vid., mi trabajo, «La corrupción en el sector privado: el nuevo delito previsto en el artículo 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal en la *Ley Penal: Revista de Derecho Penal, procesal y Penitenciario*, n.º 87, 2011, pp. 30, 31, 45-46.

¹² Cfr., Informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de modificación del CP de 14-11-2008.

un proceso que había comenzado en reformas anteriores del Código Penal —y que continúa en la LO 1/2015—, de progresiva aproximación entre la tipificación de la corrupción pública y de la privada¹³, consecuencia de la también progresiva extensión del concepto *penal* de *corrupción*.

Así, en la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 se reseñaba que «la idea fuerza en este ámbito es que la garantía de una competencia justa y honesta pasa por la represión de los actos encaminados a corromper a los administradores de empresas de forma similar a lo que se hace a través del delito de cohecho» Y añade: «Porque con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado».

A esta concepción han contribuido los graves escándalos en torno a los mercados financieros que han salido a la luz pública en los últimos años procedentes de las grandes empresas con proyección internacional, tanto norteamericanas (Enron, Arthur Andersen) como europeas (Ericsson); incluso algunas sonadas desviaciones en organizaciones internacionales (Comité Olímpico Internacional) o en organizaciones no gubernamentales o fundaciones sin «aparente» ánimo de lucro¹⁴, lo que ha hecho cobrar cada vez más fuerza el planteamiento de que la corrupción en el sector privado se compone de comportamientos desviados de los administradores y cargos directivos que perjudican a un número importante de intereses privados (acreedores, trabajadores, accionistas, inversores), pues lo que lesionan, en definitiva, es el interés en el eficiente funcionamiento del mercado perjudicando su propia disciplina¹⁵ al generar conflictos de intereses dentro del propio sector privado.

Su incriminación, además, está vinculada al proceso masivo de privatización al que se ha asistido en los últimos años, lo que ha supuesto la transferencia al sector privado de importantes recursos eco-

¹³ Sin llegar todavía a constituir un modelo de tipificación omnicomprensivo de ambas clases de corrupción, tal y como está implantado en Suecia (capítulo 17 art.7 y capítulo 20 art.2 CP sueco).

¹⁴ Cfr., ampliamente, CARBAJO CASCÓN, F.: «Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión», en *la Corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, (Coordinadores: Nicolás Rodríguez García; Eduardo Fabián Caparrós), Salamanca: Ratio Legis, 2004, pp.127-155, especialmente, pp. 129-130.

¹⁵ CASTRESANA FERNÁNDEZ, C.: «Corrupción, globalización y delincuencia organizada», en *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar* (Coordinadores: Nicolás Rodríguez García; Eduardo Fabián Caparrós), Salamanca: Ratio Legis, 2004, pp. 217-218.

nómicos antes gestionados por el sector público. Ello justificaría que se hayan limado las diferencias entre las reglas aplicables a los sectores público y privado¹⁶, lo que implica inevitablemente una redefinición de las reglas que protegen los intereses del sector privado, lugar donde se concentra fundamentalmente el poder económico y financiero.

Por tanto, desde el momento en que se asocia el fenómeno de la corrupción en los negocios con el mundo globalizado se debe abordar también el problema desde la globalización de la estrategia anti-corrupción: ese sería el sentido de la Exposición de Motivos de la LO 5/2010 transcribiendo el propio preámbulo de la Decisión Marco¹⁷ de acuerdo con la filosofía que impregna la política criminal europea de los últimos tiempos. A este respecto, como se ha mencionado, el Convenio OCDE 1997 supuso un punto de inflexión en la concienciación de que las prácticas corruptas de utilizar dinero de las empresas para sobornar (en este caso a funcionarios) era delictiva, pues anteriormente estos pagos eran considerados gastos «útiles» susceptibles de deducción fiscal. Por tanto, el Convenio OCDE fomentó una forma de hacer coactivos los códigos de buenas intenciones por parte de las empresas. Del mismo modo, la DM 2003/568/JAI y su incorporación a la LO 5/2010 supuso el refuerzo de la sanción penal al incumplimiento de las buenas prácticas de negocios en las empresas (*compliance*), convirtiéndose la criminalización de la corrupción entre particulares en una estrategia prioritaria empresarial dentro de las prácticas de buen gobierno.

¹⁶ Así, VILLAMERIEL PRESENCIO, L.: «Algunas reformas necesarias en la actual legislación», en *La Ley*, 8 de septiembre de 2005, p. 11. CONTRERAS ALFARO, L.H.: *Corrupción y principio de oportunidad*, Salamanca: Ratio Legis, 2005, pp. 131-132 pues consideran de igual gravedad la corrupción pública y la privada. Otros autores, en cambio, siguen mostrándose contrarios a la incriminación de estas conductas en el sector privado, así, FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: *La corrupción...*, op. cit. p. 26.

¹⁷ VENTURA PÜSCHEL, A.: «Sobre la tipificación de la mal llamada «corrupción de particulares» (o de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado)», en *La adecuación del Derecho Penal español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea* (Fco. Javier Álvarez García —Director—), Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, p. 498. El mismo, «Corrupción entre particulares», en *Derecho Penal español. Parte Especial (II)*, FJ Álvarez García (Dir.), Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, p. 672. Ampliamente, NIETO MARTÍN, A.: «La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del Derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)», en *Revista Penal*, n.º 12, 2003, p. 6 y ss.

En definitiva, desde esta perspectiva resulta adecuada la tipificación correlativa de la corrupción en los negocios, nacional y transnacional, integrada en la Sección 4.ª del Capítulo XI (delitos relativos, en el caso que nos ocupa, al mercado y a los consumidores) del Título XIII del Libro II CP, cuyo bien jurídico común debe cifrarse, pues, en el correcto desarrollo del tráfico comercial, nacional o internacional¹⁸, concretado en la competencia equitativa y leal¹⁹ en la medida en que el núcleo de las conductas típicas, en su modalidad de cohecho activo, se sitúa, precisamente, en la obtención o intento de obtención, mediante soborno, de contratos, negocios o cualquier otra ventaja competitiva en las relaciones comerciales.

Esta competencia honesta, equitativa y leal²⁰ constituye un valor necesario para mantener y desarrollar las relaciones sociales y económicas. En este sentido, incluso no constatándose un perjuicio pecuniario específico y evaluable para los hipotéticos competidores, esta corrupción perjudica al conjunto de la sociedad, al distorsionarse la disciplina del mercado, de forma análoga al cohecho en el ámbito público²¹ en el que, sin determinarse un concreto perjuicio económico, se vulnera el regular funcionamiento de la Administración Pública. Sólo cuando se aprecie esta perturbación grave en el funcionamiento

¹⁸ DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: «El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 del Código Penal)», en *Diario La Ley*, n.º 6740, 21 de junio de 2007, p. 1905. El mismo, «La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del Código penal español», *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 74, mayo-agosto, 2008, p. 204.

¹⁹ A pesar de ello, el Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de Modificación del CP, 1404/2009, de 29-10, lamentó que la ausencia de referencias expresas al consumidor, a las condiciones de competencia del mercado e incluso a las prácticas comerciales desleales no permitía delimitar con claridad el bien jurídico protegido, lo que va a impedir —auguraba—, junto con los requisitos de procedibilidad, una aplicación de los tipos acorde con la finalidad pretendida. En este mismo sentido, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C., *Derecho Penal económico y de la Empresa*, Parte Especial, 3.ª edición, Valencia: Tirant lo Blanch, 2011, pp. 306-307. Por el contrario, a mi modo de ver, la persecución de oficio ex art. 287 CP junto con la ubicación de estos tipos penales, así como una concreta interpretación del análisis de las conductas típicas, permite una correcta aplicación de los tipos de acuerdo con el fin pretendido.

²⁰ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal. Parte Especial*, Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 430, también cree que la confianza y honestidad o ética profesional de los directivos y similares de una empresa son bienes jurídicos protegidos por este tipo.

²¹ Sin embargo, una primera diferencia con el cohecho en el sector público estriba en que la realización de cualquier acto de cohecho impropio no está tipificada en los arts. 286 bis y ter. Vid al respecto, VILLAMERIEL PRESENCIO, L.: «Algunas reformas...», *op. cit.*, p. 10. GÓMEZ BERMÚDEZ, J.: «De lege ferenda», en *Las últimas reformas penales II*, Cuadernos de Derecho Judicial X, Madrid: CGPJ, 2006, p. 276.

concurrencial del mercado podrá fundamentarse la incriminación de estas conductas²². Desde esta perspectiva no debemos olvidar que los delitos se integran dentro del Capítulo dedicado, entre otros, a los delitos contra el mercado y los consumidores, incardinado en el Título relativo a los delitos contra el orden socioeconómico, luego se está protegiendo también indirectamente a los consumidores²³ a los que repercute en último término. Prueba, asimismo, de que la corrupción trasciende del ámbito de la empresa para convertirse en un comportamiento socialmente dañoso, es el hecho de que el legislador ha querido que su persecución sea de oficio²⁴. En efecto, la Sección 5.ª del mismo Capítulo, Título y Libro, dedicada a las disposiciones comunes a las secciones anteriores, que se inaugura con el art. 287 del CP, prevé expresamente la persecución a instancia de parte únicamente de algunos delitos previstos en la Sección 3.ª, con exclusión, por tanto, de toda la Sección 4.ª donde se contiene la tipificación de la corrupción de los negocios.

Igualmente pluriofensivo es el delito de corrupción transnacional pues además de afectar a los intereses anteriormente mencionados, en la medida en que en este caso se soborna al funcionario público (nacional o extranjero) que interviene en un acto de contratación pública no sólo adquiere una ventaja ilícita sobre su competidor, sino que además vulnera los principios de imparcialidad y objetividad en la función pú-

²² VILLAMERIEL PRESENCIO, L.: «Algunas reformas necesarias...», *op. cit.*, p. 11.

²³ Esta perspectiva ya fue destacada por la doctrina antes de la reforma de 2015. Así, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./BLANCO CORDERO, I.: «Los dos nuevos delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en *Revista de ciencias penales*, vol. 4, 2001-2002, p. 24. Afirmaba NIETO MARTÍN, A.: «La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)», en *Revista Penal*, n.º 10, julio, 2002, p. 59, «los actos de competencia desleal sólo van a ser objeto de sanción penal en cuanto que lesionan intereses patrimoniales concretos de otros competidores o afectan a los consumidores». Tras la LO 1/2015, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal...*, *op. cit.* p. 430. Más allá, MESTRE DELGADO, E.: «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», en *Delitos. La parte especial del Derecho penal* (Carmen Lamarca —coord.—), 3.ª ed. Madrid: Colex, 2015, p. 424, considera que los arts. 262, 284, 286 bis y 286 ter persiguen un mismo interés social: el respeto a las reglas de formación de los precios en este sistema de economía de mercado luego, a su entender, no hay ningún criterio objetivo que justifique que no estén ubicados de forma correlativa.

²⁴ Crítico con esta opción se muestra VENTURA PÜSCHEL, A.: «Sobre la tipificación...», *op. cit.*, p. 505 al considerar que este requisito de procedibilidad no obedece a una decisión consciente vinculada al principio de lesividad sino a un olvido del Legislador. No parece ser un olvido u error del Legislador pues se mantiene así tras la LO 1/2015.

blica ahora tanto nacional como en países extranjeros²⁵, si bien, como vengo manteniendo, el peso fundamental reside en la protección de la limpia competencia, como queda avalado con la más adecuada nueva ubicación del tipo.

Todo ello permite adelantar una primera conclusión: si existían dudas sobre el modelo de incriminación por el que había optado el Legislador de 2010 en relación con la corrupción de particulares, la LO 1/2015 parece dar la razón a los que ya desde la tipificación anterior mantuvimos que se protegía un modelo puro de incriminación de la competencia desleal (no vinculado, por tanto, a la deslealtad *ad intra*, para con la empresa) hoy parece que sin fisuras con la nueva redacción del art. 286 bis CP, como intentaré demostrar a través del análisis de la conducta típica.

III. Análisis de aspectos concretos de los tipos penales

1. La corrupción en los negocios de ámbito nacional. Art. 286 bis

a. SUJETOS ACTIVOS

1.º Delito especial: modalidad pasiva y delito común: modalidad activa

La modalidad pasiva de esta corrupción, prevista ahora en el art. 286 bis 1.º, puede ser cometida únicamente por las personas que reúnen las cualidades exigidas en el tipo siendo, por tanto, un delito especial impropio. Por su parte, la modalidad de «cohecho» privado activo que acoge el art. 286 bis 2.º no exige determinadas caracterís-

²⁵ *Memento Penal*, Madrid: Francis Lefebvre, 2015, on line (El Derecho), marginal 12107. CUGAT MAURI, M.: «La corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en AAVV, *Estudios de Derecho judicial*, n.º 61, 2004, pp. 328 y 332, descarta efectivamente la función pública como bien jurídico principal de este delito, centrándolo en la protección del mercado de forma análoga al fin del Convenio OCDE del que trae causa este tipo penal. También afirma el carácter marcadamente pluriofensivo, DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L./BLANCO CORDERO, I.: «Los dos nuevos delitos de corrupción...», *op. cit.*, pp. 12 y 13. PALOMO DEL ARCO, A.: «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales» en *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed. (Director Gómez Tomillo), Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 1645. Admitiendo como bien jurídico protegido únicamente el correcto desarrollo en el tráfico comercial internacional, DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, J.: «El delito de corrupción...», *op. cit.*, pp. 1905-1906, RODRÍGUEZ PUERTA, «Artículo 445», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, 6.ª edición, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, p. 1726.

ticas personales especiales; puede cometerlo cualquiera, por lo que se trata, en principio, de un delito común. Sin embargo, lo lógico es pensar²⁶ que los sujetos activos del art. 286 bis 2.º normalmente serán los mismos que los del 286 bis 1.º, convirtiéndose en la práctica esta modalidad activa de corrupción privada también en delito especial. Y, no obstante, aunque cupiera alguna posibilidad de que el cohecho activo fuera cometido por alguien fuera del círculo de los sujetos activos mencionados en el cohecho pasivo, seguiría siendo *de facto* en todo caso un delito especial en la medida en que nunca el particular consumidor puede ser sujeto activo de estas conductas²⁷ pues su hipotético soborno no constituiría un acto de competencia desleal con ningún otro competidor, y el tipo exige precisamente realizar esta conducta frente a otros, los demás competidores. Es decir, el cohecho activo se convierte también por esta vía en delito especial pues sólo los competidores pueden ser sujetos activos del cohecho activo aun cuando estuvieren fuera del círculo de los sujetos mencionados en el cohecho pasivo.

Esta conclusión indica, a su vez, otra consecuencia: se corrobora la competencia leal como bien jurídico protegido.

2.º Concepto de sociedad: Art. 297 CP

La LO 5/2010, artífice de la introducción de este tipo penal, mantuvo en su Exposición de Motivos que se excluían del precepto como sujetos activos a las empresas públicas o a las empresas privadas que prestasen servicios públicos, las cuales «serán sometidas a la disciplina penal del cohecho». Ello suponía una discordancia²⁸ con

²⁶ En este sentido, CASTRO MORENO, A., «Capítulo 13. Corrupción entre particulares (art. 286 bis)», en *Memento Experto, Francis Lefebvre, Reforma penal: LO 5/2010*, Madrid: Francis Lefebvre, 2010, p. 293.

²⁷ GARCÍA ALBERO, R.: «Corrupción en los negocios y modificación del cohecho», en *Comentarios a la reforma penal de 2015* (Quintero Olivares —Dir.—), Pamplona: Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 565-566.

²⁸ Así lo hizo el Informe del CGPJ al Anteproyecto de Código Penal de 14-11-2008. Igualmente, respecto del tipo penal establecido por la LO 5/2010, CASTRO MORENO, A., «Capítulo 13. Corrupción entre particulares (art. 286 bis)», *op. cit.*, pp. 291-292. El mismo, «Capítulo 22. Corrupción entre particulares», en *Memento Práctico. Penal Económico y de la Empresa 2011-2012*, Madrid: Francis Lefebvre, 2011, p. 619. Conforme a este argumento, dentro del marco penal que permitía el precepto se podía aplicar la pena en su mitad superior y sin posibilidad de reducción a la inferior en grado, cuando los sujetos activos del delito de corrupción privada actuaran en representación o como directivos o empleados de sociedades de derecho privado, pero de propiedad pública.

el texto del precepto, que hacía referencia a «empresas mercantiles, sociedades, asociaciones, fundaciones u organizaciones», sin mayores precisiones, lo que, de acuerdo con el principio de legalidad, no excluía su carácter público e incluiría, por tanto, a las empresas públicas, teniendo en cuenta, por otro lado, que los sujetos activos de este delito, cuando pertenecieran a empresas públicas, no necesariamente habrían de tener la «condición formal de funcionario» en los términos instituidos en el artículo 24 del Código Penal y, por tanto, en estos supuestos la punición no debería quedar cubierta por el delito de cohecho, ya que, por lo general, el personal de estas empresas ni es funcionario público ni ejerce funciones públicas, sino mercantiles, con independencia de la titularidad pública de la empresa.

Por tanto, pese a lo indicado en la citada Exposición de Motivos, y por cumplimiento escrupuloso del principio de tipicidad, también las empresas privadas que prestasen servicios públicos estarían sometidas a este nuevo delito y no a la disciplina del cohecho²⁹, al igual que sucede, por ejemplo, con la apropiación de bienes de estas empresas privadas que prestan servicios públicos, cuyos responsables son sancionados por la vía de los delitos patrimoniales ordinarios y no por medio del delito de malversación de caudales públicos, salvo aquellos casos excepcionales que están expresamente tipificados como malversación impropia.

Probablemente por esta incoherencia, la LO 1/2015 modifica el precepto refiriéndose ahora a «empresa mercantil o sociedad³⁰» para a continuación interpretar en el art. 286 bis 5 el concepto de *sociedad* en los mismos términos previstos en el ámbito de los delitos societarios (art. 297 CP), entendiéndose, por tanto, por ésta «toda cooperativa, Caja de Ahorros, mutua, entidad financiera o de crédito, fundación, sociedad mercantil o cualquier otra entidad de análoga naturaleza que para el cumplimiento de sus fines participe de modo permanente en el mercado». No obstante, si pretendía excluirse por esta vía a las empresas públicas con forma mercantil, como posibles sujetos activos de este delito, sigue siendo una técnica incorrecta ya que el 297 contempla expresamente a las sociedades mercantiles. Luego *a priori* no están excluidas éstas del art. 286 bis. Bien es

²⁹ Cfr., Informe del CGPJ al Anteproyecto de modificación del Código Penal de 14-11-2008.

³⁰ El Convenio 173 sobre la corrupción, de 27 de enero de 1999, reducía el ámbito de aplicación de estos delitos únicamente a las *sociedades mercantiles*.

verdad que, al igual que en los delitos societarios, si el administrador de una empresa mercantil pública comete administración desleal se le condena por malversación y no por la figura del art. 295 CP (ahora 252 CP), quizás debiera hacerse lo mismo cuando recibe un soborno, y ser condenado por cohecho en vez de por corrupción de particulares. Pero ha de advertirse que esta última posibilidad debe matizarse teniendo en cuenta el bien jurídico que se protege en la corrupción en los negocios pues si es la competencia justa, como aquí se defiende, la lesión de ese bien jurídico no podría sancionarse por el cohecho y sí por el tipo del art. 286 bis.

Es decir, el Legislador de 2015 pretende aplicar el concepto de sociedad al ámbito de la corrupción de particulares olvidando que se está tutelando un bien jurídico distinto del protegido a través de la disciplina del cohecho cuando cometen corrupción las empresas públicas con forma mercantil, luego a efectos del delito de corrupción de particulares, las empresas públicas siguen siendo posibles sujetos activos por lo que sigue sin salvarse la incongruencia de la regulación anterior.

Por lo que respecta a si se incluyen o no en el precepto las asociaciones sin ánimo de lucro, pese a ser más precisa la redacción actual que la anterior —que aludía a *empresa mercantil, sociedad, asociación, fundación u organización*—, sigue sin utilizar la fórmula que emplea el art. 1.1 y 2 de la DM, donde se hace expresa mención a las entidades de derecho privado *con fines lucrativos o no lucrativos*. En consecuencia, esta precisión vinculada al art. 297 CP crea más problemas de los que solventa ya que si antes se incluían las asociaciones, tuvieran o no ánimo de lucro (el precepto decía, simplemente *asociaciones*) ahora no se incluyen expresamente las asociaciones sin ánimo de lucro, no obstante, se pueden subsumir en la cláusula genérica *entidad de análoga naturaleza que participe de modo permanente en el mercado*. Desde esta perspectiva, una asociación sin ánimo de lucro que participara de modo permanente en el tráfico de bienes y servicios sí estaría incluida³¹.

³¹ FARALDO CABANA, P.: «Art. 295», en *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., (Director Manuel Gómez Tomillo), Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 1142; PUENTE ABA, L.M.: «Corrupción en los negocios: art. 286 bis», en *Comentarios a la reforma del CP de 2015* (Director José Luis González Cussac), Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 920.

3.º El administrador

El legislador de 2015, en idéntico sentido que la LO 5/2010 opta por incluir como sujeto activo al administrador³², aunque sigue sin especificar expresamente la doble categoría de los administradores «de hecho» y «de derecho». No obstante, ello no es obstáculo para entenderlos incluidos, en primer lugar, porque el art. 288 CP que regula la responsabilidad penal de las personas jurídicas por estos delitos se refiere a ambas categorías expresamente, y, en segundo lugar, porque quizá no sea necesario al prever el precepto también como sujeto activo al *directivo*, uno de los supuestos de administrador de hecho, entendido como aquellas personas que ejercen el poder de representación de la empresa o bien que tienen la autoridad para adoptar decisiones sobre ella o para ejercer su control³³.

4.º El colaborador

Tampoco subsana la LO 1/2015 la indeterminación³⁴ de esta figura —*el colaborador*— como potencial sujeto activo y sin que ofrezca ninguna pauta para concretar su contenido, lo que resulta incompatible con el mandato de determinación de los tipos penales y, en consecuencia, con el principio de taxatividad. Esta indeterminación permitiría en-

³² Se atendió, así, una sugerencia del Informe del CGPJ al Anteproyecto de LO de reforma de 14-11-2008, que los excluía como posibles autores de esta conducta. En efecto, el Anteproyecto en la versión mencionada de 2008, había transpuesto fielmente la DM que habla de directivos «*funciones directivas o laborales de cualquier tipo*» y, luego, de «*empleados*», definiendo a los *directivos* como *aquellas personas que ejercen el poder de representación de la empresa, o bien que tienen la autoridad para adoptar decisiones sobre ella o para ejercer su control*. Sin embargo, como bien afirmaba el Informe del CGPJ al Anteproyecto de LO de reforma de 14-11-2008, «en nuestro sistema jurídico mercantil y laboral, el concepto de directivo no incluye a los administradores, por lo que la transposición de la Directiva requiere la del propio concepto de directivo, o bien la inclusión expresa en el tipo de los administradores —por cierto, de hecho o de derecho—, ya que, éstos no son directivos, empleados, ni colaboradores en nuestro derecho».

³³ CASTRO MORENO, A., «Capítulo 13. Corrupción entre particulares (art. 286 bis)», *op. cit.*, p. 296. S Sobre las posibilidades de subsunción del administrador de hecho en el círculo de sujetos activos del art. 286 bis, *vid.*, amplia y acertadamente, GIL NOBAJAS, S.: «El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia», en *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 35, 2015, pp. 580 y ss.

³⁴ Indeterminación ya criticada por el Dictamen del Consejo de Estado 1404/2009, de 29-10-2009 al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

global a personas que no tengan la condición de empleado o que no trabajen de forma permanente para la entidad de que se trate —por ejemplo, asesores, agentes comerciales, etc.— pero que pueden hacer incurrir en responsabilidad a la misma³⁵. Desde esta perspectiva comparto la opinión de García Albero³⁶ de que en todo caso debe exigirse al colaborador corrompido que esté en condiciones de influir en la empresa o sociedad para que sea ésta quien formalmente adquiera o venda bienes o servicios del corruptor. Probablemente³⁷, lo menos complicado hubiera sido referirse, como hace la Decisión Marco, a personas que realicen cualquier función laboral para la empresa, sociedad, asociación, fundación u organización.

5.º ¿Los empresarios?

Bajo la vaguedad de los términos utilizados para denominar a los sujetos activos, ¿se está incluyendo implícitamente a los empresarios? ¿Hay, por el contrario, alguna razón para excluirlos? Evidentemente, cuando se opta por una enumeración tasada se corre el riesgo de olvidarse de algún sujeto³⁸. Sin embargo, a mi juicio, están incluidos dentro de la enumeración. Vayamos por partes:

Si con esta tipificación lo que se pretende es proteger el patrimonio de los empresarios respecto de las conductas lesivas de ese patrimonio realizadas por parte de los empleados en connivencia con otras empresas, debería haberse optado por incorporar las conductas de soborno como modalidad específica de administración desleal del art. 252, hoy ya genérica, tras la reforma del CP por LO 1/2015 —recordemos que antes de la mencionada reforma la administración desleal se ubicaba en los delitos societarios— o sin necesidad de incorporarlas, serían conductas perfectamente subsumibles en el mentado tipo de administración desleal del art. 252 CP, dado que alude a «excederse en el ejercicio de las facultades para administrar un patrimonio ajeno» o bien, podría tratarse de un delito de apropiación indebida del art. 253 CP siempre que el sujeto activo dispusiera de esa comisión con carácter definitivo a favor de sí mismo y en perjuicio de la entidad administrada. En todo

³⁵ VILLAMERIEL PRESENCIO, L.: «Algunas reformas...», *op. cit.*, p. 9.

³⁶ GARCÍA ALBERO, R.: «Corrupción en los negocios...», *op. cit.*, pp. 572-573.

³⁷ Como atinadamente destacó el Informe del CGPJ al Anteproyecto de modificación del CP de 2008.

³⁸ Para NAVARRO FRÍAS, I./MELERO BOSCH, L.V.: «Corrupción entre particulares y tutela del mercado», en *Indret* 4/2011, p. 19, se trata de un olvido injustificable del Legislador que debe subsanarse de *lege ferenda*.

caso, estarían bien excluidos porque, evidentemente, son sujetos pasivos conforme a esta opción.

Si, por el contrario, lo que se intenta tutelar es la ética en el mundo de los negocios cuya ausencia conlleva el enriquecimiento injusto de los empleados de una empresa, ello no supone una distorsión del mercado, por tanto, se trataría en este caso de una intrusión excesiva del control penal en el ejercicio de las actividades empresariales³⁹. Esta injerencia ya se había iniciado en otros muchos ámbitos, como en el supuesto de la incriminación de los acuerdos abusivos en el art. 291 del vigente Código Penal⁴⁰, o la tipificación en el art. 285⁴¹ del abuso de información privilegiada en el mercado de valores.

Sin embargo, no se está protegiendo penalmente ninguna de estas conductas. Si, como sostengo, el bien jurídico tutelado es la competencia leal que se ve alterada gravemente cuando se realiza cualquier acto de soborno o intento de soborno entre una empresa y un particular referido a la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, también puede lesionarse por el empresario⁴². No hay, por tanto, justificación para excluirlos ni motivos para pensar que no están incluidos; al contrario, dentro de la falta de adjetivación de la enumeración de los sujetos activos es perfectamente interpretable que los empresarios forman parte de ellos (directivo, administrador —de hecho—). De no ser así creo que el legislador español no estaría cumpliendo con los requisitos impuestos en el marco

³⁹ FOFFANI, L.: «La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y el Derecho comparado», en *Revista Penal*, n.º 12, julio, 2003, p. 71.

⁴⁰ Pone en entredicho la conveniencia de este tipo penal de imposición de acuerdos abusivos, GÓMEZ BENÍTEZ, JM.: «Acuerdos sociales o abusivos: ¿impugnación o querrela?», en *Estudios Penales*, Madrid: Colex, 2001, pp. 207-213.

⁴¹ También cuestionada, entre otros, por OLIVA GARCÍA, H.: «Información privilegiada y Derecho penal», en *Diario El País*, 16 de diciembre de 2002, p. 3.

⁴² VENTURA PÜSCHEL, A.: «Sobre la tipificación...», op.cit., pp. 506 y 508. El mismo, «Corrupción entre particulares», en *Comentarios...*, op. cit., p. 324. El mismo, «Corrupción entre particulares», en *Derecho Penal Español*, op. cit., p. 675. Igualmente, desde la perspectiva del análisis de la tipificación en el Derecho alemán, se pronuncia NIETO MARTÍN, A.: «La corrupción en el sector privado...», op. cit., p. 57. Este mismo debate ya está instalado desde hace tiempo en Alemania. Así, parte de la doctrina alemana propone la modificación del parágrafo 299 del StGB —que incluye como sujetos activos de estas conductas a los empleados y a los directivos de una empresa— para que se extienda la responsabilidad penal al dueño de la misma, al «*Geschäftsherr*». Cfr., al respecto, FOFFANI, L.: «La “corrupción privada”...», op. cit., p. 392. Sobre las posibilidades de integración del titular de la empresa en el círculo de sujetos activos del art. 286 bis vid., el profundo y riguroso trabajo de GIL NOBAJAS, S.: «El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis)», op. cit., pp. 580 y ss.

européo al restringir el ámbito de aplicación de los sujetos idóneos para lesionar el bien jurídico *lealtad competencial*.

En todo caso, la concreción de esta respuesta está relacionada, a mi juicio, con la delimitación de la conducta típica (cfr., *infra*, epígrafe siguiente). En este sentido, adelanto que si bien antes de la reforma de 2010 podían existir dudas sobre si la exigencia del *incumplimiento de las obligaciones* podía interpretarse como una infracción del deber de lealtad *ad intra*, para con el principal, opción que ya deseché incluso con la configuración del tipo conforme a la LO 5/2010⁴³ y, en lógica consecuencia, ello podría haber justificado la exclusión de los empresarios como sujetos activos, ahora no hay razón de ser para que no se incluyan, dado que la LO 1/2015 ha eliminado esa exigencia de incumplimiento.

6.º El intermediario en la realización del cohecho («por sí o por persona interpuesta»)

Cumpliendo con el art. 2.1 a) y b) de la DM, la expresión «por sí o por persona interpuesta», añadida a las conductas de cohecho activo y pasivo, permite castigar al sujeto activo (tanto del soborno activo como del pasivo) cuando se vale de un intermediario para sobornar o aceptar el soborno, según los casos. Adviértase que con ello se amplía el ámbito típico del cohecho activo respecto de lo establecido para el cohecho tradicional pues, como es sabido, la figura del intermediario está vinculada únicamente al cohecho pasivo no al activo. Supone elevar a la categoría de autor a quien no es más que un partícipe en el hecho delictivo, salvando así la posible laguna de punibilidad derivada de la aplicación del principio de accesoriedad cuando al intermediario que realiza el soborno (activo o pasivo) no puede castigársele por no reunir las características personales exigidas en el tipo al tratarse de un delito especial. En suma, haciendo con ello posible su persecución. Por el contrario, en los casos en los que la persona interpuesta sea también *intraneus* estaremos ante un supuesto de coautoría.

b. CONDUCTAS TÍPICAS

1.º Consideraciones generales

Lo primero que llama la atención en la nueva redacción del tipo conforme a la LO 1/2015 es que se invierte el orden de las modalida-

⁴³ Cfr., mi trabajo, «La corrupción en el sector privado...», *op. cit.*, pp. 35-41.

des típicas de cohecho ocupando ahora el n.º 1 el pasivo y el n.º 2 el activo, probablemente para mantener la sistemática que tradicionalmente se ha utilizado para regular el cohecho en el ámbito público.

Consiste en recibir, solicitar o aceptar (cohecho pasivo: art. 286 bis 1) o en prometer, ofrecer o conceder (cohecho activo: art. 286 bis 2), por sí o por persona interpuesta, un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza para sí o para un tercero, como contraprestación para favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales, excluyendo otro tipo de contrataciones u otras actividades que no guarden relación con la competencia en el mercado.

Al igual que ocurre con los demás tipos de cohecho, es indiferente quién inicie la actividad corruptora. De otro lado, el tipo no se estructura como delito de participación necesaria porque no exige ningún concierto fraudulento entre el proveedor (sujeto activo del cohecho activo) y el cliente (sujeto activo del cohecho pasivo). Basta con *ofrecer* aun cuando la oferta no sea atendida (consumándose el cohecho activo) o con *solicitar* el beneficio aun cuando éste no se conceda consumándose el cohecho pasivo. En consecuencia, no se exige para su consumación un perjuicio patrimonial para la empresa, ni siquiera un peligro efectivo para dicho patrimonio⁴⁴. Se configura, así, como un delito de mera actividad y de carácter tendencial pues persigue una determinada finalidad: el cohecho pasivo se realiza con el fin de favorecer indebidamente a otro en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales; y el cohecho activo como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

2.º El beneficio o ventaja no justificados: su relación causal con el favorecimiento indebido

El sentido común indica que para delimitar la vaguedad de las expresiones utilizadas para conformar la conducta típica, «beneficio o ventaja *no justificados*» y «favorecimiento *indebido*», ha de acu-

⁴⁴ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho Penal Económico y de la Empresa...*, op. cit., p. 311. El mismo, «La corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP español)», en *Libro Homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 701.

dirse a la interpretación teleológica; es decir: han de relacionarse estas conductas con el bien jurídico protegido, la competencia leal, lo que permite excluir de la sanción penal las conductas que no afectan a las reglas de la misma por no existir competencia desleal de forma efectiva en un determinado contexto⁴⁵; por ejemplo, prometer algún beneficio por parte del cliente de una empresa al encargado para conseguir determinados servicios, como una mejor mesa en un restaurante o la reserva de habitaciones en un hotel o de localidades de un espectáculo.

Aun así, la indeterminación del tipo es extraordinaria; incluso cuando se intenta transponer el artículo 2 de la Decisión Marco la transcripción no es literal, pues mientras que en ésta se alude a «ventaja indebida» el art. 286 bis CP utiliza el término «beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza», más impreciso aún. Lo que sí parece es que esta *ventaja*, en virtud de lo previsto en la Memoria explicativa del Convenio 173 de Derecho penal contra la corrupción puede ser también de naturaleza inmaterial.

Así las cosas, beneficio o ventaja «no justificados» es el que supera los usos sociales y comerciales⁴⁶ que, a su vez, debe significar algo distinto del adverbio *indebidamente* que acompaña al favorecimiento, porque si no fuera así, sería una redundancia («injustificada», valga la *redundancia*).

En otras palabras, ese «beneficio o ventaja no justificados» debe guardar una relación causal (pero no identificarse) con el «favorecimiento indebido», esto es, con el tipo de conducta que realiza el sobornado. Así, en el caso del cohecho pasivo debe recibirse, solicitarse o aceptarse «como contraprestación» *para favorecer indebidamente* al sobornado en la contratación indicada en el tipo; y en el caso del cohecho activo debe prometerse, ofrecerse o concederse como «contraprestación» para que *le favorezca indebidamente* en la contratación. Ello significa excluir del ámbito típico tanto el cohecho impropio sub-

⁴⁵ En parecido sentido se pronuncia CASTRO MORENO, A.: «Capítulo 13. Corrupción entre particulares (art. 286 bis)», *op. cit.*, p. 298, afirmando que los beneficios de escasa cuantía, que se encuentran amparados por los usos sociales y comerciales, no entran en el ámbito típico. Usos sociales y comerciales que deben interpretarse de forma más amplia que la efectuada en relación con el delito de cohecho de funcionarios.

⁴⁶ De otra opinión MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico y de la empresa. Parte Especial*, 5.ª ed., Valencia: Tirant lo Blanch, 2015, p. 387, concluyendo que el beneficio justificado es el que se obtiene con el consentimiento de los operadores del mercado lo que guarda relación con la exclusión de los socios o titulares de las empresas del círculo de sujetos activos.

siguiente o de recompensa (beneficio o ventaja en concepto de agradecimiento por la contratación ya realizada) como el cohecho impropio en consideración al cargo o función del que adjudica el contrato. E igualmente resulta atípico el tráfico de influencias (abuso de las relaciones personales).

Entiendo, además, que al tratarse en todo caso de un favorecimiento *indebido*⁴⁷, tal como reza el tipo, queda también excluido de la tipicidad la modalidad de cohecho impropio consistente en solicitar (cohecho pasivo) o conceder (cohecho activo) el soborno para realizar un acto propio del cargo (el equivalente al cohecho de funcionario del art. 420 CP), pues no se afecta a la competencia, habida cuenta de que, en todo caso, a pesar de haber mediado un soborno, constituía la mejor oferta y en consecuencia, no era *indebido* el favorecimiento.

En conclusión: si esa comisión no condiciona la decisión del que adjudica el contrato porque, en todo caso, la empresa que paga la comisión iba a ser elegida por ser la más ventajosa, o porque se realiza como recompensa por la adjudicación ya realizada o en consideración a la función del que adjudica el contrato, todas estas comisiones son atípicas por no afectar a la competencia justa. En este ámbito de corrupción de particulares, por el contrario, sólo es injustificada la ventaja (o beneficio) cuando tiene una vinculación causal con el favorecimiento *indebido*⁴⁸, esto es, cuando se favorece al que ha sobornado (sólo por el hecho de haberse recibido esa dádiva) frente a los otros, los demás competidores. Lo que habrá que probar, por tanto, será que el favorecimiento era efectivamente *indebido* porque la oferta no era la más ventajosa.

La conclusión anterior, como se ha indicado, está anudada a la siguiente: los regalos de cortesía admitidos por los usos sociales y habituales en el ámbito de las empresas privadas (y que no guarden ninguna relación causal con ninguna adjudicación) no entran en el tipo por el principio de insignificancia en la medida en que tales beneficios o ventajas no comprometen gravemente la competencia leal, principio

⁴⁷ De otra opinión, MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 431 al entender que «con esta última exigencia en realidad se está remitiendo, más que a un código de buena conducta, a las obligaciones de sigilo, lealtad, etc., que se fijan normalmente por vía contractual, por lo que difícilmente se puede hablar de corrupción cuando la conducta realizada no está expresamente prohibida en los contratos».

⁴⁸ Ampliamente, GARCÍA ALBERO, R.: «Corrupción en los negocios...», *op. cit.*, pp. 565-568.

de insignificancia que se supera, como se acaba de señalar, a través de la exigencia de que el favorecimiento sea *indebido*.

3.º ¿Ha sido correcta la supresión de la cláusula *incumpliendo las obligaciones*?

Recordemos que el núcleo del desvalor de la conducta típica del precepto analizado, redactado conforme a la LO 5/2010 descansaba en el *incumplimiento de las obligaciones* por parte de los sujetos activos en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios profesionales.

La Decisión Marco 2003/568/JAI, por su parte, tras afirmar en su considerando noveno, que «la corrupción (...) en el sector privado (...) *distorsiona la competencia* respecto de la adquisición de bienes o servicios comerciales», y remarcar en el art. 2.3 que «Todo Estado miembro podrá declarar que limitará el ámbito de aplicación del apartado 1 a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una *distorsión de la competencia* en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales», detalla que estos actos de corrupción activa y pasiva en el sector privado que distorsionan la competencia definidos en el art. 2 de la DM⁴⁹, en todo caso, han de realizarse, en virtud del inciso último de la definición, «*incumpliendo sus obligaciones*».

Este *incumplimiento de las obligaciones*, declaró la Decisión Marco en su artículo 1 que «se entenderá conforme al Derecho nacional (...) que deberá incluir como mínimo cualquier comportamiento desleal que constituya un incumplimiento de una obligación legal o, en su caso, de las normas o reglamentos profesionales que se aplican en el sector de

⁴⁹ Artículo 2: «1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los siguientes actos intencionados constituyan una infracción penal cuando se lleven a cabo en el transcurso de actividades profesionales: a) prometer, ofrecer o entregar, directamente o a través de un intermediario, a una persona que desempeñe funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, una ventaja indebida de cualquier naturaleza para dicha persona o para un tercero, para que ésta realice o se abstenga de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones; b) pedir o recibir, directamente o a través de un intermediario, una ventaja indebida de cualquier naturaleza, o aceptar la promesa de tal ventaja, para sí mismo o para un tercero, cuando se desempeñen funciones directivas o laborales de cualquier tipo para una entidad del sector privado, a cambio de realizar o abstenerse de realizar un acto incumpliendo sus obligaciones. 2. El apartado 1 se aplicará a las actividades profesionales de entidades con fines lucrativos y no lucrativos. 3. Todo Estado miembro podrá declarar que limitará el ámbito de aplicación del apartado 1 a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales».

actividad de que se trate». No obstante, la expresión adolecía de indeterminación⁵⁰ a efectos de la delimitación del desvalor de la conducta típica, es decir, ¿en qué consisten esas obligaciones? ¿Cuál es la fuente específica de la obligación? Parecía, en todo caso, que debían excluirse las que provinieran de los contratos pues cuando el Código penal quiere incluirlos alude a ellos expresamente, como ocurre en el delito de revelación de secretos de empresa⁵¹ previsto en el art. 279 CP. En este sentido, parecía que el término *obligación legal* no podía incluir el nivel meramente contractual o de la autonomía privada⁵² salvo que se especificara expresamente.

La lógica parecería indicar, *a priori*, como ya manifestó el Informe del CGPJ al Anteproyecto de CP de 2008, que el tipo se refería a las obligaciones que tales sujetos tienen con la entidad de la que son directivos, administradores, empleados o colaboradores. De hecho, posteriormente, gran parte de la doctrina española⁵³ interpretó que el le-

⁵⁰ Así lo destacó también el Dictamen del Consejo de Estado 1404/2009, de 29-10, al Anteproyecto de Modificación del CP, al manifestar que «no queda claro si se está meramente precisando el ámbito de tales obligaciones o si, por el contrario, se pretende hacer uso de la comentada posibilidad que reconoce la aludida Decisión Marco para restringir la tipificación penal a las conductas que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o de servicios comerciales. En consecuencia, debería explicitarse cuál es la opción que se preconiza que haga España de entre las dos posibilidades —igualmente legítimas— que le abre la comentada Decisión Marco, sin que se aprecien datos que recomienden decantarse por una u otra».

⁵¹ Cfr., Informe del CGPJ al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (14-11-2008).

⁵² En este sentido, GILI PASCUAL, A.: «Bases para la delimitación...», *op. cit.* p. 277.

⁵³ Así, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?», en *ICADE Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 74, mayo-agosto, 2008, pp. 230 y ss. GILI PASCUAL, A.: «Bases para la delimitación...», *op. cit.*, p. 287. DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL.; BLANCO CORDERO, I.: «La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del Derecho penal español?», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo (Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir)*, Madrid: Tecnos, 2002, p. 290, abogaron igualmente por una tipificación que protegiera la competencia leal junto con la infracción del deber y la consiguiente verificación de un peligro concreto para el patrimonio de terceros. Estos autores (pp. 277-279) distinguieron (antes de la tipificación del actual art. 286 bis) una fundamentación de la sanción penal diferente en la corrupción activa y en la pasiva apoyándose en el estudio del Derecho comparado, afirmando que quien realmente viola sus obligaciones que le vinculan con el titular de la empresa es el corrupto, no el corruptor, protegiéndose así, en la corrupción pasiva la lealtad *ad intra*. Como consecuencia de esta infracción se producirá en muchos casos —argumentaban— un perjuicio para el patrimonio del empresario. Por el contrario, desde la perspectiva de la corrupción activa se menoscaba fundamentalmente la lealtad competitiva *ad extra*, aunque afirmaban que lo fundamental de esta corrupción activa no es este ataque a los competidores sino que el corruptor lo

gislador pretendió proteger un modelo mixto de administración desleal *ad intra* y de competencia desleal *ad extra*.

Sin embargo, esta solución abocaba a una difícil, por no decir imposible, delimitación con las correspondientes conductas previstas en el delito de administración desleal⁵⁴, cuando se ocasiona con estas conductas un perjuicio patrimonial a la sociedad. Es más, frecuentemente sucede que «quien ofrece la ventaja para la consecución de un contrato, lo hace en beneficio de la propia empresa y en perjuicio de la competencia, de modo que ninguna obligación para con su propia empresa está incumpliendo»⁵⁵ lo que, siguiendo este argumento, implicaría la atipicidad de estas conductas.

En otras palabras, el único camino posible, a mi entender, para dotar de utilidad y de contenido a esta figura, consiste en adoptar el modelo puro de competencia leal, porque si, por el contrario, se estuviera protegiendo en el art. 286 bis un modelo mixto de administración desleal⁵⁶ y de competencia desleal y, por tanto, fuera necesario para consumir este delito que el corruptor o el corrompido, o al menos éste, infringiera sus obligaciones para con su empresa, en los casos en los que buscaran precisamente beneficiarla mediante, por

que hace es contribuir (principalmente induciendo) a la infracción de obligaciones del corrupto para conseguir el corruptor así su finalidad última que es resultar beneficiado en la competencia. También entiende que se incrimina —incluso actualmente después de la reforma de 2015— un modelo mixto de afectación de la capacidad competitiva de la empresa *ad extra* y *ad intra*, BOLEA BARDON, C.: «El delito de corrupción privada: Bien jurídico, estructura típica e intervinientes» en *Indret*, 2/2013, pp. 10 y ss., y la misma autora: «El delito de corrupción privada: Bien jurídico y ratio legis», en *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Madrid: Dykinson, 2016 (en prensa), texto original de la autora, p. 12: «por un lado, el interés de los terceros competidores en no quedar desplazados por ofertas claramente peores que, sin embargo, son preferidas por venir acompañadas de incentivos, beneficios o ventajas; y, por otro, el interés de la propia empresa en que el encargado adquiera bienes o servicios que constituyan la mejor oferta en el mercado». Por el contrario, en la línea de la postura que aquí se defiende y que ya manifesté en mi anterior trabajo sobre el análisis del tipo conforme a la LO 5/2010, NAVARRO FRÍAS, I./MELERO BOSCH, L.V.: «Corrupción entre particulares...», *op. cit.*, pp. 3 y ss.

⁵⁴ Así, QUERALT JIMÉNEZ, J.: «La corrupción privada. Apuntes a la novela LO 5/2010», en *Libro Homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, p. 808. Cfr., *infra*, al analizar el problema concursal.

⁵⁵ Informe del CGPJ al Anteproyecto de modificación del CP de 2008.

⁵⁶ Más aún, en el otro extremo, si el legislador hubiera pretendido proteger, que no lo creo, un modelo puro de infracción de deberes, de manera puramente formal y, por tanto, sin necesidad de perjuicio, esta opción no cumple el requisito de anti-juridicidad material que pueda fundamentar la intervención del derecho penal como refuerzo de la infracción de un deber laboral. Cfr., DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL.; BLANCO CORDERO, I.: «La criminalización de la corrupción...», *op. cit.*, p. 281.

ejemplo, el pago de comisiones que distorsionaran la competencia leal de otras empresas, serían siempre atípicos, convirtiéndose en una figura meramente simbólica de aplicación imposible. Este es el principal conflicto con el delito de administración desleal en el que abundaré al analizar el problema concursal.

En consecuencia, como ya manifesté en otro lugar⁵⁷, el *incumplimiento de las obligaciones* sólo podía referirse a las derivadas de las normas que regulan la competencia, por tanto, las perjudicadas siempre serán las otras empresas que han desconocido la ventaja para la consecución de un contrato, infringiéndose, así, el bien jurídico *competencia leal*. Y ello por varios motivos:

Primero, la expresión «incumpliendo sus obligaciones» no es sinónimo de deslealtad⁵⁸, no se deriva necesariamente de ella la interpretación de un acto de *deslealtad hacia su empresa (ad intra)*, esto es, un acto de administración desleal. Es más, la Decisión Marco no da pautas en este sentido.

Segundo, ese parecía ser el espíritu de la LO 5/2010 de modificación del Código Penal al reconocer en su Exposición de Motivos que la Decisión parte de la consideración de la garantía de una *competencia justa y honesta*, en tanto pilar básico del mercado único europeo.

Tercero, un repaso rápido por el Derecho comparado⁵⁹ demuestra que el sistema más operativo es el que opta por la protección de un modelo puro de competencia leal. Así, el ejemplo más claro del principio de lealtad en las relaciones laborales por el que optó el Derecho francés antaño al tipificar la corrupción privada, hoy ha sido abandonado, proyectando el desvalor de la corrupción en el ámbito social o profesional, sin vinculación con la organización societaria de la empresa. Por su parte, los ordenamientos que, como el italiano, siguen un modelo patrimonialista, por un lado, adoptan un sistema insuficiente de protección que no cumple con lo estipulado en la DM —proteger la competencia leal— y por otro lado, convierten esta figura en papel mojado ante la dificultad de deslindarla del correspondiente delito de administración desleal. En definitiva⁶⁰, el modelo patrimonialista ba-

⁵⁷ OTERO GONZÁLEZ, P.: «La corrupción en el sector privado...», *op. cit.*, p. 35.

⁵⁸ El Dictamen del Consejo de Estado al Anteproyecto de 29-10-2009, ya subrayó que la lesión de la competencia del mercado no va unida a la tutela de los intereses de la propia empresa y, por ello, esas conductas pueden no suponer un incumplimiento de sus obligaciones.

⁵⁹ Sobre los modelos de incriminación en el Derecho comparado, *vid.*, mi trabajo «La corrupción en el sector privado...», *op. cit.*, pp. 35 y ss

⁶⁰ Siguiendo en este punto a FOFFANI, L.: «La corrupción en el sector privado...», *op. cit.*, p. 69.

sado en la infidelidad patrimonial ha resultado insuficiente para atajar los problemas de corrupción privada, fundamentalmente por la ausencia de legitimación de la penalización del corruptor pues su conducta es extraña a la infracción del deber de lealtad del corrompido respecto de su mandante. En consecuencia⁶¹, la vía abierta por la legislación alemana se dirige a proteger la lealtad en la competencia cuyo merecimiento y necesidad de pena, de acuerdo con los principios de fragmentariedad e intervención mínima, mantiene una lucha constante entre la justificación por la creciente privatización de empresas públicas y el rechazo por la injerencia excesiva del control penal. A pesar de esta dicotomía, en este ordenamiento se mantiene su tipificación desde 1997.

Cuarto, la ubicación sistemática de esta figura, situada junto a los delitos relativos al mercado y a los consumidores, está alejada de los delitos societarios. En efecto, podría haberse optado, dentro de los delitos societarios, por configurar un delito de peligro adelantando la barrera punitiva a los casos en los que el ofrecimiento o solicitud no conlleve o no pueda probarse el perjuicio, tal como lo ha tipificado Austria, ante la dificultad de admitir en estos casos la tentativa⁶²; sin embargo, no se ha considerado esta opción.

Desde esta perspectiva, interpreté, de acuerdo con el espíritu de la DM, que el *incumplimiento de las obligaciones* era la infracción del deber extrapenal, que la DM sugiere como pauta para delimitar el ámbito de la conducta típica, pero sin olvidar el interés tutelado, esto es, la competencia⁶³, tratándose así de un modo de especificar el medio a través del cual se consuma la agresión a la competencia. Por tanto, siguiendo la terminología antes utilizada, con esta llamada al *incumplimiento de las obligaciones* se pretendía significar que sólo adquiriría

⁶¹ Como ha afirmado FOFFANI, L.: «La corrupción en el sector privado...», *op. cit.*, pp. 70-71.

⁶² De hecho, GÓMEZ BENÍTEZ, JM.: *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Madrid: Colex, pp. 159-161, considera que la punición de la tentativa del delito de administración desleal no es una decisión político-criminal adecuada, pues esta tentativa se desenvuelve en un terreno de gestión de las sociedades más próximo a los ilícitos mercantiles que al de los delitos.

⁶³ En sentido contrario, GILI PASCUAL, A.: «Bases para la delimitación...», *op. cit.*, p. 287, quien partiendo de un modelo mixto de protección, afirma que los pactos colusorios de un empresario con otro para perjudicar a terceros a cambio de un precio o ventaja son atípicos y sólo cuando se afecta al competidor además de al empresario propio, se podrá incurrir en responsabilidad penal, porque el *incumplimiento de las obligaciones* lo refiere este autor al deber de fidelidad con el mandante que sirve como complemento a la tutela competencial (p. 278 y 282). Igualmente, GARCÍA ALBERO, R.: «Corrupción en los negocios...», *op. cit.*, pp. 563-564 en relación con la conducta típica antes de la reforma de 2015.

relevancia penal el ataque —*ad extra*— a la competencia leal realizado con incumplimiento de las obligaciones que derivan de la Ley de Defensa de la Competencia y de la Ley de Competencia Desleal⁶⁴.

⁶⁴ Así: artículo 1 e) de la Ley de Defensa de la Competencia 15/2007, de 3 de julio, en relación con las conductas colusorias 1. «Se prohíbe todo acuerdo, decisión o recomendación colectiva, o práctica concertada o conscientemente paralela, que tenga por objeto, produzca o pueda producir el efecto de impedir, restringir o falsear la competencia en todo o parte del mercado nacional y, en particular, los que consistan en: e) La subordinación de la celebración de contratos a la aceptación de prestaciones suplementarias que, por su naturaleza o con arreglo a los usos de comercio, no guarden relación con el objeto de tales contratos». Esta conducta está prevista como infracción grave o muy grave, según los casos, en el art. 62 y sancionada en el art. 63, que prevé «las infracciones graves con multa de hasta el 5 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de la imposición de la multa. Las infracciones muy graves con multa de hasta el 10 % del volumen de negocios total de la empresa infractora en el ejercicio inmediatamente anterior al de imposición de la multa». Cuando no sea posible determinar el volumen de negocios: «con multa entre 500.001 y más de 10 millones de €». Por su parte, el artículo 3 de la Ley alude al «falseamiento de la libre competencia por actos desleales. La Comisión Nacional de la Competencia o los órganos competentes de las Comunidades Autónomas conocerán en los términos que la presente Ley establece para las conductas prohibidas, de los actos de competencia desleal que por falsear la libre competencia afecten al interés público». Artículo que nos vincula a la Ley de Competencia Desleal 3/1991 de 10 de enero, cuya cláusula general, prevista en el artículo 4 reputa desleal «todo comportamiento que resulte objetivamente contrario a las exigencias de la buena fe. En las relaciones con consumidores y usuarios se entenderá contrario a las exigencias de la buena fe el comportamiento de un empresario o profesional contrario a la diligencia profesional, entendida ésta como el nivel de competencia y cuidados especiales que cabe esperar de un empresario conforme a las prácticas honestas del mercado, que distorsione o pueda distorsionar de manera significativa el comportamiento económico del consumidor medio o del miembro medio del grupo destinatario de la práctica, si se trata de una práctica comercial dirigida a un grupo concreto de consumidores». Por su parte, el art. 14 prevé la inducción a la infracción contractual: «1. Se considera desleal la inducción a trabajadores, proveedores, clientes y demás obligados, a infringir los deberes contractuales básicos que han contraído con los competidores. 2. La inducción a la terminación regular de un contrato o el aprovechamiento en beneficio propio o de un tercero de una infracción contractual ajena sólo se reputará desleal cuando, siendo conocida, tenga por objeto la difusión o explotación de un secreto industrial o empresarial o vaya acompañada de circunstancias tales como el engaño, la intención de eliminar a un competidor del mercado u otras análogas». Y las acciones previstas contra los actos de competencia desleal están especificadas en el artículo 32: 1. Acción declarativa de deslealtad. 2. Acción de cesación de la conducta desleal o de prohibición de su reiteración futura. Asimismo, podrá ejercerse la acción de prohibición, si la conducta todavía no se ha puesto en práctica. 3. Acción de remoción de los efectos producidos por la conducta desleal. 4. Acción de rectificación de las informaciones engañosas, incorrectas o falsas. 5. Acción de resarcimiento de los daños y perjuicios ocasionados por la conducta desleal, si ha intervenido dolo o culpa del agente. 6. Acción de enriquecimiento injusto, que sólo procederá cuando la conducta desleal lesione una posición jurídica amparada por un derecho de exclusiva u otra de análogo contenido económico.

Quinto, otro argumento que permitió avalar mi posición es el penológico. En efecto, la idéntica penalidad de los sujetos corruptores y corrompidos en este delito vinculada a la exigencia idéntica para ambos grupos del incumplimiento de las obligaciones, me condujo a pensar que se trataba del incumplimiento *ad extra* (reglas de la competencia) en ambos casos, pues si optáramos por un modelo de deslealtad hacia la propia empresa sólo tendría sentido imponer la exigencia del incumplimiento de las obligaciones al corrompido, no al corruptor, y en consecuencia no sería proporcional la idéntica penalidad.

Sexto, por el contrario, si se hubiera interpretado como *obligaciones para con la empresa* que se incumplen a través de un acto de administración desleal acogiendo un modelo mixto en el art. 286 bis CP conforme a la redacción de 2010, entonces se trataba de una exigencia que hacía inaplicable el tipo penal (por imposibilidad de delimitación con el tipo de administración desleal), suponía, a mi modo de ver, un defecto técnico que frustraba la incriminación. En consecuencia, propuse que si queríamos incriminar estas conductas desvinculándolas del deber de lealtad propio que protegía el delito de administración desleal lo más fácil sería suprimir esta expresión. De hecho, el modelo alemán del que trae causa el español, protege la competencia sin especificarse en la conducta típica que deba incumplirse ninguna obligación legal.

Por todo ello, en mi opinión queda contestada fácilmente la pregunta que encabeza este epígrafe. Sí, es correcta la supresión de esta expresión pues distorsionaba e impedía la correcta incriminación de estas conductas.

La pregunta siguiente que debemos hacernos es si el adverbio actual *indebidamente* sustituye al *incumplimiento de las obligaciones*. La respuesta desde mi planteamiento también es fácil. No lo sustituye, sino que se ha suprimido para reforzar el modelo puro de incriminación de la competencia desleal y para subsanar los problemas que generaba a la hora de dar operatividad al tipo y así desvincularlo más claramente del delito de administración desleal. En consecuencia, y refiriéndose a los dos sujetos de la relación corrupta (tanto en el cohecho activo como en el pasivo) es el elemento que permite, como se ha señalado, desplazar del ámbito típico los cohechos impropios relacionados con los arts. 420, 421 y 422 CP.

4.º La opción por un modelo puro de incriminación de la competencia cumple el principio de antijuridicidad material

Esta opción ¿implica expansión del Derecho penal? La propia Exposición de Motivos de la Ley de Competencia Desleal reconoce la inefi-

cacia de las normas de la anterior Ley de Competencia Desleal: «ni siquiera dentro de sus limitaciones podían considerarse eficaces, debido a la escasa calidad y flexibilidad de su aparato sancionador. El régimen de la competencia desleal se había convertido así en un escenario normativo languideciente, al amparo del cual pudieron proliferar prácticas concurrenciales incorrectas que en no pocas ocasiones han ocasionado un grave deterioro de nuestro tráfico mercantil». Y, por otro lado, con los mecanismos sustantivos y procesales previstos en la Ley, añade la Exposición de Motivos, «se pretende multiplicar la probabilidad de que las conductas incorrectas no queden sin sanción». Igualmente ocurre con el Preámbulo de la Ley de Defensa de la Competencia que «tiene por objeto la reforma del sistema español de defensa de la competencia para reforzar los mecanismos ya existentes y dotarlo de los instrumentos y la estructura institucional óptima para proteger la competencia efectiva en los mercados, teniendo en cuenta el nuevo sistema normativo comunitario y las competencias de las Comunidades Autónomas para la aplicación de las disposiciones relativas a prácticas restrictivas de la competencia».

Es decir, si las demás instancias jurisdiccionales se han mostrado insuficientes para atajar estas conductas colusorias, el Derecho penal tendrá, en estos casos, al menos, un valioso efecto preventivo. Es decir, si la Ley de Competencia Desleal y la Ley de Defensa de la Competencia, como reconocen en sus respectivas Exposiciones de Motivos, no han sido capaces de frenar esta lacra, tendrá que actuar el Derecho penal sometido al principio de fragmentariedad, sancionando las conductas que distorsionen gravemente las condiciones de competencia del mercado, partiendo de que el bien jurídico «lealtad competitiva» es un principio rector de la economía de mercado cuyo menoscabo, a través de comportamientos corruptos, justifica el recurso a la sanción penal, cuando esos comportamientos perturben gravemente el funcionamiento concurrencial del mercado y siempre que no haya medios menos lesivos pero eficaces para solucionar estas prácticas. El tipo penal es así un refuerzo de la protección civil de este interés jurídico. Por tanto, considero legítima la incriminación⁶⁵ de estas conductas, más

⁶⁵ A favor de su criminalización, FARALDO CABANA, P.: «Hacia un delito de corrupción en el sector privado», en *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIII, Universidad de Santiago de Compostela, 2001, p. 98. GILI PASCUAL, A.: «Bases para la delimitación...», *op. cit.*, pp. 255 y ss. También se ha pronunciado en este sentido el Dictamen del Consejo de Estado 1404/2009 (29-10-2009) al Anteproyecto de Ley Orgánica de Modificación del Código Penal. Con condiciones, DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL.; BLANCO CORDERO, I.: «La criminalización de la corrupción...», *op. cit.*, pp. 285-290, al considerar (se pronunciaron antes de que existiera el tipo penal) que la criminaliza-

allá de los compromisos adquiridos para cumplir las directrices europeas. A pesar de ello, se corre el riesgo, como ha ocurrido en otros ámbitos (piénsese, por ejemplo, en los delitos contra la ordenación del territorio), de que las sentencias condenatorias sean testimoniales (a fecha de hoy todavía no ha habido en España ninguna sentencia condenatoria por este delito), como lo eran las conductas colusorias sancionadas a través de las leyes relativas a la competencia, convirtiéndose tanto las leyes mercantiles como las penales en Derecho simbólico. Sin embargo, ello no es suficiente motivo para desistir de su tipificación; al contrario, ésta debe ir acompañada, bien de la necesaria voluntad política para atajar el problema, bien de los medios precisos (por ejemplo, reforzar los mecanismos para la detección de las falsedades en la información contable de las empresas o impulsar la recuperación de activos) para desentrañar la dificultad probatoria de este complejo delito.

5.º Ampliación del ámbito del soborno

La LO 1/2015 ha ampliado el ámbito del soborno a cualquier tipo de relación comercial aunque no consista en la adquisición o venta de mercancías o en la contratación de servicios *profesionales* (reza ahora el precepto: *contratación de servicios o en las relaciones comerciales*). Recordemos que la redacción de la LO 1/2010 se limitaba a la adquisición o venta de mercancías o a la contratación de servicios *profesionales*. Con la actual redacción, ya no quedarán al margen del ámbito típico las conductas de corrupción relacionadas con la contratación de servicios no prestados por profesionales en sentido estricto⁶⁶, y con la segunda modificación se permite englobar no sólo cualquier tipo de

ción debe exigir, junto con el menoscabo sustancial de la competencia, la infracción de deberes y adicionalmente, deberá exigirse, al menos, peligro concreto —de difícil constatación— para el patrimonio de terceros. En contra de su criminalización, FABIÁN CARRÓS, EA.: *La corrupción...*, *op. cit.* pp. 25 y ss. VENTURA PÜSCHEL, A., «Corrupción entre particulares (no deporte): art. 286 bis PCP», en *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal* (FJ Álvarez García; JL González Cussac —dirs.—), Valencia: Tirant lo Blanch, 2010, pp. 263-264, 266. El mismo, «Corrupción entre particulares», en *Comentarios...*, *op. cit.*, 322-323. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, *Derecho Penal Económico...*, *op. cit.*, p. 308. El mismo, 5.ª ed., p. 383. QUERALT JIMÉNEZ, J.: «La corrupción...», *op. cit.*, p. 816, quien añade que la duda del Legislador a la hora de establecer la penalidad contribuye a debilitar la prevención general.

⁶⁶ En efecto, como manifestaba QUERALT JIMÉNEZ, J.: «La corrupción privada...», *op. cit.*, p. 813, conforme a la redacción del tipo antes de la reforma de 2015 quedaban excluidos los servicios no profesionales.

contratación de bienes o servicios en el mercado⁶⁷, sino también⁶⁸ cualquier acto de comercio preparatorio de la transacción en sí, lo que además de no estar justificado, supone excederse de los dictados de la propia DM, en cuyo art. 2.3 dispone que los Estados Miembros podrán declarar que limitarán el ámbito de aplicación del art. 2.1 (conductas que deben sancionarse como infracciones penales), a aquellos actos que impliquen o puedan implicar una distorsión de la competencia en relación con la adquisición de bienes o servicios comerciales.

C. PENALIDAD Y PROBLEMAS CONCURSALES

No se sabe muy bien por qué el legislador ha optado por imponer unas penas tan elevadas para este delito (prisión de seis meses a cuatro años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de uno a seis años y multa del tanto al triplo del valor del beneficio o ventaja), que superan incluso las previsiones de la DM⁶⁹ las cuales oscilan en su duración máxima entre uno y tres años de privación de libertad. Quizá la razón estribé en la gravedad que la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010 atribuye a la deslealtad competencial, afirmando que «con estos comportamientos, que exceden de la esfera de lo privado, se rompen las reglas de buen funcionamiento del mercado. La importancia del problema es grande si se repara en la repercusión que pueden tener las decisiones empresariales, no sólo para sus protagonistas inmediatos sino para otras muchas personas». Sin embargo, parece que se trata de una previsión penológica efectista o simbólica, si pensamos que el art. 286 bis 3 permite rebajar la pena

⁶⁷ PUENTE ABA, L.M.: «Corrupción...», *op. cit.*, p. 917. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C.: *Derecho penal económico...*, 5.ª ed., *op. cit.*, p. 388.

⁶⁸ Cfr., GARCÍA ALBERO, R.: «Corrupción en los negocios...», *op. cit.*, p. 573.

⁶⁹ Artículo 4 Sanciones penales y de otro tipo: «1. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los actos mencionados en los artículos 2 y 3 sean punibles con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias. 2. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias para asegurar que los actos mencionados en el artículo 2 sean punibles con sanciones privativas de libertad de una duración máxima de al menos de uno a tres años. 3. Los Estados miembros tomarán las medidas necesarias, de acuerdo con sus normas y principios constitucionales, para garantizar que a una persona física que haya sido condenada por los actos mencionados en el artículo 2 en relación con alguna actividad profesional en el sector privado, al menos en los casos en que haya ocupado un puesto destacado en la empresa dentro del ramo de actividad de que se trate, se le pueda prohibir temporalmente el ejercicio de esa actividad profesional o de una actividad comparable en un puesto o función similares, cuando los hechos comprobados den motivos para pensar que existe un claro riesgo de que abuse de su posición o cargo mediante actos de corrupción activa o pasiva».

en grado (por tanto, dejándolo entre tres y seis meses) atendiendo a la menor gravedad de la conducta, centrada bien en la poca trascendencia de las funciones del culpable —sin determinar— o a la escasa cuantía del beneficio o al valor de la ventaja.

Con esta amplitud de marco penal, es decir, con este juego de atenuación previsto en el art. 286 bis 3, se permite al juez valorar si se ha producido finalmente la aceptación (cohecho pasivo) o el pago del soborno (cohecho activo), o solamente se ha probado la solicitud (cohecho pasivo) o el ofrecimiento (cohecho activo). Estas dos últimas modalidades suponen un estadio anterior del *iter criminis* pero, al equipararse a efectos penológicos el simple ofrecimiento, promesa o solicitud al pago o a la aceptación, no es posible la rebaja de la pena por tentativa⁷⁰. Por ello, esta previsión de atenuación permite modular ambos estadios.

Asimismo, la potestad de atenuación de la pena permite limar la disfunción penológica con el delito de administración desleal que tras la reforma por LO 1/2015 ha quedado en pena de prisión de seis meses a tres años. Y ello, a pesar de que el artículo 252 CP requiere la infracción de las facultades para administrar un patrimonio ajeno excediéndose en el ejercicio de las mismas, y la causación de un perjuicio económico. Por otro lado, la vulneración del bien jurídico en el delito de administración desleal, la integridad del patrimonio administrado, no tiene la trascendencia, en cuanto a la distorsión en el mercado, prevista en la corrupción en el sector privado. Por ello, como desarrollaré a continuación, podrá aplicarse un concurso ideal medial acogiendo así el total desvalor de la conducta, cuando, infringiéndose el deber de lealtad, mediante el soborno se perjudique el patrimonio de la propia empresa y al mismo tiempo se distorsione gravemente la competencia en el mercado.

Finalmente, cuando la persona jurídica sea responsable de este delito se impondrá, de acuerdo con el art. 288 CP, una pena de multa que oscila entre dos y cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad, y de multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos. Con esta previsión se superan las críticas

⁷⁰ Aunque, como afirma NIETO MARTÍN, A.: «La corrupción en el sector privado...», *op. cit.*, p. 69, ello hubiera sido lo deseable.

efectuadas sobre la redacción de 2010⁷¹, en el que la multa no giraba en torno al beneficio obtenido (tal como establecía la propia previsión del art. 288 en relación con los delitos previstos en los artículos 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283, 285 y 286), lo que carecía de justificación. Prevé, además, el mencionado precepto que los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del art. 33. Debe tenerse en cuenta que algunas de estas sanciones adicionales son inviables en el delito que nos ocupa y otras resultan desproporcionadas en atención a la gravedad del delito⁷².

Abundando en los problemas concursales, como adelantaba anteriormente, los casos de pagos corruptos y, por tanto, delictivos o, al menos ilícitos, que realizan o reciben los administradores en interés y con beneficio efectivo de las sociedades administradas, son los que presentan más dificultades de subsunción en alguno de los tipos que se vienen analizando: el de competencia desleal del artículo 286 bis, por un lado, y el de administración desleal del art. 252 CP (tras la Reforma por LO 1/2015 no limitado al ámbito de sociedades) o en su caso de apropiación indebida del art. 253 CP⁷³, por otro.

Con respecto al delito de apropiación indebida⁷⁴, la SAN 31-03-2000, RJ 107 (Caso Banesto), ya dejó claro que los pagos hechos por los administradores de una empresa con fondos sociales, aun cuando se hagan con fines ajenos al propio tráfico de la empresa administrada, si redundan en provecho de ésta, no pueden dar lugar al delito de apropiación indebida, por tratarse de un delito contra el patrimonio de la sociedad administrada y haber resultado beneficioso para la misma los pagos realizados con los fondos sociales.

En relación con el delito de administración desleal, se trata, como es sabido, de un delito de resultado lesión que se consuma con la realización de un resultado perjudicial que, vinculándolo con el bien jurí-

⁷¹ Así, VENTURA PÜSCHEL, A., «Corrupción entre particulares», en *Comentarios...* *op. cit.*, 327. El mismo, «Corrupción entre particulares», en *Derecho Penal español*, *op. cit.*, p. 678.

⁷² Vid., ampliamente, CASTRO MORENO, A., «Capítulo 13. Corrupción entre particulares (art. 286 bis)», *op. cit.*, p. 300-301.

⁷³ No olvidemos, además, que antes de la reforma de 2015, a los problemas concursales irresolubles detectados si se mantenía un modelo mixto de protección en el tipo del art. 286 bis, se añadían los que derivaban de las propias relaciones concursales ya complejas entre el delito de apropiación indebida y el de administración desleal (hasta ese momento de sociedades), en las que la interpretación jurisprudencial del TS hacía prácticamente inoperante el delito de administración desleal.

⁷⁴ Los hechos que analiza la sentencia transcurrieron antes de la entrada en vigor del CP 1995. Momento, como es sabido, en que se introduce el delito de administración desleal

dico protegido en este delito, supone el perjuicio económico del patrimonio administrado⁷⁵. Obviamente, la concreción del bien jurídico protegido en cada una de estas figuras debe ser el criterio que nos permita delimitarlas, que en el caso del delito de corrupción de particulares ya se ha concretado en la leal competencia o la transparencia en el mercado.

Desde esta perspectiva, los pagos ilícitos relacionados con la corrupción realizados por los administradores y que conllevan como resultado un perjuicio al patrimonio administrado, constituyen un delito de administración desleal. Sin embargo, cuando el pago de sobornos se realiza beneficiando a la sociedad administrada de forma que⁷⁶ este pago de sobornos constituya una disposición patrimonial que quede compensada ampliamente por los beneficios que posteriormente se obtengan para la misma (calificado así este pago como gasto necesario), no perjudica el patrimonio de la sociedad sino al contrario, lo incrementa (por ejemplo, un soborno que implique captación de nuevos clientes), de modo que no lesiona el bien jurídico protegido a través del tipo de administración desleal.

Se trata, siguiendo a GÓMEZ BENÍTEZ⁷⁷, de supuestos en los que el administrador se somete a una realidad corrupta existente no buscada por él y necesaria para el objeto social; se trata de casos en los que la sociedad es la auténtica víctima de la corrupción previa existente que, por tanto, no implican un abuso de las facultades de administración ni, en consecuencia, de administración desleal. En otras palabras, el criterio de delimitación siguiendo la teoría de este autor para subsumir o no estos supuestos en el delito de administración desleal, es el de distinguir los casos en los que el administrador se somete a una realidad preexistente, de corrupción inevitable, en la que éste se ve abocado a un pago ilícito con el fin de entrar en el mercado para el desarrollo del objeto social, frente a aquellos caso de corrupción agresiva en los que el soborno es un medio para alterar esas mismas reglas de juego del mercado⁷⁸.

⁷⁵ De forma amplia, CASTRO MORENO, A.: *El delito societario...*, *op. cit.*, pp. 175-187. GÓMEZ BENÍTEZ, JM.: «Corrupción...», *op. cit.*, p. 203.

⁷⁶ Cfr., GÓMEZ BENÍTEZ, JM.: «Corrupción...», *op. cit.*, pp. 195-206. El mismo autor, *Curso de Derecho Penal de los negocios...*, *op. cit.*, pp. 161-172. NIETO MARTÍN, A.: «La corrupción en el sector privado...», p. 65.

⁷⁷ GÓMEZ BENÍTEZ, JM.: «Corrupción...», *op. cit.*, p. 205.

⁷⁸ GÓMEZ BENÍTEZ, JM.: «Corrupción...», *op. cit.*, pp. 205-206. El mismo autor, *Curso de Derecho Penal de los negocios...*, *op. cit.*, pp. 171-172. En el mismo sentido, GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Corrupción en el sector privado...», *op. cit.*, p. 236. Expone esta teoría, aunque discrepa de ella, NIETO MARTÍN, A.: «La corrupción en el sector privado...», *op. cit.*, pp. 65-66.

Evidentemente, se sostiene este argumento partiendo de la teoría económica de patrimonio que es la que creo que debe mantenerse en el ámbito de los delitos societarios a pesar de que el art. 252 CP (administración desleal genérica) tras la reforma por LO 1/2015 ya no exige que el patrimonio sea económicamente evaluable (recordemos que el delito societario de administración desleal del antiguo art. 295 sí que requería expresamente que el resultado fuera *un perjuicio económicamente evaluable*). Desde la teoría personal del patrimonio, en cambio, estos pagos ocasionarían un perjuicio patrimonial al constituir un acto de disposición abusivo pues se ha alterado la finalidad del objeto social, por lo que la inevitabilidad del soborno para la empresa habría de discutirse, como mantiene NIETO⁷⁹, a lo sumo en sede de justificación.

A todo ello⁸⁰ se suma la dificultad de constatar la quiebra del deber de lealtad o la dificultad de probar en su caso el perjuicio patrimonial, lo que hace que la aplicación de la administración desleal especialmente a los supuestos de cobro de comisiones (hipotéticos casos de cohecho privado pasivo⁸¹) resulte en la práctica sumamente discutible. Es más, ante la imposibilidad de constatar que había una expectativa patrimonial cierta que ha sido lesionada por el contratante, deberá presumirse que la comisión estaba incluida en el precio y que, por tanto, no había posibilidades de mejorar la oferta⁸².

A mayor abundamiento⁸³, en aquellos casos de adjudicación de contratos en los que la conducta consiste en abonar comisiones a cambio de recibir información sobre las ofertas de los demás competidores a fin de mejorarlas y así obtener la adjudicación, en el que se constata un beneficio para ambas partes (siempre que esa mejor oferta sea muy inferior a la cuantía de la comisión), se vulnera simplemente la competencia leal.

Y ¿qué ocurre cuando el administrador recibe el dinero del soborno (corrupción pasiva)? Habremos de llegar a la misma conclusión: será administración desleal cuando el coste del soborno se integra

⁷⁹ NIETO MARTÍN, A.: «La corrupción en el sector privado...», *op. cit.*, pp. 66-67.

⁸⁰ Como acertadamente mantiene GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Corrupción en el sector privado...», *op. cit.*, pp. 237-241. De hecho, en Alemania, como analiza este autor, se limitan vía jurisprudencial los casos de administración desleal a la infracción de un deber cualificado de lealtad.

⁸¹ Como, por ejemplo, las comisiones recibidas por el médico de una clínica privada para prescribir medicamentos del laboratorio que le soborna frente a los demás.

⁸² GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Corrupción en el sector privado...», pp. 240-242.

⁸³ Siguiendo nuevamente a GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Corrupción en el sector privado...», p. 241, quien abunda a propósito del caso del escándalo de basuras en Köln: en el proceso de adjudicación del servicio de basuras el representante de una empresa sobornó al adjudicador para que le comunicara la oferta más económica y así poder mejorarla.

aumentando el precio final de una operación, porque ese bien se ha adquirido por la empresa por un coste superior al de mercado⁸⁴, en cuyo caso le ha producido un perjuicio patrimonial económicamente evaluable a la misma. En cambio, si ese sujeto ha recibido el dinero del soborno, pero no ha conseguido probarse el perjuicio —o incluso se ha constatado un beneficio posterior para la empresa—, pero sí la competencia desleal, podrá integrar el tipo del art. 286 bis.

Pues bien, estos casos, bien de *corrupción inevitable o preexistente*, bien de pagos de comisiones en los que, o no puede probarse el perjuicio patrimonial —no olvidemos que el art. 286 bis CP está configurado como un delito de mera actividad—, o simplemente suponen un acto de disposición que beneficia a la empresa en un momento inmediato, son los casos que deben incluirse en el tipo del art. 286 bis, cuando mediante ellos se vulnera de forma grosera —se trata de un bien jurídico supraindividual— la competencia leal en el mercado y siempre que, como creo debe hacerse, se desvincule estos actos de soborno de cualquier interpretación derivada del deber de fidelidad hacia la propia empresa (y más aún después de la eliminación del «incumplimiento de las obligaciones»).

Asimismo y desde esta perspectiva de desvinculación del deber de lealtad hacia la propia empresa, el consentimiento⁸⁵ del empresario no supondrá en ningún caso menor merecimiento de pena en relación con la conducta realizada por cualquiera de los sujetos activos del art. 286 bis. Es más, dado que el bien jurídico competencia no se proyecta frente al empresario de la empresa que realiza o acepta el soborno sino frente a los terceros a quienes se impide competir en el mercado, su consentimiento en relación con las conductas de sus dependientes (empleados, colaboradores, etc.) supondrá la propia conducta de éstos en comisión por omisión, en la medida en que su

⁸⁴ En este sentido, NIETO MARTÍN, A.: «La corrupción en el sector privado...», *op. cit.*, p. 68.

⁸⁵ Por el contrario, GÓMEZ-JARA DÍEZ, C.: «Corrupción en el sector privado...», pp. 241-242; también GILI PASCUAL, A.: «Bases para la delimitación...», *op. cit.*, p. 286, otorgan relevancia al consentimiento del empresario en relación con las conductas de sus empleados llegando a reputarlas de atípicas o con un merecimiento de pena sustancialmente menor. Igualmente, desde la perspectiva de la infracción del deber *ad intra*, DE LA CUESTA ARZAMENDI, JL.; BLANCO CORDERO, I.: «La criminalización de la corrupción...», *op. cit.* pp. 279-280 y 283-285; BLANCO CORDERO, I.: «De la corrupción entre particulares», en *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., (Director Manuel Gómez Tomillo), Valladolid: Lex Nova, 2011, p. 1114 (1109-1115); ANDRÉS DOMÍNGUEZ, A.C.: «El nuevo delito de corrupción entre privados (art. 286 bis CP)», en *Libro Homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos*, Valencia: Tirant Lo Blanch, 2013, pp. 357-358 (339-365), consideran que el consentimiento del empresario determina la atipicidad de la conducta.

aceptación equivale a la acción (bien a la recepción: 286 bis. 1, bien al pago: 286 bis. 2 de sobornos).

Más aún, si el bien jurídico en el delito de administración desleal es la integridad del patrimonio administrado, y en el de corrupción privada la libertad y la lealtad en la competencia, la adopción de un modelo puro de protección permite apreciar un concurso ideal medial cuando, infringiéndose el deber de lealtad, mediante el soborno se perjudique el patrimonio de la propia empresa y al mismo tiempo se distorsione la competencia en el mercado. Si, por el contrario, exigimos la infracción de un deber de lealtad para consumir la conducta del art. 286 bis, vinculando así administración desleal y competencia desleal, los casos en los que no se constate el perjuicio al patrimonio social o aquellos en los que el soborno incremente el patrimonio de la empresa, o en los que no se haya infringido un deber cualificado de lealtad, son atípicos, aun cuando se vulnere la competencia, pues asumiendo un modelo mixto de protección no se cumple una parte del desvalor de esta conducta. Y en los casos en los que se constate un perjuicio para la sociedad y se exija, además, según el modelo mixto, una infracción del deber, el delito de corrupción de particulares siempre quedaría absorbido por el delito de administración desleal⁸⁶. Por tanto, conforme este modelo de protección, nunca sería aplicable el delito de corrupción de particulares.

⁸⁶ De otra opinión, BOLEA BARDON, C.: «El delito de corrupción privada: bien jurídico y *ratio legis*», *op. cit.*, en prensa, texto original de la autora, p. 13, nota 32, afirmando «Por consiguiente, cabe afirmar que la afectación de la competencia es siempre un bien jurídico mediato, que se debe lesionar necesariamente a través de la vulneración de las relaciones internas de confianza entre empresa y administrador, directivo, empleado o colaborador. Lo que se protege en el delito de corrupción privada no es la competencia en sí misma, ni siquiera entendida como confianza en la existencia de una competencia leal (competencia en igualdad de condiciones). Tampoco se puede afirmar que el buen funcionamiento del mercado (estableciendo un paralelismo con el cohecho) constituye sin más el interés protegido en este delito. Resulta más acertado entender que la protección penal sólo opera (o debiera operar) cuando se altera el buen funcionamiento de las relaciones comerciales (afectación de la competencia) a través de la vulneración del deber (negativo) de no perjudicar el patrimonio de la empresa por parte del directivo, administrador, empleado o colaborador (afectación de la capacidad competitiva de la empresa a través de un acto de deslealtad)». Para ello entiende que el delito del art. 286 bis «absorbe la conducta de administración desleal, siempre que se acepte que el administrador que se queda con la peor oferta a cambio de una comisión realiza una conducta idónea para perjudicar el patrimonio administrado. De ahí, que quepa apreciar un concurso de leyes en favor del delito de corrupción privada en aplicación del principio de especialidad, lo que se justifica además atendiendo a la pena prevista para el delito de corrupción privada (más grave) en comparación con la establecida para el delito de administración desleal previsto en el nuevo art. 252».

d. CONCLUSIÓN

No estoy de acuerdo en vincular la competencia desleal a la administración desleal en cuanto que la infracción del deber del representante es extremadamente difícil de constatar. Es aconsejable reducir la corrupción privada a la competencia desleal y la infracción de deberes cuando pueda probarse el perjuicio patrimonial al delito de administración desleal. Ello queda corroborado además tras la supresión del «incumplimiento de las obligaciones» por la LO 1/2015. De lo contrario nunca podrá ser operativo el delito de corrupción de particulares pues siempre estará absorbido por la conducta de administración desleal.

En consecuencia, opto por interpretar el art. 286 bis como modelo puro de incriminación de la competencia desleal, basado en el incumplimiento de obligaciones específicas extrapenales derivadas de la LDC y de la LCD y no en la infracción de deberes hacia el empresario. Por eso abogué por la supresión de la cláusula estudiada porque suponía un defecto de técnica legislativa que frustraba la incriminación de estas conductas. Todo ello, junto con el proceso masivo de privatización que ha supuesto la transferencia al sector privado de importantes recursos económicos antes gestionados por el sector público, y junto al fenómeno de la corrupción en el mundo globalizado que exige abordar el problema desde la globalización de la estrategia anticorrupción, supone, a mi juicio, merecimiento de sanción penal más allá de los compromisos internacionales. En este sentido, la incriminación va a tener un valioso efecto preventivo y de refuerzo de las sanciones civiles en este ámbito.

2. *La corrupción en la transacción comercial transnacional. Art. 286 ter*

a. CONSIDERACIONES GENERALES

Como se ha adelantado al exponer la génesis del precepto, es en este ámbito de la contratación internacional donde con mayor frecuencia se ha constatado el peligro de corrupción que corren las funciones públicas al sucumbir ante el poder económico de las grandes multinacionales. De ahí que el Convenio de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) de Lucha contra la Corrupción de Agentes Públicos Extranjeros en las Transacciones Comerciales Internacionales OCDE recomendó a los Estados incorporar este tipo penal de corrupción de agente público extranjero en transacciones comercia-

les internacionales en sus ordenamientos como una forma de cooperación en la lucha contra una corrupción transnacional que afecta a todos los Estados.

De este modo, nuestro Legislador penal a través de la LO 3/2000, de 11 de enero, optó por trasladar el mandato establecido en una norma de carácter internacional al Código penal para intentar combatir determinadas conductas cuya trascendencia rebasa las fronteras nacionales, constituyendo el art. 445 bis dentro del Título XIX Bis, dedicado íntegramente a esta conducta. Posteriormente, por LO 15/2003, de 25 de noviembre, el referido art. 445 bis pasó a ser el art. 445 CP, suprimiendo el Título XIX Bis y creando, para encajar el precepto, un nuevo capítulo X «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en el Título XIX, «Delitos contra la Administración Pública», con la única modificación del añadido de un párrafo segundo donde se preveía la posibilidad de aplicar a las personas jurídicas alguna de las consecuencias accesorias previstas en el art. 129 del CP.

El legislador penal de 2010 se hizo eco de las deficiencias puestas de manifiesto por las Recomendaciones OCDE 2006 con motivo de la segunda fase de evaluación a España sobre el cumplimiento del Convenio, que tuvo lugar en París, sede de la OCDE, durante los días 21 a 24 de marzo de 2006. Como resultado de dicha evaluación se efectuaron, como decimos, una serie de Recomendaciones sobre diversos aspectos. Una de ellas apuntó a la necesidad de clarificar en nuestro derecho interno un concepto de funcionario público extranjero en los términos previstos en el art. 1.4 del Convenio que prescribe que «por agente público extranjero se entiende cualquier persona que ostente un cargo legislativo, administrativo o judicial de un país extranjero, tanto por nombramiento como por elección; cualquier persona que ejerza una función pública para un país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, y cualquier funcionario o agente de una organización internacional pública».

Así, mediante la LO 5/2010, se dio una nueva configuración a este tipo penal para incorporar, en primer lugar, una interpretación auténtica de *funcionario público extranjero*. En segundo lugar, y con base en lo establecido en dichos convenios, se precisaba una adaptación de las penas, pues se exigía que al menos en los casos graves se previeran penas privativas de libertad que pudieran dar lugar a la extradición. Y, en tercer lugar, se consideró conveniente establecer una regulación concreta de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que interviniera en esa clase de hechos.

Finalmente, el Informe OCDE realizado a España en diciembre 2012⁸⁷ insta a nuestro Gobierno a reforzar la legislación penal al respecto sugiriendo simplificarla para facilitar la investigación y endurecer las penas por soborno a funcionarios en el extranjero sin diferenciar si el funcionario implicado es ciudadano de la UE o no, e incluyendo la confiscación de bienes de las personas jurídicas.

Como se adelantaba, con mayor o menor acierto la LO 1/2015 ha pretendido cumplir con los compromisos adquiridos y obedecer las concretas recomendaciones⁸⁸ de este último informe, que serán objeto de análisis en las siguientes páginas.

b. CONDUCTAS TÍPICAS

En el art. 286 ter se distinguen tres formas típicas de cohecho activo, castigando a quienes corrompan a agentes públicos extranjeros, a quienes intenten corromperlos y a quienes atiendan las solicitudes de soborno de tales funcionarios. Es decir, del mismo modo que en el cohecho en el ámbito interno, el cohecho activo que describe este precepto puede cometerse por iniciativa del particular, o bien a instancia del propio funcionario.

⁸⁷ En el citado Informe se afirma, entre otras cuestiones, 1. Que España no se toma en serio la corrupción y los sobornos en las contrataciones internacionales. 2. Insta al Gobierno español a «perseguir con fuerza» los sobornos y a presentar antes de fin de año un informe sobre la lucha contra el fraude en el comercio internacional. 3. Todos los expedientes abiertos —desde que el Ejecutivo firmó el convenio internacional anti soborno hace 13 años— contra empresas o personas por presunto delito de soborno en el comercio internacional han sido cerrados sin procedimientos. Y ello «pese a que había 16 personas sospechosas». La OCDE cita supuestos casos contra empresas españolas en Costa Rica, Libia, Angola, Marruecos, Letonia, por exportaciones de material militar o por violación del programa de la ONU con Irak, bajo el régimen de Sadam Husein, que cambiaba petróleo por alimentos. 4. El informe de la OCDE reprocha también a España no haber investigado presuntos sobornos de funcionarios panameños en febrero de 2010 por parte de una empresa española y alude también a una demanda de extradición por parte del Ejecutivo de El Salvador de un ciudadano español reclamado por soborno, de la que tampoco fue puesto en conocimiento de la Fiscalía Especial para la Represión de Delitos Relacionados con la Corrupción (APCO). Los expertos de la OCDE citan, sin especificar nombres ni dar detalles, a otras tres sociedades españolas que habrían «pagado» sumas concretas a funcionarios extranjeros para obtener contratos comerciales. 5. Obliga a España a aclarar que la introducción de controles de debida diligencia por una empresa no puede ser utilizado para eludir la responsabilidad de las empresas.

⁸⁸ La cuarta ronda de evaluación comenzará en 2016. <http://www.mjjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/es/areas-tematicas/area-internacional/participacion-ministerio/ocde-lucha-contra-corrupcion>

Estas tres modalidades parecen corresponderse con las previstas en el art. 1.1 del Convenio de la OCDE —en el que se contempla la promesa, la oferta y la entrega de sobornos—. Sin embargo, resulta paradójico que esta terminología «corromper o intentar corromper» se haya eliminado desde la LO 5/2010 para el cohecho interno y no se haya modificado para el cohecho transnacional ni siquiera después de 2015. No obstante, el resultado es el mismo que el previsto para el cohecho interno: equiparar a efectos de pena al que corrompe y a quien tan sólo lo intenta. Desde este punto de vista, esta previsión en el cohecho transnacional resulta innecesaria toda vez que también se especifica equiparándose en el tipo a efectos punitivos el ofrecimiento y la promesa con la concesión (en el cohecho activo interno se equipara la corrupción y el intento de la misma a través de los términos «ofrecimiento» y «entrega»).

Si en el ámbito de los delitos contra la Administración pública, este adelantamiento de la barrera de protección está justificado no sólo por la gravedad de la conducta sino también sustentado en consideraciones de orden político-criminal orientadas a romper la comunidad de intereses existente entre corruptor y corrompido⁸⁹, en el ámbito de la corrupción transnacional esta equiparación es más difícil de sostener si atendemos al bien jurídico fundamentalmente protegido, la competencia internacional en la medida en que el intento de corrupción está muy alejado de la lesión de este bien jurídico⁹⁰.

A mi modo de ver, esta equiparación está sin embargo justificada por varios motivos:

En primer lugar, porque, como venimos manteniendo, de manera indirecta se protege también la función pública, máxime después de la reforma de 2015 en que se amplía el concepto de funcionario público a estos efectos a los funcionarios españoles lo que provoca, como desarrollaré, que a éstos se les pueda castigar en determinados supuestos ex artículo 424 CP, y este precepto, como es sabido, equipara el intento a la efectiva corrupción, luego por coherencia tiene que adelantarse también la barrera punitiva en el ámbito internacional.

En segundo lugar, es el modo de cumplir con el art. 1.1 del Convenio, que —recordemos— contempla la oferta y la entrega de sobornos.

⁸⁹ FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: *La corrupción...*, op. cit., p. 91.

⁹⁰ BENITO SÁNCHEZ, D.: *El delito de corrupción*, op. cit., p. 227.

En tercer lugar, ello resulta congruente con la articulación de estas mismas conductas en el precepto precedente, el delito de corrupción de particulares, si bien, en este último caso a efectos punitivos es posible distinguir ambos estadios por la previsión del tipo atenuado en el art. 286 bis 3. Por el contrario, en el supuesto de la corrupción transnacional este marco de modulación es mucho más estrecho al no contemplar un equivalente tipo atenuado, aunque en todo caso, dentro de los marcos que prevé el tipo, podrá atenderse a esta diferencia en el *iter criminis* aplicando la pena mínima del grado contemplado (3 años de prisión y multa de 12 meses).

Finalmente, dada la dificultad de persecución de estas conductas es un requisito que puede contribuir al esclarecimiento del delito.

C. EL OBJETO MATERIAL DE LA ACCIÓN

Consiste en «el ofrecimiento, promesa, o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase», que son los objetos con los que el particular compra la voluntad del funcionario. Con ello, nuestra norma se ajusta una vez más a lo previsto en el art. 1.1 del Convenio de la OCDE en el que se define el objeto material del delito como «cualquier beneficio indebido, pecuniario o de otra clase». Por tanto, se especifica expresamente que pueden o no tener contenido patrimonial.

Tradicionalmente, como es sabido, la doctrina mayoritaria había entendido que en la regulación del cohecho quedaban excluidos los beneficios no patrimoniales, entre otras razones, porque en varios de los tipos penales se preveía como pena única la multa cuya cuantía debía determinarse en función precisamente del valor de la dádiva, y podría quedar vacía de contenido si esta no pudiera cuantificarse. Sin embargo, como se ha anunciado *supra*, la reforma de 2010 sobre el cohecho interno especifica que la retribución puede ser de cualquier clase, de forma coherente con el supuesto que nos ocupa. Para ello, en el cohecho interno también se ha modificado por la LO 5/2010 la clase de pena pecuniaria que ahora ya no está vinculada a la cuantía de la dádiva, sino que se construye conforme al sistema de días-multa. Hay que tener presente al respecto que la letra del Convenio es clara («pecuniario o de otra clase»), por lo que debe compartirse (por interpretación literal tras la reforma) que los beneficios de carácter no patrimonial (favores de naturaleza sexual, promesas de condecoraciones, etc.) deben también quedar incluidos, por su idoneidad, para corromper al funcionario público, nacional o extranjero, y atacar los bienes jurídicos protegidos. En todo caso, deben superar los usos

sociales, que en el ámbito internacional lo habitual es que sobrepasen el umbral del valor de los regalos realizados en el cohecho tradicional⁹¹.

d. EL OBJETO DEL ACUERDO

El objeto del acuerdo debe tener como finalidad *conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales*. Se trata, por tanto, de un delito de tendencia interna trascendente. Adviértase que la redacción del precepto conforme a la LO 1/2015 ha suprimido el adjetivo *irregular*. Antes de la mencionada reforma, el ámbito de operatividad del precepto quedaba limitado a los supuestos de cohecho propio, esto es, cuando el funcionario público realizara en estas condiciones una conducta constitutiva de un acto contrario al cargo o bien se abstuviera de realizar un acto que debiera practicar en el ejercicio de su cargo (esto es, el equivalente al art. 419 CP). Si el funcionario fuese nacional podrá imponérsele además el delito de prevaricación por realizar el acto contrario a los deberes del cargo.

Con esta supresión, parece que el Legislador ha querido ampliar el ámbito del soborno a los casos en los que el funcionario solicita o acepta el soborno para realizar un acto propio del cargo, el equivalente al art. 420 CP. En consecuencia, siguen manteniéndose fuera del precepto los pagos realizados en consideración al cargo (art. 422) o como recompensa del acto ya realizado (art. 421). En suma, quedarían excluidos todos aquellos sobornos que no condicionan la voluntad del funcionario. Con esta eliminación del término, sin embargo, parece que el Legislador español fuera más allá de los dictados del art. 1.1 del Convenio OCDE pues reza «contrato u otro beneficio irregular» dando la impresión que con este adjetivo quiere penalizar sólo la corrupción propia, esto es, aquella en que la decisión del funcionario es contraria a Derecho. No obstante, como indica CUGAT MAURI⁹², teniendo en cuenta el fin de protección de la norma y tal como explican los *Commentaires relatifs a la convention sur la lutte contre la corruption d'agents publics étrangers dans les transactions commerciales internationales, adoptés par la Conférence de négociations le 21 novembre 1997*, al Convenio OCDE, también debe incriminarse el cohecho activo

⁹¹ FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: *La corrupción...*, op. cit., p. 97. BENITO SÁNCHEZ, D.: *El delito de corrupción...*, p. 233.

⁹² «La corrupción...», op. cit., p. 341. En el mismo sentido, BENITO SÁNCHEZ, D.: *El delito...*, op. cit., p. 266.

impropio en el ámbito internacional puesto que la imparcialidad también se ve afectada cuando se realiza este cohecho como contraprestación a la adjudicación del contrato aunque la oferta de la empresa que soborna fuera la mejor de las que concurrieron. En mi opinión⁹³, pese a ello, también esta última modalidad debería quedar fuera del ámbito típico, porque aunque este soborno condiciona la voluntad del funcionario, en la medida en que la adjudicación del contrato es un acto propio del cargo no debería ser relevante a los efectos del art. 286 ter, dado que no condiciona la integridad de las normas de competencia que rigen las relaciones comerciales internacionales porque en todo caso la oferta era la más ventajosa⁹⁴. Además, resulta incoherente con el ámbito típico previsto en el art. 286 bis que, recordemos, queda limitado al cohecho propio.

Por último, la actuación o abstención del funcionario tiene que guardar relación con el ejercicio de su función pública, lo que en mi opinión, debe interpretarse en el mismo sentido utilizado habitualmente por la Jurisprudencia en el cohecho interno al analizar la competencia del funcionario; es decir, debe tratarse de un acto que guarde relación o conexión con las actividades públicas que desempeña el funcionario (competencia genérica), aunque no sea un acto que le corresponda ejecutar en el uso de sus específicas atribuciones (competencia estricta).

e. LOS SUJETOS DE LA RELACIÓN CORRUPTA

1.º El sujeto activo del cohecho activo y el funcionario nacional o extranjero

Pese a la bondad de la técnica de tipificación de estas conductas, no siempre resulta fácil el encaje en la normativa nacional de disposiciones internacionales, pues la incorporación de un nuevo tipo de origen internacional puede romper la coherencia interna propia del sis-

⁹³ De otra opinión, BENITO SÁNCHEZ, D., «Análisis de las novedades...» *op. cit.*, p. 225, quien considera acertada la supresión «irregular» pues además de cumplir con la intención del Convenio OCDE, permite ampliar «el ámbito de lo punible a supuestos que no van directamente orientados a conseguir un negocio pero que pueden favorecerlo, como la reducción de tasas aduaneras u otro tipo de impuestos, o incluso la modificación de una legislación».

⁹⁴ Antes de la reforma de 2015, CUGAT MAURI, M.: «La corrupción...», *op. cit.*, pp. 340-341, consideraba que también quedaba recogido el cohecho activo impropio en el plano internacional a pesar de figurar el término *irregular*, pues tal irregularidad en su opinión podía derivar del propio hecho de que el acto no se hubiese conseguido en ausencia de contraprestación.

tema de incriminación, en este caso, del delito de cohecho. De hecho, como en versiones anteriores, el tipo se ocupa exclusivamente del corruptor. Nos hallamos, en la terminología tradicional, ante un supuesto de cohecho activo o de particular.

El sujeto activo de este cohecho activo puede ser cualquiera. Se trata, por tanto, de un delito común. No obstante, resulta inimaginable encontrar casos de adjudicación de contratos internacionales mediante el soborno a funcionarios para conseguir una posición dominante respecto de la competencia en los que sea la persona física quien lo ofrezca sin actuar en nombre de una empresa⁹⁵.

La conducta del funcionario público, nacional o extranjero o de organizaciones internacionales, que solicita o acepta las dádivas o promesas ofrecidas por particulares para actuar o abstenerse de ello y de ese modo conceder o prorrogar un contrato o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales no se castiga por este tipo penal, a pesar de que sobre él debe pesar una especial obligación legal en punto a garantizar el correcto funcionamiento de la actividad económica internacional y a pesar del incumplimiento de los compromisos internacionales asumidos en este ámbito⁹⁶.

Sin embargo, con respecto al funcionario extranjero esta decisión del Legislador parece la más realista, si se tiene en cuenta que la conducta suele desarrollarse fuera de las propias fronteras, siendo prácticamente inimaginable que el Estado al que pertenezca el agente acceda a su extradición⁹⁷. Además, en la medida en que este funcionario extranjero actúa en el ejercicio de su cargo, su decisión afectará al Estado al que pertenezca, siéndole por ello aplicable la normativa interna sobre el cohecho. En consecuencia, la corrupción pasiva aun en este ámbito tiene una dimensión interna⁹⁸ en la medida en que es el Estado propio de este funcionario el competente para juzgarlo. Ello es lógico pues lo contrario implicaría una injerencia en los asuntos internos de otro Estado⁹⁹.

No obstante, como ya se ha adelantado, el escenario ha cambiado. Tras la LO 1/2015, el propio art. 286 ter CP (probablemente como consecuencia del cumplimiento de la Recomendación de 2012, anterior-

⁹⁵ *Memento penal...*, op. cit., marginal 12109. FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: *La corrupción...*, op. cit., pp. 82-83.

⁹⁶ FARALDO CABANA, P.: «¿Se adecua el Derecho penal español al Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales? Avance de resultados de la evaluación en fase 3», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º 2148, 2012, p. 16.

⁹⁷ FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: *La corrupción...*, op. cit., p. 88.

⁹⁸ FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: *La corrupción...*, op. cit., p. 89.

⁹⁹ *Ibidem*, pp. 89 y 100.

mente mencionada) proporciona un concepto penal de funcionario que engloba al funcionario nacional y al extranjero por la remisión que efectúa este precepto a los arts. 24 y 427 CP, teniendo en cuenta, a su vez, que el art. 427 CP redactado conforme a la LO 1/2015¹⁰⁰ equipara a los efectos de los delitos de cohecho a los funcionarios públicos de ámbito nacional con todos los funcionarios extranjeros —recordemos que antes de la mentada reforma sólo estaban equiparados a los funcionarios españoles los de la Unión Europea y los funcionarios de otro Estado miembro de la Unión—¹⁰¹.

Esta equiparación a efectos penales del funcionario nacional y extranjero ha generado una disfunción en la medida en que ahora es posible castigar el cohecho previsto en el art. 286 ter igualmente por algunas de las figuras tradicionales del cohecho, convirtiéndose en ley especial, lo que cuestiona en parte la operatividad del tipo de corrupción internacional.

Distingamos, a este respecto, el cohecho pasivo del activo.

¹⁰⁰ En efecto, el art. 427 CP actual contiene una definición de lo que debe entenderse por funcionario público extranjero:

«a) Cualquier persona que ostente un cargo o empleo legislativo, administrativo o judicial de un país de la Unión Europea o de cualquier otro país extranjero, tanto por nombramiento como por elección.

b) Cualquier persona que ejerza una función pública para un país de la Unión Europea o cualquier otro país extranjero, incluido un organismo público o una empresa pública, para la Unión Europea o para otra organización internacional pública.

c) Cualquier funcionario o agente de la Unión Europea o de una organización internacional pública».

¹⁰¹ Así, el art. 427 CP redactado conforme a la LO 5/2010 equiparaba a efectos penales el funcionario nacional al funcionario de la UE, proporcionando a continuación una definición de *funcionario de la Unión Europea* que incluía al *funcionario comunitario*, conforme al artículo 1 del Convenio, y al *funcionario extranjero al servicio de otro país miembro de la UE* con la finalidad de acoger conductas de corrupción que no estaban suficientemente contempladas hasta el momento, y dar cumplimiento así a los compromisos internacionales asumidos, en concreto al Convenio Penal sobre la corrupción del Consejo de Europa de 27 de enero de 1999 y al Convenio establecido sobre la base de la letra c) del apartado 2 del artículo k.3 del Tratado de la Unión Europea, relativo a la lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados miembros de la Unión Europea (CUE) Diario Oficial de la Unión Europea N.º C. 195, de 25/06/1997 (en vigor desde el 28 de septiembre de 2005). Se ofrecía así una definición de funcionario de la Unión Europea, que abarcaba distintas categorías para asegurar una aplicación lo más amplia y homogénea posible de las disposiciones materiales del Convenio (punto 1.1). Lo fundamental es que se trabajara para la UE. Ampliamente ROCA AGAPITO, L.: «La influencia de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción pública», en *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea* (FJ Álvarez —Dir.—), Valencia: Tirant lo Blanch, 2009, pp. 776-785.

Por lo que se refiere al cohecho activo en contrataciones internacionales, constituye ley especial con respecto al art. 424.3 en relación con las conductas de los arts. 419 y 420. Por tanto, en estos casos, se aplica el art. 286 ter por principio de especialidad (que además tiene mayor pena, como veremos en el epígrafe siguiente), aunque el funcionario corrompido sea español. Deja, en definitiva, vacío de contenido el art. 424 en relación con los arts. 419 y el 420 en este ámbito de las contrataciones internacionales.

Por otro lado, si el particular ofrece o entrega dádiva en consideración al cargo o función del funcionario en una contratación internacional, aunque no pueda subsumirse su conducta en el tipo del art. 286 ter, se le aplicará en todo caso el 424.3 CP (previsto para cualquier procedimiento de contratación, nacional o internacional), tanto si el funcionario corrompido es español como extranjero, por la equiparación entre ambos tipos de funcionarios prevista en el art. 427 CP.

Por el contrario, el cohecho activo subsiguiente o de recompensa incomprensiblemente no se encuentra previsto ni en el art. 286 ter, como hemos visto, ni tampoco en el art. 424 (conducta del particular que remite a los cohechos pasivos de los arts. 419, 420 y 422 —no del 421). Esta omisión parece deberse a un olvido del Legislador de 2010 (que configuró de nuevo todas las figuras de cohecho) que no se ha subsanado en 2015. No obstante, el particular que ofrece una dádiva como recompensa de la conducta realizada por el funcionario, será constitutiva de inducción del cohecho del funcionario si éste acepta el ofrecimiento o la promesa.

En cuanto a la perseguibilidad de estas conductas, el cohecho activo en contrataciones internacionales (art. 286 bis) será más fácilmente perseguible por aplicación del principio de justicia universal recogido en el art. 23.4 n) LOPJ donde se incluye este delito (modificación efectuada por LO 1/2014, 13-3), añadiéndose la exigencia de que, para que los tribunales españoles puedan perseguirlo¹⁰², el procedimiento ha de dirigirse contra un español, o contra un extranjero que resida habitualmente en España, o en relación con personas jurídicas con sede o domicilio social en España y en este caso además no puede castigarse al funcionario. No obstante, conviene recordar que también el resto de los cohechos activos en los que interviene un funcionario extranjero pueden ser perseguidos por el principio de competencia territorial y el de ubicuidad si los fondos del soborno proceden de una empresa que reside en España¹⁰³.

¹⁰² Cfr., PUENTE ABA, L.M.: «Corrupción...», *op. cit.*, p. 928.

¹⁰³ Cfr., GARCÍA ALBERO, R.: «Corrupción en los negocios...», *op. cit.*, p. 575.

En relación con la actuación del funcionario público que comete cohecho pasivo en una contratación internacional, si bien no puede ser inculpada su conducta por el art. 286 ter, es preciso distinguir si es español o extranjero. El funcionario español podrá ser inculpada en virtud de los cohechos pasivos de ámbito nacional previstos en los artículos 419, 420, 421 y 422. Esto genera, a su vez, otra disfunción: el funcionario español que comete cohecho pasivo en transacciones comerciales internacionales será castigado con menor pena (arts. 419 y ss.) que el particular que realiza el cohecho activo en el mismo ámbito (art. 286 ter).

Además de esta posibilidad de inculpada del cohecho pasivo a través de los arts. 419 y ss., técnicamente el funcionario público que solicita la dádiva es inductor al delito del art. 286 ter si el particular procede a la entrega o realiza una promesa u ofrecimiento de entrega.

Si es el funcionario extranjero el que realiza el cohecho pasivo en contrataciones internacionales su conducta, subsumida en los arts. 419 y ss., puede ser perseguida si comete el cohecho en territorio español, por ejemplo, porque solicite o acepte la dádiva en nuestro país (principio de territorialidad: art. 23.1 LOPJ).

Si, por el contrario, el funcionario extranjero comete el cohecho pasivo fuera de España (que será lo habitual) no puede perseguirse porque aunque esté previsto el principio de justicia universal para los delitos de corrupción en transacciones comerciales internacionales conforme al art. 23.4 n) LOPJ —con las restricciones señaladas en el precepto— recordemos que este cohecho es atípico conforme al art. 286 ter.

En consecuencia, para perseguir la conducta de cohecho del funcionario extranjero que actúa fuera de España sólo cabe acudir a los mecanismos de cooperación internacional¹⁰⁴ como la extradición (es altamente improbable que se conceda) o la Orden Europea de detención y entrega¹⁰⁵ (Ley 23/2014, de 20 de noviembre, arts., 34 a 62).

Por ello creo conveniente¹⁰⁶ tipificar la corrupción pasiva en el marco de las transacciones comerciales internacionales limitándose de nuevo el tipo penal a los funcionarios extranjeros o de organizaciones internacionales tal como se regulaba antes de la reforma de 2015.

¹⁰⁴ Ampliamente, FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: *La corrupción...*, op. cit., pp. 153-154.

¹⁰⁵ *Memento*, marginal 12128.

¹⁰⁶ CUGAT MAURI, M.: «La corrupción en las transacciones...», op. cit., pp. 345-346. BENITO SÁNCHEZ, D.: *El delito...*, op. cit., p. 314. FARALDO CABANA.: P.: «¿Se adecua...?», op. cit., p. 16; FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: *La corrupción...*, op. cit., pp. 99-100. PUENTE ABA, L.M.: «Corrupción...», op. cit., p. 928. MARTÍNEZ-BUJÁN, C.: *Derecho penal...*, 5.ª ed., op. cit., p. 398.

En resumen, sólo se subsumen en el tipo del art. 286 ter las conductas de cohecho activo grave (en relación con los arts. 419 y 420 CP) realizadas en el ámbito de las contrataciones internacionales y siempre que conlleven conforme al art. 286 ter igual o mayor pena que las previstas en las figuras tradicionales de cohecho. Luego, la única razón de ser del art. 286 ter parece ser¹⁰⁷ la intención del Legislador de castigar más gravemente estas conductas de corrupción activa graves cuando se realizan en el ámbito de las actividades económicas internacionales.

No obstante, insisto, en la medida en que el tipo que analizamos es ley especial, cuando ésta no pueda aplicarse entrarán en juego las figuras tradicionales de cohecho (tanto activo como pasivo) en tanto normas de aplicación general, con la práctica imposibilidad de persecución, como hemos visto, del cohecho pasivo del funcionario extranjero.

2.º El intermediario

Cumpliendo con lo exigido en el art. 1.1 del Convenio, el art. 286 ter también castiga los casos en los que el particular se vale de personas interpuestas para sobornar al funcionario. Sin embargo, en nuestro derecho la figura del intermediario ha estado vinculada al cohecho pasivo, no al activo (art. 419 *versus* 424, por ejemplo).

No obstante, el contexto sobre el que se estructura este precepto es muy distinto, y al mismo tiempo parecido a las conductas que se subsumen en el tipo de corrupción entre particulares (recordemos que en este tipo también se incluye la expresión «por sí o por persona interpuesta» tanto en el cohecho activo como en el pasivo). Como afirma Fabián Caparrós¹⁰⁸, «en el ámbito de los negocios internacionales, que los actos de corrupción se verifiquen gracias a la ayuda de intermediarios constituye un síntoma del grado de desarrollo del fenómeno. La existencia de profesionales que, bajo el disfraz de la mediación comercial, facilitan el contacto entre los particulares —que sobornan— y los agentes públicos —que deciden— constituye una buena muestra del nivel que puede llegar a alcanzar este mercado ilícito». Resulta, en definitiva, una técnica imprescindible dada la sofisticación de este tipo de negocios para cuyo éxito la persona cercana al funcionario y al mismo tiempo conocedora del proceso local de adjudicación es una pieza clave del sistema.

¹⁰⁷ MUÑOZ CONDE, F.: *Derecho penal...*, *op. cit.*, p. 433.

¹⁰⁸ FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: *La corrupción...*, *op. cit.*, p. 93. También, BENITO SÁNCHEZ, D.: *El delito...*, *op. cit.*, pp. 241-242.

En efecto, en este contexto, de no incluir esta previsión, al igual que se ha mantenido en relación con la corrupción entre particulares, podría dar lugar a la impunidad del que sería un inductor de una conducta de soborno que, realizada por alguien extranjero y actuando además en el extranjero, no puede inculparse en España por carecer de jurisdicción.

Ante tal situación, el art. 286 ter opta al igual que el art. 286 bis por elevar a la categoría de autor a quien no es más que un partícipe en el hecho delictivo, colmando la laguna de punibilidad derivada de la aplicación del principio de accesoriedad de la participación¹⁰⁹. En consecuencia, en los casos en los que la persona interpuesta sea la que prometa conceda o atienda la solicitud del funcionario, estaremos ante un supuesto de coautoría siempre que se cumplan los requisitos de procedibilidad anteriormente mencionados y siempre que se pruebe el dolo del intermediario (para ello cabría aplicar a estos casos la doctrina de la ignorancia deliberada). Más difícil es imaginar situaciones en las que el intermediario actúe sin dolo en cuyo caso estaríamos ante un supuesto de autoría mediata¹¹⁰ por parte del que realiza el cohecho activo en el que utiliza al intermediario como instrumento de la conducta delictiva.

f. PENALIDAD Y PROBLEMAS CONCURSALES

La penalidad que corresponde al particular ha ido cambiando en las sucesivas reformas. Antes de la LO 5/2010 se efectuaba expresamente una remisión al art. 423 del CP «en sus respectivos casos», por lo que la sanción era diferente según lo que se solicitara al funcionario público extranjero. Este sistema de determinación de la pena podía reputarse respetuoso con el principio de proporcionalidad, al desgranar una variedad de supuestos con diferentes penalidades. No obstante, la OCDE entendió que las sanciones que se contenían en el Código Penal para los delitos de cohecho no eran proporcionadas si se tomaba como referencia los delitos económicos graves entre los que podían destacarse las estafas y las apropiaciones indebidas. Y en todo caso, nuestro ordenamiento incumplía la obligación establecida en el art. 3.1 *in fine* del Convenio, según el cual ha de imponerse en todo caso, «la privación de libertad en el grado suficiente para permitir una asistencia judicial mutua efectiva y la extradición».

¹⁰⁹ FABIÁN CAPARRÓS, E.A.: *La corrupción...*, *op. cit.*, p. 94.

¹¹⁰ CUGAT MAURI, M.: «La corrupción...», *op. cit.*, p. 339.

A este respecto, el art. 2 de la Ley de Extradición Pasiva 4/1985, de 21 de marzo, exige, para conceder la extradición, que el delito tenga señalada una pena privativa de libertad superior a un año, por lo que antes de la Reforma de 2010 debía admitirse (puesto que las penas se remitían al antiguo art. 423 CP) que había delitos de corrupción de agente público extranjero (en concreto, los antiguos artículos 421, 425.1 y 426 CP), donde las sanciones que se preveían no alcanzaban esa duración y, en consecuencia, existía un incumplimiento del Convenio. En cualquier caso, el problema se circunscribía a los países que no pertenecen a la Unión Europea, ya que en el ámbito comunitario, se adoptó por el Consejo de Ministros de Justicia e Interior la Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio, relativa a la Orden de Detención Europea y a los Procedimientos de Entrega entre los Estados miembros, que fue transpuesta a nuestro ordenamiento interno mediante Ley 3/2003, de 14 de marzo (ahora reformada por Ley 23/2014, de 20 de noviembre), y en la que no figura la citada limitación¹¹¹.

Además de ello, antes de la Reforma de 2010 se fijaba el *quantum* de la pena de multa en función de la dádiva ofrecida lo que parecía hacer depender aquél de la mayor o menor facilidad para corromper al funcionario, cuando lo importante, además de preservar la imparcialidad del funcionario, es atender al beneficio obtenido o perseguido con el soborno¹¹². Si se hubiera mantenido esta previsión de la multa proporcional en función de su capacidad para corromper al funcionario, tras la LO 1/2015 hubiera resultado de todo punto incoherente, si tenemos en cuenta que el tipo penal se ha trasladado actualmente al Título relativo a los delitos contra el orden socioeconómico.

La LO 5/2010 subsanó ambos obstáculos pues la pena contemplada para este delito se determinó en prisión de dos a seis años y multa de doce a veinticuatro meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa sería del tanto al duplo del montante de dicho beneficio. En consecuencia, resultó plausible que la reforma adaptara las penas para permitir la extradición y, por otro lado, ajustara la multa a ese beneficio obtenido o pretendido.

La LO 5/2010 incluyó además de las penas señaladas, la imposición al responsable de la prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la

¹¹¹ ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R.: «La corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales», en *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º extraordinario, 2015, año 60, 2006, p. 215.

¹¹² ALCALÁ PÉREZ-FLORES, R.: «La corrupción de agentes...», *op. cit.*, p. 216.

Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de siete a doce años. Se trató de una previsión coherente con la establecida en el cohecho activo de ámbito interno cuando el soborno se realiza en el ámbito de un procedimiento de contratación (art. 424.3 CP).

Finalmente, la LO 1/2015, como señala su Exposición de Motivos, modifica el marco penal de este tipo, y se solucionan las dificultades que pudiera plantear la concurrencia de esta norma con las que regulan el cohecho en el Código Penal. Con esta finalidad, se precisa que la norma solamente dejará de ser aplicada cuando los hechos puedan ser castigados con una pena más grave en otro precepto del Código, si bien se dispone que, en todo caso, se impondrá la pena de prohibición de contratar con el sector público y de recibir subvenciones o ayudas públicas, beneficios o incentivos fiscales, o de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública.

Como se adelantaba anteriormente, esta regla concursal de alternatividad tiene como única finalidad castigar más gravemente la corrupción activa cuando se realiza en el marco de una contratación internacional. Si comparamos las penas con las del cohecho de ámbito interno, comprobamos que la regla de alternatividad resulta superflua pues la pena prevista en el art. 286 bis es la misma que la del cohecho más grave (424.3 en relación con el 419) con la salvedad de las penas accesorias de prohibición de contratar con el sector público, de obtención de subvenciones y ayudas públicas..., cuyo período es de 7 a 12 años en el caso de la contratación internacional y de 5 a 10 en el caso de la nacional. Asimismo, el precepto que analizamos prevé la salvedad de imponer la pena de multa proporcional del tanto al triplo del beneficio obtenido si éste fuera superior a la cantidad resultante de la multa contemplada (12 a 24 meses). No debe olvidarse, además, que el art. 286 quáter prevé agravaciones específicas cuando los hechos revisieren especial gravedad, y, asimismo, en el art. 288 está contemplada la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Decimos así que se trata de una regla superflua porque en todo caso resulta de aplicación el precepto que estudiamos por principio de especialidad.

Se trata, pues¹¹³ de una extraña técnica de la que se está abusando en las últimas reformas penales consistente en acudir al principio de alternatividad como primera opción para solucionar el concurso de leyes alternado así el orden de las reglas del art. 8 CP lo cual no resulta técnicamente correcto, pues la alternatividad está concebida como cláusula

¹¹³ Cfr., PUENTE ABA, L.M.: «Corrupción...», op cit., p. 926.

de cierre. Se trata de una fórmula defensiva para solucionar la eventual concurrencia normativa que cada vez se da con mayor frecuencia dada la hemorragia de reformas efectuadas rápidamente y sin reflexión, de la que deriva una proliferación de duplicidades de tipicidades a lo largo del Código Penal.

La regulación se completa con la inclusión de un tipo agravado aplicable a los casos de especial trascendencia¹¹⁴ y, por otro lado, con las penas establecidas cuando la persona jurídica fuera responsable por este delito¹¹⁵, que conforme a la remisión que efectúa el precepto al art. 33.7 del CP, abarcan desde la suspensión de sus actividades hasta la auténtica «pena de muerte» empresarial: la disolución de la persona jurídica. Esta previsión que sigue las directrices de las líneas político criminales de la Unión Europea¹¹⁶, resulta adecuada a la natu-

¹¹⁴ «Si los hechos a que se refieren los artículos de esta Sección resultaran de especial gravedad, se impondrá la pena en su mitad superior, pudiéndose llegar hasta la superior en grado.

Los hechos se considerarán, en todo caso, de especial gravedad cuando:

- a) el beneficio o ventaja tenga un valor especialmente elevado,
- b) la acción del autor no sea meramente ocasional,
- c) se trate de hechos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal, o
- d) el objeto del negocio versara sobre bienes o servicios humanitarios o cualesquiera otros de primera necesidad».

¹¹⁵ «Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis de este Código una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas (...):

En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284 y 286 bis al 286 quáter:

- a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.

- b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

2.º Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33»

¹¹⁶ El art. 2 del Convenio determina la necesidad de que el derecho interno incorpore una responsabilidad aunque no necesariamente de carácter penal, para las personas jurídicas, con el establecimiento de sanciones adecuadas, entre las que se incluyan las pecuniarias («cada parte tomará las medidas que sean necesarias de conformidad con sus principios jurídicos para establecer la responsabilidad de las personas jurídicas por la corrupción de un agente público extranjero»). Igualmente, téngase en cuenta a este respecto el art. 3 del Segundo Protocolo establecido sobre la base del artículo K.3 del Tratado de la Unión Europea, del Convenio relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, hecho en Bruselas el 10 de junio de 1997 (DO C 221 de 19.7.1997), que prevé la responsabilidad de las personas jurídicas.

raleza económica de este delito que, generalmente será cometido por personas jurídicas.

Junto a las penas de prisión y de multa, el art. 3.3 del Convenio de la OCDE determina que «deberán quedar sujetos a embargo y confiscación» las dádivas o presentes constitutivos del soborno, así como los beneficios económicos derivados del mismo. Antes de la Reforma de 2015 nuestro Ordenamiento, a través del art. 127 CP¹¹⁷, cumplía el propósito del Convenio, al prever con carácter general el decomiso de las ganancias provenientes del delito. El legislador penal de 2015 añade además de forma expresa ex art. 127 bis¹¹⁸, el comiso ampliado en relación con este tipo de conductas¹¹⁹. Esta figura ya fue introducida en nuestro Derecho por la Ley Orgánica 5/2010 para los delitos de terrorismo y los cometidos por grupos u organizaciones criminales, y ahora se extiende a otros supuestos en los que es frecuente que se produzca una actividad delictiva sostenida en el tiempo de la que pueden derivar importantes beneficios económicos.

g. REFUERZO DE LOS MECANISMOS DE PREVENCIÓN

La globalización de la estrategia anticorrupción exige complementar la anterior previsión con el refuerzo de los mecanismos de prevención de la corrupción en las empresas, por ej., haciendo hincapié en la detección de las falsedades en la información contable (para sancionar la famosa caja B con la que se pagan los sobornos): probar las falsedades contables resulta más fácil que delimitar los distintos elementos del delito de cohecho. Toda esta estrategia deviene inútil si no se cuenta con la colaboración de las grandes empresas multinacionales. Para ello,

¹¹⁷ En efecto, en el art. 127 CP, que hoy subsiste con distinto contenido, aunque a los efectos que nos interesa la previsión no cambia, se hace referencia al comiso no de la dádiva sino de la ganancia, al expresarse que se ordenará el decomiso de los bienes, medios o instrumentos y ganancias del delito.

¹¹⁸ «1. El juez o tribunal ordenará también el decomiso de los bienes, efectos y ganancias pertenecientes a una persona condenada por alguno de los siguientes delitos cuando resuelva, a partir de indicios objetivos fundados, que los bienes o efectos provienen de una actividad delictiva, y no se acredite su origen lícito (...): g) Delitos de corrupción en los negocios».

¹¹⁹ Al mismo tiempo, la mentada reforma de 2015 deja sin contenido el art. 431 CP que hacía referencia a que caían en decomiso las dádivas, presentes o regalos en los supuestos de cohecho. Se dudaba si este precepto era aplicable también al delito de corrupción en transacciones comerciales internacionales. Obviamente, ya no tiene sentido la discusión doctrinal al haberse derogado el mencionado precepto, además de resultar superfluo entonces debido a la previsión general del art. 127, hoy complementada, como decimos, con el comiso ampliado aplicable al delito que nos ocupa.

como es sabido, en las últimas décadas, se están implantando los convenios anticorrupción¹²⁰ que incentivan el descubrimiento de infracciones o la colaboración con la justicia aplicando una importante rebaja de la pena que puede llegar incluso hasta su condonación. Convenios anticorrupción que descansan en el modelo fundamentado en la culpabilidad por defecto de organización, basado en el principio político criminal «palo o zanahoria»: si una empresa se organiza internamente para prevenir (a través de los programas de *compliance* que aplican los estándares de conducta empresarial, implementan los procedimientos que aseguren el cumplimiento normativo interno y externo en sentido amplio permitiendo prevenir la corrupción) y descubrir infracciones o, simplemente, colabora con la Justicia delatando al empleado que cometió una determinada infracción, le será aplicada una importante rebaja de la pena que puede llegar incluso hasta su condonación. Por el contrario, si se ha organizado mal y no dispone de mecanismo preventivo alguno y además no colabora *ex post*, la sanción se aplicará en sus cotas más altas. Sirve, por tanto, para alentar la eficiencia y limitar los sobornos, con una táctica, basada en parte en la delación, que evidentemente es discutible.

En la última reforma del CP por LO 1/2015, la anterior atenuación de la pena prevista para las empresas infractoras que, una vez descubiertas, adopten protocolos de prevención del delito dentro de la empresa, ahora se convierte en exención de responsabilidad en las condiciones previstas en el art. 31 bis 4 CP.

La globalización de la estrategia anticorrupción implica también que se asocie este fenómeno de la corrupción a la noción genérica de delincuencia organizada. En efecto, la corrupción suele contar con redes estables, con intermediarios más o menos conocidos, con una estructura organizada que hace que el mercado negro de compraventa de actuaciones públicas funcione, motivado fundamentalmente por la ausencia de víctima individual. La corrupción es, por tanto y *per se* una delincuencia económica organizada, pues pone de manifiesto continuamente la existencia de verdaderas mafias criminales con ramificaciones fuera de las fronteras con el apoyo de complejas estructuras societarias que sirven para blanquear las amplias cantidades de dinero y para colocarlas posteriormente en paraísos fiscales. En consecuencia, además de los correspondientes delitos de blanqueo y de fraude fiscal, resulta necesario impulsar la recuperación de activos (instrumentos

¹²⁰ Vid., ampliamente, NIETO MARTÍN, A.: «La corrupción en el comercio internacional...», *op. cit.*, pp. 3 y ss.

para facilitar la recuperación de fondos transferidos ilícitamente al extranjero, obligando a las instituciones financieras a un estricto control de clientes, fondos, divulgación de la información financiera, cooperación entre Estados...). Al respecto, la Disposición Final 1.ª LO 5/2010 modifica la LECrim introduciendo un nuevo art. 367 septies que prevé la creación de una Oficina¹²¹ de Recuperación de Activos dedicada a la localización, gestión y administración de todos los bienes vinculados a organizaciones criminales lo que puede facilitar la persecución de esta criminalidad.

h. EVALUACIÓN DE LA APLICACIÓN DE ESTE DELITO

No ha habido ninguna sentencia condenatoria en España sobre la materia desde que se tipificaron estas conductas en el año 2000¹²², y ello a pesar de la advertencia plasmada en el Informe OCDE de diciembre 2012¹²³, donde se afirma que España no se toma en serio la corrupción y los sobornos en las contrataciones internacionales, instando al Gobierno español a «perseguir con fuerza» los sobornos. En efecto, es un tipo que ha sufrido numerosas reformas endureciendo no sólo las penas aplicables sino ampliando el ámbito de aplicación de las conductas, excediéndose, incluso de las previsiones del Convenio, y, sin embargo, no se ha conseguido condenar a nadie en estos

¹²¹ El pasado 23 de octubre se inauguró en Madrid la citada Oficina.

¹²² Sólo consta el Auto AN 260/2014, de 17 de diciembre, que confirma la imputación de sociedad mercantil estatal por este delito, en el que se analiza el art. 31 bis 5 CP. De otro lado, con anterioridad, el Auto AN (Sala de lo Penal, Sección 4.ª), de 2 de marzo 2012, JUR\2013\9982 había determinado la procedencia de la extradición pasiva a Egipto por este delito (entre otros) al ciudadano Khaled Salem Ismail, que obtuvo la nacionalidad española por residencia, pero que cuya renuncia a la nacionalidad egipcia fue meramente formal, sin mayor arraigo en nuestro país, y que usaba documentos de identidad y pasaportes, tanto españoles como egipcios. Sin embargo, El TC en *Sentencia 205/2012, de 12 de noviembre de 2012. Recurso de amparo 3250-2012*, anuló esta resolución de la Audiencia Nacional favorable a que España extraditara a Egipto a Khaled Salem Ismail, otorgándole el amparo solicitado y, en su virtud, reconociendo su derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE). El Alto Tribunal determinó así que la apreciación del Auto de la AN sobre el mantenimiento fraudulento de la nacionalidad española del ciudadano Khaled Salem, se fundó en una argumentación incompatible con las exigencias de los derechos fundamentales a la libertad personal y a la libertad de residencia. Sobre este panorama tan desalentador en relación con determinados informes sobre la materia y la falta de casos investigados, vid., BENITO SÁNCHEZ, D.: «Notas sobre la corrupción transnacional. Sus efectos y su combate», en *Estudios sobre corrupción* —E.A. Fabián Caparrós/A.I. Pérez Cepeda (coords.)—, Salamanca: Ratio Legis, 2010, pp. 269-271.

¹²³ Cfr., supra.

15 años de existencia del tipo penal, lo que indica que nos hallamos ante otro ejemplo del Derecho penal simbólico. Si el Derecho Penal no funciona en el ámbito de la corrupción nacional, menos aún en el ámbito internacional. Tal vez pueda deberse a las dificultades de una tipicidad que encuentra difícil acomodo en el marco de un sistema todavía basado en los dogmas tradicionales, apegados al principio de soberanía, difíciles de conciliar con el contexto global que caracteriza estas conductas.

A pesar de ello, no hay que desdeñar los efectos beneficiosos del Convenio OCDE del que trae causa el precepto analizado, entre los que se destacan, además de los manifestados al principio de estas páginas, el haber servido, en primer lugar, para colocar el Derecho penal al servicio de la cooperación internacional, en segundo lugar, el haber ayudado a difuminar la rígida distinción entre corrupción pública y de particulares, tal como ahora se plasma en la LO 1/2015, y por último, el haber puesto sobre la mesa la perspectiva económica de la corrupción pública.

No obstante, a la hora de trasladar los dictados del Convenio a nuestra normativa interna, se ha comprobado que era más adecuada la tipificación anterior a la reciente reforma. En concreto, la equiparación del funcionario español y extranjero a los efectos de la recepción de este cohecho de contratación internacional, ha creado, como se ha señalado, un solapamiento entre el art. 286 ter y el art. 424.3 en relación con las conductas de cohecho previstas en los arts. 419 y 420 CP, dificultando la aplicación de estas conductas.

Parece, en fin, que la línea político criminal para frenar este tipo de corrupción ha sido contradictoria con avances teóricos simbólicos de tipificación que no han ido acompañados de una aplicación eficiente de los tipos penales, cuya solución pasa en todo caso por acompañarse de un control financiero y contable eficaz de las empresas.

IV. Bibliografía

- ALCALÁ PÉREZ-FLORES, Rafael, «La corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, n.º extraordinario, 2015, año 60, 2006, pp. 207-216.
- ANDRÉS DOMÍNGUEZ, Ana C., «El nuevo delito de corrupción entre privados (art. 286 bis CP)», *Libro Homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 339-365.

- BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, «Notas sobre la corrupción transnacional. Sus efectos y su combate», en *Estudios sobre corrupción* —E.A. Fabián Caparrós/A.I. Pérez Cepeda (coords.)—, Salamanca, Ratio Legis, 2010, pp. 237-275.
- BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, *El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales*, Madrid, Iustel, 2012.
- BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, «Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la ley orgánica 1/2015, de 30 de marzo», *Estudios de Deusto*, vol. 63/1, enero-junio, 2015, pp. 205-228.
- BENITO SÁNCHEZ, Demelsa, «La corrupción de funcionario público extranjero en transacciones comerciales internacionales. Especial referencia al papel de la *Foreign Corrupt Practices Act*», en *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Madrid, Dykinson, 2016 (en prensa).
- BLANCO CORDERO, Isidoro, «De la corrupción entre particulares», *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., (Director Manuel Gómez Tomillo), Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 1109-1115.
- BOLEA BARDON, Carolina, «El delito de corrupción privada: Bien jurídico, estructura típica e intervinientes», *Indret*, 2, 2013, pp. 1-29.
- BOLEA BARDON, Carolina, «El delito de corrupción privada: Bien jurídico y ratio legis», *Prevención y tratamiento punitivo de la corrupción en la contratación pública y privada*, Madrid, Dykinson, 2016, (en prensa).
- CARBAJO CASCÓN, Fernando, «Corrupción pública, corrupción privada y derecho privado patrimonial: una relación instrumental. Uso perverso, prevención y represión», *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, (Coordinadores: Nicolás Rodríguez García; Eduardo Fabián Caparrós), Salamanca, Ratio Legis, 2004, pp. 127-155.
- CASTRESANA FERNÁNDEZ, Carlos, «Corrupción, globalización y delincuencia organizada», *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar*, (Coordinadores: Nicolás Rodríguez García; Eduardo Fabián Caparrós), Salamanca, Ratio Legis, 2004, pp. 213-226.
- CASTRO MORENO, Abraham, *El delito societario de administración desleal (Art. 295 CP)*, Madrid, Marcial Pons, 1998.
- CASTRO MORENO, Abraham, «Capítulo 13. Corrupción entre particulares (art. 286 bis)», *Memento Experto, Francis Lefebvre. Reforma penal: LO 5/2010*, Madrid, Francis Lefebvre, 2010, pp. 291-311.
- CASTRO MORENO, Abraham, «Capítulo 22. Corrupción entre particulares», *Memento Práctico. Penal Económico y de la Empresa 2011-2012*, Madrid, Francis Lefebvre, 2011, pp. 619-633.
- CONTRERAS ALFARO, Luis H., *Corrupción y principio de oportunidad*, Salamanca, Ratio Legis, 2005.
- CUGAT MAURI, Miriam, «La corrupción en las transacciones comerciales internacionales», *AAVV Estudios de Derecho judicial*, n.º 61, 2004, pp. 325-346.

- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L./BLANCO CORDERO, Isidoro, «Los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», *Revista de Ciencias Penales*, vol. 4, 2001-2002, pp. 9-29.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, José L./BLANCO CORDERO, Isidoro, «La criminalización de la corrupción en el sector privado: ¿asignatura pendiente del Derecho penal español?», *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo (Libro Homenaje al Profesor Dr. D. José Cerezo Mir)*, Madrid, Tecnos, 2002, pp. 257-290.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, «El delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales (art. 445 del Código Penal)», *Diario La Ley*, n.º 6740, 21 de junio, 2007, pp. 1904-1914.
- DÍAZ-MAROTO Y VILLAREJO, Julio, «La corrupción en las transacciones comerciales internacionales. El art. 445 del Código penal español», *ICADE. Revista cuatrimestral de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 74, mayo-agosto, 2008, pp. 199-223.
- DICTAMEN del Consejo de Estado 1404/2009, de 29-10-2009 al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.
- FABIÁN CAPARRÓS, Eduardo A., *La corrupción de agente público extranjero e internacional*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- FARALDO CABANA, Patricia, «Hacia un delito de corrupción en el sector privado», *Estudios Penales y Criminológicos*, XXIII, Universidad de Santiago de Compostela, 2001, pp. 59-98.
- FARALDO CABANA, Patricia, Art. 295», *Comentarios al Código Penal*, 2.ª ed., (Director Manuel Gómez Tomillo), Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 1135-1142.
- FARALDO CABANA, Patricia, «¿Se adecua el Derecho penal español al Convenio de la OCDE de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales? Avance de resultados de la evaluación en fase 3», *Boletín de Información del Ministerio de Justicia*, 2148, 2012, pp. 1-20.
- FOFFANI, Luigi, «La corrupción en el sector privado: la experiencia italiana y el Derecho comparado», *Revista Penal*, n.º 12, julio, 2003, pp. 61-71.
- FOFFANI, Luigi, «La «corrupción privada». Iniciativas internacionales y perspectivas de armonización», *Fraude y corrupción en el Derecho penal económico europeo. Eurodelitos de corrupción y fraude* (Luis Arroyo Zapatero; Adán Nieto Martín —coords.—), Cuenca, Ediciones de la Universidad de Castilla-La Mancha, 2006, pp. 381-392.
- GARCÍA ALBERO, Ramón, «Corrupción en los negocios y modificación del cohecho», *Comentarios a la reforma penal de 2015* (Quintero Olivares —Dir.—), Pamplona, Thomson Reuters/Aranzadi, 2015, pp. 553-576.
- GIL NOBAJAS, Soledad, «El delito de corrupción en los negocios (art. 286 bis): análisis de la responsabilidad penal del titular de la empresa, el administrador de hecho y la persona jurídica en un modelo puro de competencia», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 35, 2015, pp. 567-624.

- GILI PASCUAL, Antoni, «Bases para la delimitación del ámbito típico en el delito de corrupción privada. (Contribución al análisis del art. 286 bis del Código Penal según el Proyecto de reforma de 2007)», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, n.º 19, 2.ª Época, enero, 2007, pp. 245-288.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José M., «Corrupción y delito de administración desleal», y «Acuerdos sociales o abusivos: ¿impugnación o querrela?», *Estudios penales*, Madrid, Colex, 2001, pp. 195-213.
- GÓMEZ BENÍTEZ, José M., *Curso de Derecho Penal de los negocios a través de casos. Reflexiones sobre el desorden legal*, Madrid, Colex, 2001.
- GÓMEZ BERMÚDEZ, Javier, «De lege ferenda», *Las últimas reformas penales II*, Cuadernos de Derecho Judicial X, CGPJ, 2006, pp. 263-285.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, Carlos, «Corrupción en el sector privado: ¿competencia desleal y/o administración desleal?», *ICADE Revista de las Facultades de Derecho y Ciencias Económicas y Empresariales*, n.º 74, mayo-agosto, 2008, pp. 225-243.
- INFORME del CGPJ al Anteproyecto de Código Penal de 14-11-2008.
- INFORME del Consejo Fiscal al Anteproyecto de CP de 14-11-2008.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 3.ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 313-317.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, «La corrupción entre particulares (art. 286 bis del CP español)», *Libro Homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 699-716.
- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, Carlos, *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte Especial*, 5.ª edición, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 380-400.
- Memento Penal*, Madrid, Francis Lefebvre, on line (El Derecho), 2015.
- MESTRE DELGADO, Esteban, «Delitos contra el patrimonio y contra el orden socioeconómico», *Delitos. La parte especial del Derecho penal* (Carmen Lamarca —coord.—), 3.ª ed. Madrid, Colex, 2015.
- MUÑOZ CONDE, Francisco, *Derecho penal. Parte especial*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.
- NAVARRO FRÍAS, Irene/MELERO BOSCH, Lourdes V., «Corrupción entre particulares y tutela del mercado», *Indret* 4, 2011, pp. 1-40.
- NIETO MARTÍN, Adán, «La corrupción en el sector privado (reflexiones desde el ordenamiento español a la luz del Derecho comparado)», *Revista Penal*, n.º 10, julio, 2002, pp. 55-69.
- NIETO MARTÍN, Adán, «La corrupción en el comercio internacional (o de cómo la americanización del Derecho penal puede tener de vez en cuando algún efecto positivo)», *Revista Penal*, n.º 12, 2003, pp. 3-26.
- OLIVA GARCÍA, Horacio, «Información privilegiada y Derecho penal», *Diario El País*, 16 de diciembre, 2002.
- OTERO GONZÁLEZ, Pilar, «La corrupción en el sector privado: el nuevo delito previsto en el artículo 286 bis 1, 2 y 3 del Código Penal», *Ley Penal: Revista de Derecho Penal, procesal y Penitenciario*, n.º 87, 2011, pp. 29-54.
- PALOMO DEL ARCO, Andrés, «De los delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», *Comentarios al Código penal*, 2.ª ed. (Director Gómez Tomillo), Valladolid, Lex Nova, 2011, pp. 1644-1650.

- PUENTE ABA, Luz M., «Corrupción en las transacciones económicas internacionales (art. 286 ter)», *Comentarios a la Reforma del CP de 2015* (José Luis González Cussac —Dir.—), Valencia, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 923-929.
- QUERALT JIMÉNEZ, Joan, «La corrupción privada. Apuntes a la novela LO 5/2010», *Libro Homenaje al Prof. Luis Rodríguez Ramos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 803-816.
- ROCA AGAPITO, Luis, «La influencia de la Unión Europea en la lucha contra la corrupción pública», *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea* (FJ Álvarez —Dir.—), Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 776-785.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Nicolás, «La necesaria flexibilización del concepto de soberanía en pro del control judicial de la corrupción», *La corrupción en un mundo globalizado: análisis interdisciplinar* (Coordinadores: Nicolás Rodríguez García; Eduardo Fabián Caparrós), Salamanca, Ratio Legis, 2004, pp. 241-275.
- RODRÍGUEZ PUERTA, M.^a José, «Artículo 445», QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentarios al Código penal español*, Tomo II, 6.^a edición, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2011, pp. 1311-1321.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, Carlos/JUDEL PRIETO, Ángel/PIÑOL RODRÍGUEZ, José R., «Delitos de corrupción en las transacciones comerciales internacionales», en AAVV, *La corrupción a examen*, Pamplona, Aranzadi, Cizur Menor, 2012, pp. 139-142.
- VENTURA PÜSCHEL, Arturo, «Sobre la tipificación de la mal llamada «corrupción entre particulares» (o de cómo la pretendida política criminal común de la Unión Europea entiende la competencia en el mercado)», *La adecuación del Derecho penal español al Ordenamiento de la Unión Europea. La política criminal europea* (FJ Álvarez —Dir.—), Valencia, Tirant lo Blanch, 2009, pp. 487-514.
- VENTURA PÜSCHEL, Arturo, «Corrupción entre particulares», *Comentarios a la Reforma Penal de 2010* (FJ Álvarez García; JL González Cussac —Drs.—), Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 319-329.
- VENTURA PÜSCHEL, Arturo, «Corrupción entre particulares (no deporte): art. 286 bis PCP», *Consideraciones a propósito del Proyecto de Ley de 2009 de modificación del Código Penal* (FJ Álvarez García; JL González Cussac —Drs.—), Valencia, Tirant lo Blanch, 2010, pp. 261-271.
- VENTURA PÜSCHEL, Arturo, «Corrupción entre particulares», *Derecho Penal español. Parte Especial (II)*, FJ Álvarez García (Dir.), Valencia, Tirant lo Blanch, 2011, pp. 669-685.
- VILLAMERIEL PRESENCIO, Luis P., «Algunas reformas necesarias en la actual legislación», *La Ley*, 8 de septiembre, 2005, pp. 1-23.

La nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual tras la reforma operada en el Código penal por la LO 1/2015, de 30 de marzo

Pastora García Álvarez
Profesora Titular de Derecho penal
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

Sumario: I. Introducción. II. Capítulo II bis: De los abusos y agresiones sexuales a los menores de dieciséis años. 1. los abusos y agresiones sexuales a los menores de dieciséis años (art. 183 CP). a. Tipo básico. Abusos sexuales (art. 183.1 CP). b. Tipo cualificado por empleo de violencia o intimidación (art. 183.2). c. Otros tipos cualificados (art.m183.4 y 5). 2. La determinación de menores de dieciséis años a participar o presenciar actos sexuales (art. 183 bis CP). 3. El acoso sexual cibernético o Child Grooming (art. 183 ter CP). 4. El consentimiento del menor de dieciséis años (art. 183 quater CP). III. Capítulo IV: De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual. IV. Capítulo V: De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores. 1. De los delitos relativos a la prostitución (arts. 187 y 188 CP). 2. Delitos relacionados con la pornografía infantil y de personas con discapacidad necesitadas de especial protección (art.189 CP). V. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores. VI. Obtención de muestras biológicas. VII. Recapitulación y valoración final. VIII. Bibliografía citada.

I. Introducción

La Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se han reformado en profundidad diversos aspectos del Código penal, ha repercutido también en el ámbito de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual del Título VIII del Código penal.

En esta sede, las principales modificaciones y nuevas incorporaciones afectan a los delitos que tienen por sujetos pasivos a menores de

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-15759-81-2, núm. 12/2016, Bilbao, págs. 261-319

edad, introduciéndose importantes cambios en atención a la concreta edad del sujeto pasivo de los mismos, siendo dicha edad determinante para la apreciación de una u otra figura delictiva. Así, si bien a veces nos encontraremos con figuras penales referidas de forma genérica a los menores de dieciocho años; en otras, la edad de delimitación del círculo de posibles sujetos pasivos será los dieciséis o, incluso, los cuatro años de edad. Pero también vamos a encontrar en la nueva regulación que adquiere toda esta materia, figuras penales destinadas a la protección de la libertad y/o indemnidad sexual de menores de edad, con edades comprendidas entre márgenes más específicos como el que hay entre los dieciséis y los dieciocho años. Todo ello repercute, además, en una ampliación del ámbito de aplicación de los preceptos penales relativos a los menores de edad (o de cierta edad) y, en definitiva, en una remodelación del ámbito de aplicación de prácticamente todos los delitos comprendidos en el Título VIII del Código penal.

En efecto, el que el Capítulo II bis relativo a «los abusos y agresiones sexuales» pase de ser aplicable no ya a los menores de *trece* años, sino a los menores de *dieciséis* años, ampliando con ello la edad de los menores protegidos en este capítulo, repercute en todas las figuras delictivas previstas en el Capítulo I y en el Capítulo II del Título VIII del Código penal.

Así, si bien todos los delitos del Capítulo I, relativos a las agresiones sexuales, mantienen literalmente su contenido, con la reforma introducida por la Ley Orgánica 1/2015 en el Capítulo II bis del Título VIII, ven reducido su ámbito de aplicación, ya que desde el 1 de julio de 2015 sólo son apreciables si el sujeto pasivo tiene, al menos, dieciséis años. Prácticamente lo mismo puede afirmarse de los preceptos recogidos en el Capítulo II, relativo a los abusos sexuales. En este capítulo se mantiene literalmente el texto del artículo 181 CP, aunque, como hemos señalado, no por ello su ámbito de aplicación; ya que nuevamente el sujeto pasivo del mismo ha de tener dieciséis años cumplidos ya que, si es menor de esa edad, serían otros los preceptos apreciables. Sí se modifica la redacción del artículo 182 CP, si bien simplemente para adecuarlo a la reforma experimentada por el Capítulo II bis, ya que de estar referido a los menores de entre trece y dieciséis años, pasa a referirse —coherentemente— a los menores de dieciocho años, pero mayores de dieciséis¹. Ninguna reforma experimenta el Capítulo III, relativo al acoso sexual.

¹ Un análisis pormenorizado de este precepto y de las consecuencias de la ampliación del círculo de los sujetos pasivos del mismo puede verse en SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, 2015, pp. 574 y ss. Este autor sostiene, en cualquier caso, que lo más adecuado hubiera sido su desaparición (2015, p. 574).

Apuntado lo anterior, no voy a analizar los delitos recogidos en el Capítulo I, ni en el Capítulo II, ni el delito de acoso sexual del Capítulo III, sino que paso a centrarme a continuación en los preceptos recogidos en los Capítulos II bis, IV y V, y haré, para terminar, alguna referencia a las Disposiciones comunes del Título VIII, ya que son estos preceptos los que, por haber sido profundamente reformados, necesitan de una mayor reflexión.

Pero antes de entrar en materia, quiero destacar que, como se recoge expresamente en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, estas modificaciones en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual se han efectuado «para llevar a cabo la transposición de la Directiva 2011/93/UE², relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo³». La Directiva 2011/93/UE obliga ciertamente a los Estados miembros a «endurecer las sanciones penales en materia de lucha contra los abusos sexuales, la explotación sexual de menores y la pornografía infantil», conductas todas ellas que, como se recalca también en dicho Preámbulo, «sin duda constituyen graves violaciones de los derechos fundamentales y, en particular, de los derechos del niño a la protección y a los cuidados necesarios para su bienestar», tal como establecen la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño de 1989 y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. El problema, como iremos viendo a lo largo de este trabajo, es que, como en muchas otras ocasiones, la transposición de la citada Directiva se ha realizado en ocasiones de forma más dura que la en ella exigida⁴, sin atender a la coherencia interna de nuestro Ordenamiento jurídico en la materia, y sin respetar los principios que, en todo caso, deben limitar la intervención del Derecho penal⁵.

² He de aclarar que esta Directiva fue publicada en el Diario Oficial de la Unión Europea como «Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo» y que el 21 de enero se publicó en el Diario Oficial de la Unión (nº L 018 de 21/01/2012 p. 0007-0007) una corrección de errores de la misma, en virtud de la cual pasa a ser identificada como Directiva 2011/93/UE.

³ Para ver cómo se había llevado a cabo la adaptación de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores a la Decisión Marco 2004/68/JAI, cfr. CUGAT MAURI, 2010, pp. 173 y ss.

⁴ En este mismo sentido, por ejemplo, TAMARIT SUMALLA, Delitos, 2015, pp. 422-423.

⁵ Como afirma SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ sobre esta reforma: «En un vistazo general ya podemos apuntar que, al menos, está adornada de las siguientes notas: un cierto papanatismo europeizante, una mala técnica legislativa, una inflación criminal y penal y un doble discurso sobre la menor edad» (2015, p. 573).

Expuesto todo lo anterior, dedico el siguiente epígrafe a la nueva redacción que obtiene el Capítulo II bis del Título VIII del Código penal en virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo.

II. Capítulo II bis: De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años

Como ya he señalado, el Capítulo II bis, tras la LO 1/2015, de 30 de marzo, pasa a proteger, y así se refleja en su rúbrica, a los menores de *dieciséis años*. Este incremento de edad de los sujetos pasivos de los delitos contenidos en este capítulo es considerada en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo, como la novedad más importante de la reforma por ella introducida en esta materia, y obedece a una sugerencia del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño, para adecuar —según palabras textuales— «la regulación penal española en este ámbito a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia», y mejorar con ello —también textualmente— «la protección que España ofrece a los menores».

El que la edad hasta la cual se protege a los menores en este Capítulo sean concretamente los dieciséis años obedece, a su vez, a que en consideración del legislador español (según se pone de manifiesto en el Preámbulo de la LO 1/2015, de 30 de marzo), lo que la Directiva 2011/93/UE denomina la «edad de consentimiento sexual» (como la «edad por debajo de la cual, de conformidad con el Derecho Nacional, está prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor»), era en nuestro Código penal, hasta la fecha, muy inferior a la prevista en los restantes países europeos —donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años—; y una de las más bajas del mundo.

Pero la verdad es que este incremento de la edad hasta la que se protege de forma reforzada a los menores en el Capítulo II bis no tiene causa en nuestra realidad criminológica, ya que en España la tasa de infracciones en materia sexual es más baja que la que presentan otros países europeos⁶. Y la Directiva citada no impone que la edad por debajo de la cual tiene que estar prohibido realizar actos de carácter sexual con un menor tenga que ser, concreta y específicamente, los dieciséis años. De hecho, advierte que tal edad debe ser establecida *de conformidad con el Ordenamiento nacional de que se trate*, cosa que con esta reforma en principio no se cumplía. No olvidemos que en nuestro país hasta la modificación del artículo 48 del Código civil por

⁶ Como lo advierte GONZÁLEZ CUSSAC, 2015, p. 10.

la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, era posible, aunque fuera de manera excepcional, contraer matrimonio a los catorce años de edad (cfr. art. 48 CC). Por lo que, si esto era posible, se estaba reconociendo que los menores de dieciséis años podían hacer vida marital y mantener relaciones sexuales sin que su pareja, aunque fuera un adulto, tuviera que responder por ello penalmente. Pero, en cualquier caso, el que tras la reforma del artículo 48 de nuestro Código civil la edad para contraer matrimonio se eleve a los dieciséis años no hace desaparecer lo que constituye nuestra realidad social: nuestros niños y adolescentes se inician sexualmente antes de esa edad.

Por lo que el incremento de la edad de consentimiento sexual a los dieciséis años es criticable en sí mismo y ha sido ya, de hecho, duramente criticado por los autores⁷; pero es que, además, y como iremos comprobando, esta modificación repercute también después de forma contraproducente en otras figuras delictivas, al introducir incongruencias y dislates punitivos.

Apuntado esto, este capítulo, que estaba formado en la regulación anterior por dos preceptos (los artículos 183 y 183 bis CP —que han sido profusamente reformados—) pasa, además, a estar configurado por otros dos: los artículos 183 ter y 183 quater CP, de nuevo cuño. En los siguientes sub-apartados paso a referirme a todos y cada uno de estos preceptos de forma individualizada, empezando por el artículo 183 CP relativo a los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años.

1. *Los abusos y las agresiones sexuales a menores de dieciséis años (art. 183 CP)*

El artículo 183 CP dispone, conforme a su nueva redacción, lo siguiente:

«1. El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado como responsable de abuso sexual a un menor con la pena de prisión de dos a seis años.

⁷ Cfr. en este sentido, entre otros, RAMOS VÁZQUEZ, quien sostiene que es un error político-criminal (El consentimiento, 2015, p. 600; y en Ciberacoso, 2015, p. 440) e incluso histórico (Grooming, 2015, p. 591); y TAMARIT SUMALLA, Delitos, 2015, p. 424. Un análisis global sobre cómo se ha adecuado el Código penal español a las exigencias normativas internacionales en materia de abusos sexuales puede verse en RAMOS TAPIAS, 2015, pp. 107 y ss. Y para una reflexión en profundidad sobre la incoherencia que suponía la elevación de la denominada edad de consentimiento sexual frente a la previsión del Código civil español en materia de matrimonios de menores, cfr. TORRES ROSELL, 2015, pp. 389 y ss.

2. Cuando los hechos se cometan empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por el delito de agresión sexual a un menor con la pena de cinco a diez años de prisión. Las mismas penas se impondrán cuando mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo.

3. Cuando el ataque consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de ocho a doce años, en el caso del apartado 1, y con la pena de doce a quince años, en el caso del apartado 2.

4. Las conductas previstas en los tres apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el escaso desarrollo intelectual o físico de la víctima, o el hecho de tener un trastorno mental, la hubiera colocado en una situación de total indefensión y en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

b) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.

c) Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

d) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

e) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

f) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.»

Como podemos comprobar, nos encontramos ante un artículo en el que estructuralmente se recogen en su primer apartado y como tipo básico las conductas constitutivas de abusos sexuales y, a continuación, cuatro tipos cualificados. A todos estos apartados procedo a referirme a continuación de forma separada.

a. TIPO BÁSICO: ABUSOS SEXUALES (ART. 183.1 CP)

Para empezar, la nueva regulación permite entender por abusos sexuales «actos de carácter sexual», con lo que se produce un cambio

de expresión que ha de valorarse positivamente, al permitir superar la vinculación de los abusos sexuales a la realización de actos que atenten contra, concretamente, la indemnidad sexual de un menor de determinada edad⁸. Además, se introducen otros dos importantes cambios respecto a la regulación anterior: uno, la edad hasta la que el menor es objeto de esta protección reforzada y diferenciada y otro, el carácter de la presunción de la falta de validez del consentimiento prestado por un menor de dicha edad.

Como ya he adelantado, si bien en la regulación anterior el legislador castigaba los abusos sexuales del tipo básico con pena de prisión de dos a seis años cuando el sujeto pasivo de tales abusos tuviera menos de *trece años*, en la regulación vigente tal marco de pena será aplicado cuando el sujeto pasivo tenga menos de *dieciséis años*, para hacer *supuestamente* más adecuada la «edad de consentimiento sexual» en los delitos del Capítulo II bis. Pero este incremento de la edad de los sujetos pasivos a los que se protege en este ámbito a los *dieciséis años*, lo que no había sido exigido por la Directiva 2011/93/UE, choca sencillamente con la realidad social actual de nuestro país, ya que los adolescentes se inician sexualmente con menos de dieciséis años. Por lo que, como decía, este incremento de la edad de consentimiento sexual ha de rechazarse de pleno; y ni siquiera es defendible porque se admita, como excepción —como se hace en la regulación vigente—, el que los menores de esta edad puedan consentir válidamente actos sexuales.

En efecto, si bien hasta la fecha el legislador negaba relevancia al consentimiento que pudiera prestar en este ámbito todo menor de trece años de edad, presumiendo «*iuris et de iure*»⁹ que existía abuso siem-

⁸ En efecto, el artículo 183 Cp castigaba antes de la reforma de julio de 2015 en su primer apartado, específicamente, al que «realizare actos que atenten *contra la indemnidad sexual* de un menor de trece años...». Y con la nueva redacción queda incluida en este delito no sólo la protección de la indemnidad, sino también de la libertad sexual de la que los menores también pueden ser titulares, como lo pone de manifiesto el Consejo General del Poder Judicial (2013). Ya con anterioridad había cuestionado expresamente el uso en este delito de la expresión «atenten contra la indemnidad sexual», entre otros, TAMARIT SUMALLA (2010, p. 170); quien, coherentemente, ha valorado de forma positiva el cambio de esta expresión (Delitos, 2015, p. 427).

⁹ Conclusión que me parecía defendible por dos motivos: en primer lugar, porque el hecho de que el prevalimiento de una relación de superioridad agravara los abusos (cfr. art. 183.4.d Cp en su redacción anterior a la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo), permitía deducir que tal prevalimiento era innecesario en el tipo básico, luego, la relación sexual sería constitutiva de delito simplemente por haberse mantenido con un menor de trece años; y, en segundo lugar, porque carecería de lógica pensar que el legislador había cambiado el carácter «*iuris et de iure*» de la presunción de falta de validez del consentimiento prestado por los menores de esta edad, por un carácter «*iu-*

pre que se realizara un acto de contenido sexual con persona menor de esa edad, la situación cambia con la regulación vigente. Así, si bien es cierto que en principio se elevan a la categoría de delito los «actos de carácter sexual con menores de dieciséis años», el artículo 183 quater¹⁰ dispone que «El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez». Por lo que, combinando el contenido de ambos preceptos resulta evidente que el legislador procede a considerar la realización de actos de carácter sexual con menores de dieciséis años, en todo caso, como un hecho delictivo, salvo que se trate de relaciones consentidas con ciertos requisitos, pasando el carácter de la presunción de la falta de validez del consentimiento del menor de esa edad, de tener un carácter *iuris et de iure*, a tener un carácter *iuris tantum*.

Esta nueva regulación está orientada evidentemente a poder fundamentar el carácter atípico de los actos sexuales consentidos entre menores de edad, pero la redacción que se le ha otorgado a este artículo presenta varios problemas serios a los que me referiré con más detalle *infra* en el epígrafe 2.4 —epígrafe al que me remito en esta cuestión—.

b. TIPO CUALIFICADO POR EMPLEO DE VIOLENCIA O INTIMIDACIÓN (ART. 183.2 CP)

Si los actos de carácter sexual se cometieran empleando violencia o intimidación, el responsable será castigado por agresión sexual. La pena prevista conforme a la redacción vigente para las agresiones sexuales de las que sean víctimas los menores de dieciséis años (en vez

ris tantum», cuando la tendencia de la reforma introducida en esta materia por la LO 5/2010, de 22 de junio, había sido sin duda alguna la de un mayor endurecimiento de las conductas y penas. Coincidió así, por ejemplo, con PÉREZ CEPEDA, 2010, p. 197; y RAMÓN RIBAS, 2013, p. 57. Si bien es cierto que había interpretaciones en otro sentido. En efecto, el cambio de redacción experimentado por este delito tras la reforma introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, llevó a algunos autores a plantearse la posibilidad de que el consentimiento prestado por un menor de trece años en este ámbito pudiera ser válido en ciertos casos. Así, por ejemplo, MONGE FERNÁNDEZ sostenía que la nueva tipificación otorgaba relevancia al consentimiento de los menores de trece años cuando se tratara de relaciones sexuales sin violencia ni engaños (2011, p. 195). Una exposición y análisis de las ventajas e inconvenientes de las dos posibles interpretaciones sobre esta cuestión puede verse en RAMÓN RIBAS, 2013, pp. 30 y ss.

¹⁰ En la versión definitiva de la LO 1/2015, de 30 de marzo, se ha subsanado un error que había en el Proyecto de Reforma de 20 de septiembre de 2013, en el que el contenido de este artículo aparecía numerado como 184 quater, lo que no tenía sentido (cfr. art. Único, centésimo vigésimo segundo, de dicho Proyecto).

de trece años) es la de prisión de cinco a diez años, es decir, la misma que se preveía en su redacción anterior, si bien obviamente, al ser ampliado el círculo de sujetos pasivos¹¹ de este delito, se amplía su ámbito de aplicación.

Las agresiones sexuales a menores de edad, pero mayores de dieciséis años, son reconducibles, al igual que si se tratara de adultos, a los arts. 178 y 179 CP, si bien con la posibilidad de apreciar la agravación prevista en el art. 180.1 CP que alude, entre otros factores, a la especial vulnerabilidad de la víctima *por razón de su edad* (edad que, en todo caso, debe ser, al menos, dieciséis años). La apreciación de este tipo cualificado supone que los hechos reconducibles al artículo 178 CP serán castigados con una pena de cinco a diez años de prisión y los reconducibles al artículo 179 CP, con pena de prisión de doce a quince años.

Como podemos comprobar, por tanto, los marcos punitivos que se pueden alcanzar con la previsión del art. 180.1,3.ª CP cuando la agresión sexual se lleva a cabo sobre sujeto pasivo menor de edad (pero mayor de dieciséis años) especialmente vulnerable, entre otros motivos, por su edad, son idénticos a los que se alcanzan a través del art. 183 CP en caso de agresiones sexuales cuando se trata de sujetos pasivos menores de dieciséis años; pero hay que tener en cuenta que el art. 183 CP recoge después otra serie de cualificaciones (a las que me referiré en el epígrafe siguiente) que permiten concluir que los menores de dieciséis años reciben en este ámbito en nuestra regulación vigente una protección más reforzada que los que tienen entre dieciséis y dieciocho años.

Dejando de lado el incremento del círculo de posibles sujetos pasivos del delito del artículo 183.2 CP (al aumentarse la edad de los sujetos pasivos de los trece a los dieciséis años), con la nueva redacción obtenida por este precepto se incrementan también las conductas típicas.

En efecto, conforme a su nueva redacción el art. 183.2 CP procede a castigar con la misma pena prevista para la agresión sexual a aquel que «mediante violencia o intimidación compeliere a un menor de dieciséis años a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o a realizarlos sobre sí mismo»¹². Con ello y tratándose de menores de die-

¹¹ Tampoco se ha subsanado en esta ocasión el error de no proteger en los mismos términos a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, cuando, sin embargo, sí se hace en otros preceptos por los que se castigan conductas de menor gravedad a las aquí previstas.

¹² Con lo que se introduce específicamente el comportamiento previsto en el artículo 3.6 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

ciséis años, considero que se equiparan a las agresiones sexuales conductas como la automasturbación llevada a cabo bajo amenazas o violencia, las masturbaciones a terceros empleando los mismos medios, así como *otras conductas* en las que se obliga a un menor a llevar a cabo actos de naturaleza sexual con un tercero, si bien todo ello con ciertas matizaciones. En efecto, cuando se castiga el obligar al menor a realizar actos de naturaleza sexual con un tercero, tienen que ser actos de naturaleza sexual que no sean constitutivos de acceso carnal por la vía «vaginal, anal o bucal» del menor, ni en la introducción de objetos por la vía vaginal o anal de dicho menor, ya que tales actos son constitutivos del tipo cualificado del art. 183.3 y están castigados con una pena superior (prisión de doce a quince años). Sí podrán consistir, sin embargo, en que sea el menor el que, obligado a ello, accede carnalmente por la vía anal, vaginal o bucal al tercero o el que le introduce, obligado mediante violencia o intimidación, objetos o miembros corporales por alguna de las dos primeras vías. Con ello se da la razón a aquellos autores que han venido calificando los supuestos en los que se obliga —con violencia o intimidación— al sujeto pasivo a acceder carnalmente por vía anal o vaginal a tercero como agresiones sexuales¹³, en detrimento de la jurisprudencia que considera que cuando a lo que se obliga al sujeto pasivo —adulto— empleando violencia o intimidación es a acceder al tercero por las vías señaladas, los hechos han de ser castigados como constitutivos del tipo cualificado por penetración como violación¹⁴ cuando, realmente, el que una persona, hombre o mujer, menor o no, sea accedido carnalmente o, por el contrario, sea dicha persona, menor o no, la que accede al tercero por vía vaginal o anal, aun obligado, son hechos que no revisten la misma gravedad, ni deben ser castigados por tanto con la misma pena.

Por lo que considero que habría de apreciarse el art. 183.2 y no el tipo cualificado contenido en el apartado 3 de este mismo precepto cuando por ejemplo, se obligue a un menor de dieciséis años, mediando violencia o intimidación, a ser masturbado por un tercero oralmente; a introducir objetos o miembros corporales al tercero por vía anal o vaginal, y desde

¹³ Coincido así con, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, quien considerando que la cualificación por acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal debe quedar para los casos que revistan más gravedad, excluía tradicionalmente de ella los supuestos en los que sea una mujer la que se hace penetrar, así como las prácticas fricativas entre mujeres realizadas empleando violencia o intimidación, sin perjuicio de que tales conductas puedan ser constitutivas, en su caso, del tipo básico de agresión sexual (Parte Especial, 2013, p. 217). Y más recientemente en Parte Especial, 2015, pp. 194 y 195. De esta opinión parece ser también SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, 2015, p. 580.

¹⁴ Puede consultarse al respecto, por ejemplo, la STS 1295/2006, de 13 de diciembre.

luego si a lo que se le obliga es a realizar actos de naturaleza sexual sobre sí mismo, es decir, conductas como la automasturbación, que pueden consistir simplemente en que una menor se toque a sí misma los pechos obligada, eso sí, por un tercero.

C. OTROS TIPOS CUALIFICADOS (ART. 183.3, 4 Y 5 CP)

Siguiendo con el contenido del artículo 183 CP, los apartados tercero, cuarto y quinto del mismo recogen una serie de cualificaciones aplicables a las conductas recogidas en sus dos apartados anteriores.

En primer lugar, el artículo 183 CP en su tercer apartado castiga con pena de prisión de ocho a doce años, los abusos sexuales caso de que consistan en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías; y con la pena de doce a quince años de prisión si se tratara de actos constitutivos de agresión sexual que consistieran en las mismas conductas. Las penas previstas en este tipo agravado son las mismas que llevaban aparejadas estas conductas en su redacción anterior, pero ahora este tipo cualificado ve aumentado su ámbito de aplicación en la medida en que los menores a los que se refiere pasan a ser los que tienen menos de dieciséis años. Lo mismo sucede con los tipos cualificados previstos en el apartado cuarto y quinto de este artículo. En la regulación vigente se mantienen prácticamente en los mismos términos que en la regulación previa a la reforma de 2015, pero ven aumentado su ámbito de aplicación ya que los sujetos pasivos de los mismos pasan a ser, nuevamente, los menores de dieciséis años.

Sobre las cualificaciones contenidas en el art. 183.4 CP quiero destacar tres extremos.

El primero de ellos, que entre esos factores de agravación se vuelve a tener en consideración la menor edad del sujeto pasivo. En efecto, el artículo 183 CP en su apartado cuarto dispone (al igual que se hacía en la regulación anterior) que se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores de este mismo artículo en su mitad superior, en todo caso, cuando el sujeto pasivo *sea menor de cuatro años*; factor de agravación de aplicación obligatoria perfectamente legítimo dada la especial vulnerabilidad de un menor de esa edad ante conductas de contenido sexual.

El segundo, que en la redacción definitiva de este apartado se ha incluido en la letra a), como factor de agravación, el que la víctima esté en una situación de total indefensión «por tener un trastorno mental», posibilidad esta que no aparecía en el Proyecto de Reforma del Có-

digo penal, de 20 de septiembre de 2013¹⁵. Esta referencia puntual a las personas con *trastornos mentales* resulta, desde mi punto de vista, cuando menos, insuficiente.

Me explico: en la regulación anterior a la reforma de julio de 2015 se echaba en falta el que el legislador no hubiera equiparado en el Capítulo II bis a los incapaces con los menores de edad, ya que esta falta de paridad de trato en este ámbito resultaba carente de justificación¹⁶, sobre todo si tenemos en cuenta que en otros muchos delitos de este mismo Título sí se equiparaba y se sigue equiparando (si bien con una terminología diferente¹⁷) a ambos círculos de posibles sujetos pasivos. Pues bien, en la nueva redacción de este capítulo no se ha corregido tal falta de paridad. Pero es que, además, no tiene sentido el que en este tipo agravado se aluda únicamente a que el sujeto pasivo se encuentre en una situación de total indefensión por tener *un trastorno mental*. Si leemos el vigente artículo 25 del Código penal y la definición que en él se otorga a la expresión «personas con discapacidad necesitadas de especial protección», comprobaremos que tal catalogación no es plenamente identificable con tener un trastorno mental. Por lo que, en mi opinión, el artículo 183 CP debería haber equiparado las personas con discapacidad necesitadas de especial protección a los menores de edad o, como mínimo, haber recogido como factor de agravación de la pena el que sujeto pasivo fuera una de estas personas, tuviera ésta o no, un trastorno mental. Al no ser así, los abusos sexuales o las agresiones sexuales a persona con discapacidad necesitada de especial protección (que no se encuentre en una situación de total indefensión por tener un trastorno mental) serán sancionables conforme a los preceptos de los Capítulos I y II y, por tanto, con los marcos penales allí previstos.

Por último, poner de manifiesto una obviedad. Aunque todas las circunstancias cualificadoras numeradas en el apartado 4 del artículo 183 CP estén previstas para ser aplicadas «a las conductas previstas en los tres apartados anteriores», la recogida en la letra c) no es aplicable a aquellos actos de contenido sexual que sean calificados de «abusos», ya

¹⁵ Vid. artículo Único centésimo decimonoveno del Proyecto citado en texto.

¹⁶ Ya que la edad mental de los incapaces puede estar por debajo de los dieciocho años. Llamaba también críticamente la atención sobre este extremo, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, Parte Especial, 2013, p. 228.

¹⁷ Cfr. la Disposición Adicional primera del Proyecto de Reforma de 20 de septiembre de 2013, que disponía que todas las referencias que se hacen en el Código penal a los términos «incapaz» e «incapaces» debían entenderse sustituidas, si el Proyecto llegaba a convertirse en Derecho vigente, por la de «persona o personas con discapacidad necesitadas de especial protección» (término que a su vez se definía en el art. Único decimoquinto del Proyecto, con el que se le ofrece un nuevo contenido al anterior artículo 25 CP).

que alude específicamente al carácter especialmente degradante o vejatorio de la violencia o intimidación; violencia o intimidación que, por definición, no puede concurrir en estos actos, ya que, de mediar, los hechos serían constitutivos del tipo cualificado de agresión sexual. No creo que haya problema en admitir, sin embargo, la aplicabilidad a los abusos sexuales de la agravación contenida en la letra e) de este apartado 4, ya que se puede poner en peligro la vida o la salud del sujeto pasivo sin necesidad de que se haya empleado violencia o intimidación en la realización del acto sexual¹⁸.

2. *La determinación de menores de dieciséis años a participar o presenciar actos sexuales (art. 183 bis CP)*

Tras la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el artículo 183 bis CP dispone lo siguiente:

«El que, con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.

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

Así, el artículo 183 bis CP pasa a tener conforme a su redacción vigente, un nuevo contenido distribuido en un tipo básico y un tipo cualificado, si bien no exactamente de nuevo cuño, ya que lo que hace el legislador es reubicar en su tipo básico, si bien con algunos cambios, el contenido que tenía hasta la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el anterior art. 189.4 CP; e incorporarle un tipo cualificado.

En efecto, en la regulación anterior a la reforma de 2015 el artículo 189.4 CP, en el afán del legislador penal español por proteger a los menores de una determinada edad¹⁹ de todas aquellas conductas que puedan llegar a afectar el normal desarrollo de su personali-

¹⁸ Si, por ejemplo, se eyacula en la boca de un niño de corta edad existe riesgo de que muera ahogado; y el acto sexual ha podido realizarse sin violencia ni intimidación.

¹⁹ Los autores han mantenido opiniones discrepantes a la hora de determinar a qué menores de edad se refería en realidad este precepto. Así hay quien sostenía que los sujetos pasivos en él protegidos eran los menores de trece años (por ejemplo, de RAMÓN RIBAS, 2013, p. 191), y otros (como TAMARIT SUMALLA, 2002, p. 102) que consideraban en sentido totalmente opuesto, que el sujeto pasivo de este delito lo constituían los menores de edad, mayores de trece años.

dad²⁰, castigaba a todo aquel que hiciera «participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual» que perjudicara «la evolución o desarrollo de la personalidad de éste». El problema de la conducta prevista en este apartado (conocida como «corrupción de menores») residía, como ya fue puesto de manifiesto por parte de los autores²¹, en que, una vez tipificadas conductas delictivas específicas en relación con menores, como el favorecimiento de su prostitución, su uso con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, y las constitutivas de agresión, abuso, exhibicionismo o provocación sexual, se hacía difícil imaginar otras conductas distintas de «corrupción» que merecieran ser objeto de sanción penal. A lo que hay que añadir, críticamente, la cuestionable técnica legislativa empleada por el legislador que lo configuraba como un precepto absolutamente indeterminado del que se podía apuntar, incluso, que vulneraba el principio de legalidad y, por tanto, su carácter inconstitucional²².

Pues bien, en la regulación vigente, el legislador, lejos de atender a las voces críticas, mantiene esta figura penal, si bien reubicándola e introduciendo algunos cambios. Así, por un lado, se sustituye la anterior expresión «hacer participar» por la de «determinar», se elimina de forma coherente²³ con su nueva ubicación sistemática, la referencia a

²⁰ Lo que se pretende proteger en este ámbito es, más que nada, la libertad futura del menor, o mejor dicho, la normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto pueda decidir en libertad su comportamiento sexual, tal y como lo exponen, por ejemplo, MUÑOZ CONDE (Parte Especial, 2015, p. 188) o RAMÓN RIBAS (2013, p. 17).

²¹ En este sentido, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, Parte Especial, 2013, p. 246.

²² Como lo apuntaban, por ejemplo, AGUADO LÓPEZ, quien llegaba a tal conclusión tras resaltar que estaba «plagado de términos y expresiones valorativas», como «perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad», «comportamiento de naturaleza sexual» o «haga participar» (2004, p. 150 y p. 151); o MUÑOZ CONDE, quien señalaba que el legislador, en su afán por no dejar ningún hueco a la protección penal de la «indemnidad sexual», dejaba en manos del juzgador una peligrosa arma, que éste podía utilizar como último recurso para castigar penalmente cualquier comportamiento que, a su juicio, aunque no estuviera comprendido en los supuestos expresamente previstos en los otros delitos, debiera ser castigado (Parte Especial, 2013, p. 246). Incluso nuestro Tribunal Supremo (cfr. STS 422/2005, de 4 de abril), llegó en alguna ocasión a calificarlo como «ambiguo e impreciso, en el umbral del principio de legalidad», lo que le llevó a restringir su aplicación a conductas que fueran «aptas para generar el peligro de producir perjuicio en la evolución o el desarrollo de la personalidad del menor».

²³ Supresión ésta que si bien es coherente desde el punto de vista de la ubicación sistemática de este delito, no me parece adecuada ya que en mi opinión todas las figuras penales de este Capítulo II bis deberían haber incorporado y equiparado a los menores de edad como sujetos pasivos, a las personas con discapacidad necesitadas de especial protección (conforme a la nueva terminología empleada por el legislador); ya que unos y otras están necesitados de la misma protección reforzada en este ámbito.

los incapaces como posibles sujetos pasivos y se suprime la exigencia de que haya un perjuicio para la evolución o desarrollo del menor (exigencia ésta, por lo demás, de difícil prueba); y, por otro, se eleva también a la categoría de delito el hacer presenciar al menor actos de naturaleza sexual, conducta que se castiga con pena de prisión de seis meses a dos años, y con una pena más grave (ya en el tipo cualificado) si lo que se le obliga a presenciar son abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos.

En mi opinión, el cambio de la expresión «hacer participar», por «determinar», no ofrece mayor concreción a las conductas que puedan ser consideradas como corrupción de menores y ello aunque tal determinación haya de realizarse «con fines sexuales»²⁴. Eso sí, tal conducta de «determinación» no podrá llevarse a cabo empleando violencia o intimidación, ya que si así fuera se estará cometiendo un delito de agresión sexual del art. 183.2 CP, que castiga el *compeler* a un menor con violencia o intimidación a participar en actos de naturaleza sexual con un tercero o sobre sí mismo, con una pena mucho más grave. Por otra parte, al desaparecer la exigencia de que el comportamiento de naturaleza sexual al que se «determine» —conforme a la redacción actual— al menor, haya de perjudicar «la evolución o desarrollo de su personalidad», lo que se hace es ampliar aún más el ámbito de aplicación de este precepto, por lo que con la nueva redacción que recibe la primera parte del primer párrafo del art. 183 bis CP pasamos, en mi opinión, simplemente, de un cuestionable delito de resultado lesivo, a un cuestionable delito de peligro abstracto.

Más acertada me parece, sin embargo, la consideración como delito de la conducta de *hacer presenciar* al menor actos de carácter sexual²⁵. Es más, considero que lo correcto hubiera sido que el legislador hubiera elevado en este precepto únicamente a delito este tipo de conductas. Hacer presenciar a un menor de edad actos de naturaleza sexual sí es una conducta que puede afectar el desarrollo de la sexualidad del menor en condiciones de normalidad y es una conducta suficientemente precisa. Ahora bien, es cierto también que, en realidad, viene a castigar actos que desde otra perspectiva son ya constitutivos de delito. En efecto, el artículo 185 CP (que mantiene prácticamente su redacción anterior) castiga al que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena. Ante esta coincidencia se plantea

²⁴ Expresión por la que SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ entiende «con fines relativos al placer venéreo» (2015, p. 587).

²⁵ En cumplimiento del artículo 3 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

una disyuntiva: mantener ambos preceptos entendiendo que en la medida en que el delito previsto en el nuevo art. 183 bis CP tiene por sujeto pasivo a los menores de dieciséis años, en el art. 185 CP se protegería a los menores de edad, mayores de dieciséis —posibilidad ésta totalmente inadmisibile—; o derogar directamente el artículo 185 CP, solución ésta que quizás sería la más adecuada si tenemos en cuenta que al 183 bis CP, al menos, le sería aplicable el artículo 183 quater (a la que aludiré con más detalle *infra*). Esta última opción fue de hecho propuesta por la Fiscalía General del Estado en su Informe de 8 de enero de 2013, al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal; pero, obviamente, no ha sido tenida en consideración.

Por otra parte, me resulta difícilmente explicable que el tipo cualificado previsto en su segundo párrafo convierta en más grave, únicamente, el hacer presenciar al menor actos constitutivos de *abusos sexuales*, ya que, habría que plantearse si no debería haberse previsto entonces también de forma expresa el hacerle presenciar agresiones sexuales²⁶.

De manera que, en mi opinión, este precepto debería haber castigado en su tipo básico, únicamente, el hacer presenciar al menor de dieciséis años actos de naturaleza sexual; y, en su tipo cualificado, haber castigado más gravemente el hacerle presenciar actos constitutivos tanto de abusos como de agresiones sexuales y, en tal caso, en respeto del principio de proporcionalidad, con distintos marcos penales.

3. *El acoso sexual cibernético o Child Grooming (art. 183 ter CP)*

El artículo 183 ter CP dispone conforme a la redacción que le ha sido otorgada en virtud de la LO 1/2015, de 30 de marzo, lo siguiente:

«1. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 183 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento, será castigado con la pena de uno a tres años de prisión o multa de doce a veinticuatro meses, sin perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.

²⁶ En sentido crítico sobre este extremo puede verse también a SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, 2015, p. 590.

2. El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.»

Nos encontramos en esta ocasión ante un artículo de nuevo cuño que viene a recoger el contenido de una figura penal previamente existente si bien con algunas novedades.

En efecto, el artículo 183 ter CP viene a acoger el contenido del anterior artículo 183 bis CP, incorporado por la LO 5/2010, de 22 de junio, y conocido como «Child Grooming», acoso sexual cibernético o como «online Child Grooming», por el que se castigaba (en términos similares a lo que hace ahora el art. 183 ter CP) una especie de acto preparatorio de algunos de los delitos tipificados en los artículos 183 y ss. del Código penal, al sancionar, a todo aquel «que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de trece años y proponga concertar un encuentro con el mismo a fin de cometer cualquiera de los delitos descritos en los artículos 178 a 183 y 189», siempre, eso sí, que «tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminados al acercamiento».

El contenido de este precepto, a pesar de su relativa reciente incorporación en nuestro Código penal, había sido ya objeto de duras críticas por parte de los autores que señalaban correctamente que por mucho que el legislador pretendiera con él anticipar la intervención del Derecho penal, no se puede castigar por meras sospechas²⁷, sobre todo ya que no siempre será fácil determinar la *finalidad* con la que se realiza el «acercamiento» con el menor. De manera que, siendo coherentes, si no se debe castigar por meras sospechas, para poder aplicar este precepto voces autorizadas señalaban que habría que esperar, al menos, a que el acercamiento con el menor se materializara, pero, materializado el acercamiento, este precepto perdería su autonomía, ya que pasaríamos a estar en el ámbito de aplicación de los delitos previstos en los arts. 178 y ss.²⁸ CP, que podrían apreciarse, al menos, a título de tentativa.

²⁷ De hecho, este delito era calificado por algún autor como delito de sospecha. Es el caso, por ejemplo, de MONGE FERNÁNDEZ, 2011, p. 232.

²⁸ Como lo ponían de manifiesto, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, Parte Especial, 2013, pp. 229-230; y TAMARIT SUMALLA, 2010, p. 172. En sentido crítico puede verse también, MONGE FERNÁNDEZ, 2011, pp. 233-234.

Sin embargo, y a pesar de estas observaciones críticas podemos comprobar cómo el contenido del antiguo artículo 183 bis CP ni desaparece ni se mejora, sino que, como decía, con la LO 1/2015, de 30 de marzo, simplemente se reubica con, básicamente, dos cambios: por un lado, se eleva la edad de los sujetos pasivos a dieciséis años, con lo que se amplía el ámbito de aplicación de este precepto: y, por otro, se reducen —al menos— los actos para los que se contacta con el menor a los previstos en los arts. 183 y 189 CP, es decir, a los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años y a los delitos relativos a la prostitución y la pornografía infantil, reducción esta última que ha de valorarse positivamente²⁹. Pero, en cualquier caso, si exigimos para apreciar este delito —que es lo que debería hacerse—, que el acercamiento con el menor se materializara, este precepto pierde su autonomía, ya que los que deberían ser apreciados en tal caso serían los artículos 183 o 189 CP.

Este apartado contiene también un tipo cualificado en virtud del cual las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño. Coincido con RAMOS VÁZQUEZ en que el engaño habrá de ser, para poder apreciar el tipo cualificado, de especial entidad, ya que, si no, resultaría aplicable en todos los supuestos prácticamente de una manera automática³⁰.

Por otra parte, y con la nueva redacción que se le otorga por la LO 1/2015, de 30 de marzo, el artículo 183 ter CP pasa a tener un segundo apartado en virtud del cual se eleva a la categoría de delito el realizar actos dirigidos a *embaucar* a un menor de dieciséis años a través de internet, el teléfono o cualquier otra tecnología de la información y de la comunicación, «para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca *un menor*», conducta que se castiga con pena de prisión de seis meses a dos años.

Este delito se corresponde con la previsión contenida en el art. 6.2 de la Directiva 2011/93/UE, pero no ha sido configurado tal y como en dicho artículo se prevé la denominada conducta de «embaucamiento»; sino introduciendo dos cambios con los que, por un lado, se desvirtúa el sentido del precepto y por otro, se puede terminar convirtiendo al menor embaucado en sujeto activo de un delito de pornografía infantil. Pero vayamos por partes.

²⁹ De la misma opinión, RAMOS VÁZQUEZ, Ciberacoso, 2015, p. 441; y VILLACAMPA ESTIARTE, 2015, p. 175 (si bien esta autora sugiere que este precepto debería haber sido restringido aún más).

³⁰ RAMOS VÁZQUEZ, Ciberacoso, 2015, p. 441.

El artículo 6.2 de la Directiva citada dispone que «Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de cualquier tentativa de un *adulto*, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación, de cometer las infracciones contempladas en el artículo 5, apartados 2 y 3, embaucando a un menor que no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual para que le proporcione pornografía infantil en la que se represente a *dicho menor*». Es decir, conforme al artículo 6.2 reproducido, lo que se debería tratar de impedir es que los propios menores manden o difundan material de contenido sexual elaborado con el propio menor embaucado y ello porque tal previsión está orientada fundamentalmente a tratar de impedir una práctica bastante extendida entre nuestros menores³¹ de mandar por correo electrónico o a través de WhatsApp, fotos suyas desnudos. Práctica que ya ha recibido el nombre de «Sexting», término que deriva de la combinación de las palabras inglesas «sex» y «texting» (envío de mensajes), y con el que se alude al envío, por parte de menores, de mensajes o fotografías *propias* de contenido sexual a terceras personas, cuya problemática radica en que la posesión de fotografías sexuales de ese menor en manos de tercero (sobre todo si son adultos) puede derivar en chantajes o en ciberbullying³².

Ciertamente, el precepto de la Directiva citado no pretende que se castigue toda entrega o envío que pueda hacer un menor de fotos suyas desnudo, sino única y exclusivamente la que realice el menor por «embaucamiento» y así también se recoge en nuestro artículo 183 ter Cp. La conducta típica del artículo 183 ter CP es, pues, «embaucar». Si acudimos al Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española, el verbo «embaucar» es definido como engañar prevaleándose de la inexperiencia o candor del engañado, y en este sentido considero que habrá de interpretarse a efectos de la configuración de esta nueva modalidad delictiva. Por lo que este delito no castiga toda entrega o envío que pueda hacer un menor de fotos suyas desnudo ya sea por internet, por el móvil o similar, sino que habrá de acreditarse que el menor facilitó tal material *engañado* respecto, por ejemplo, al uso que se le iba a

³¹ Como recoge RAMOS VÁZQUEZ: «Esta práctica, de acuerdo con un estudio a nivel español respecto de menores entre los 10 y los 16 años, no es inusual entre nuestros preadolescentes y jóvenes, puesto que un 4% de ellos reconoce haber enviado alguna vez una fotografía de carácter sexual a un tercero y el doble (un 8,1%) haber recibido esa clase de material» (Grooming, 2015, p. 593).

³² Término con el que se denomina las conductas de acoso a escolares o adolescentes con las que se les molesta a través de Internet, con correos electrónicos intimidatorios, la difusión de fotografías retocadas, la difamación en redes sociales y hasta la creación de páginas web con contenidos agresivos (<http://definicion.de/bullying/>).

dar al mismo. Y para poder apreciar tal engaño habrá de valorarse la edad del menor, la del sujeto activo, la vinculación existente entre ellos, etc., ya que hará falta demostrar que el sujeto activo consiguió dicho material *prevaliéndose* de alguna manera de la relación existente entre ambos; prevalimiento que no será fácil acreditar.

Pero el problema radica en que tal y como se ha configurado el artículo 183 ter CP el embaucador, a diferencia de lo que dispone el artículo 6.2 de la Directiva, no tiene por qué ser un adulto y además, mientras que la Directiva citada establece que el material pornográfico para cuya entrega se embauca al menor ha de estar elaborado con dicho menor, en la redacción definitiva³³ del artículo 183 ter Cp es suficiente con que en dicho material se represente o aparezca *un menor*. Lo que no es lo mismo.

De hecho, si la foto o el material pornográfico que entrega el menor embaucado no le reproduce a él mismo, la conducta no afectará para nada a su bien jurídico libertad e indemnidad sexual; además de que ya no existiría el riesgo de chantajes que se pretendía evitar con la criminalización de esta conducta (en la foto no aparece él, sino otro menor).

Razones ambas que me permiten concluir, como anticipaba, que este delito ha sido configurado de forma desvirtuada.

Por otra parte, hay que tener en cuenta, como advierte la Fiscalía General del Estado, en su Informe de 8 de enero de 2013, que si la inducción tiene éxito y el menor envía al embaucador el material pornográfico elaborado con otro menor o fotos de otro menor desnudo, los hechos podrían subsumirse en el tipo de utilización de menores para producir material pornográfico (art. 189.1 a) CP), castigado, además, con mayor pena. La apreciación del art. 189 CP tiene dos consecuencias obvias: permite que la previsión expresa de esta nueva conducta en el art. 183 ter CP haya de reputarse como innecesaria³⁴ y que el me-

³³ Si bien no en redacciones anteriores de este precepto en el Proyecto de Reforma de 20 de septiembre de 2013. Así puede comprobarse cómo el artículo Único centésimo vigésimo primero de dicho Proyecto, disponía que el contenido del segundo párrafo del art. 183 ter CP pasaría a ser el siguiente: «2.—El que a través de Internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca dicho menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.»

³⁴ En esta misma línea, el Consejo General del Poder Judicial (2013), tras poner también de manifiesto que la conducta que se incrimina en el párrafo segundo del artículo 183 ter CP, de tener éxito, quedará absorbida por el delito previsto en el art. 189 CP, considera que lo más correcto hubiera sido que este comportamiento se hubiera ti-

nor embaucado que facilitó tal material pueda responder por dicho delito. Efecto perverso ya que el sujeto pasivo al que se pretende proteger en esta figura penal termina siendo autor de otro delito³⁵.

De manera que, en resumidas cuentas, el artículo 183 ter CP en su nueva redacción castiga en su primer apartado una conducta que si es correctamente interpretada, vaciará de contenido al delito en él previsto (delito que, de hecho, y como lo pone de manifiesto la propia Fiscalía General del Estado —en su Informe de 8 de enero de 2013—, hasta la fecha ha tenido nula repercusión práctica); y en su segundo apartado nos encontramos también ante una conducta de difícil prueba y reconducible, caso de tener éxito, a otra figura penal. Por lo que puede concluirse que el vigente artículo 183 ter CP es un ejemplo claro de legislación penal puramente simbólica.

4. *El consentimiento del menor de dieciséis años (art. 183 quater CP)*

El artículo 183 quater CP, precepto incorporado con la LO 1/2015, de 30 de marzo, dispone lo siguiente:

«El consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este Capítulo, cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez.»

Como ya he señalado, la previsión que se contiene en este artículo tiene como consecuencia inmediata que la presunción sobre la falta de validez del consentimiento de los menores de dieciséis años en el ámbito de los delitos de abusos sexuales dejaría de tener carácter *iuris et de iure* y pasaría a tener carácter *iuris tantum*. Con ello se facilitaría, ciertamente, el poder fundamentar el carácter atípico³⁶ de los actos sexuales consentidos entre menores de edad, pero la redacción que se le ha otorgado no está exenta de objeciones.

Es cierto que el legislador en la versión definitiva de este precepto ha subsanado algún defecto de redacción que presentaba en versio-

pificado no en este precepto, sino en el artículo 189 CP. El carácter superfluo de este precepto es señalado también, entre los autores, por ejemplo, por PÉREZ CEPEDA, 2015, p. 291; RAMOS VÁZQUEZ, Ciberacoso, 2015, p. 445; y VILLACAMPA ESTIARTE, 2015, pp. 182-183.

³⁵ Como lo advierte también VILLACAMPA ESTIARTE, 2015, p. 187.

³⁶ Sostiene también que nos encontramos ante una causa de atipicidad, por ejemplo, TAMARIT SUMALLA, Delitos, 2015, p. 425.

nes anteriores. Me refiero concretamente a que haya sustituido la expresión «cuando el autor sea una persona próxima a *la menor*» (que es la que figuraba en el Proyecto de Reforma de 20 de septiembre de 2013³⁷) por la de «próxima *al menor*». El uso de la expresión «a la menor» podía ser ciertamente un mero fallo de redacción, pero al menos a mí me quedaba la duda de si el pre-legislador no estaba con ello, consciente o inconscientemente, reduciendo la problemática de la admisibilidad del consentimiento a aquellos casos en los que *la* que consiente es, específicamente, *una menor* de edad; dando por sobreentendido que el consentimiento del menor es siempre válido o que si el sujeto pasivo del acto sexual es un varón menor de edad, no hay problemas de consentimiento (afirmaciones ambas que no pueden sostenerse a ultranza en todos los casos). Evidentemente, tal especificación hubiera carecido de sentido ya que si en el Capítulo II bis del Título VIII del Código penal se protege de forma global a los menores de dieciséis años para asegurar su ulterior desarrollo sexual en condiciones de normalidad, tal protección debe otorgárseles a los menores de edad sin hacer distinción de género hombre/mujer; por lo que tan válido debe ser el consentimiento prestado por «la menor», como el prestado por «el menor» (si se dan los requisitos para ello, claro está). Por lo que la corrección de tal expresión ha de valorarse positivamente.

Corregido tal fallo de redacción, la primera observación crítica que considero ha de hacerse al artículo 183 quater CP es su ubicación sistemática. No entiendo cómo es posible que esta previsión por la que se le da relevancia al consentimiento prestado por un menor de dieciséis años, se recoja como una disposición común aplicable a *todos* los delitos previstos en ese capítulo³⁸, ya que me pregunto, ¿cómo podría admitirse el consentimiento de menores de dieciséis años a actos de carácter sexual realizados con violencia e intimidación, si tal previsión no existe de forma específica siquiera para los adultos? No podemos olvidar que la violencia en el contexto sexual no es incompatible con el consentimiento, o dicho de otra forma, puede perfectamente consentirse de forma libre a una relación sexual violenta, basta pensar en unas relaciones sexuales sdomasochistas. Conductas estas que numerosos autores han rechazado que puedan ciertamente dar lugar a responsabilidad penal en el contexto de las

37 Vid. artículo Único centésimo vigésimo segundo del Proyecto citado en texto.

38 Sin embargo, RAMOS VÁZQUEZ sostiene que el ámbito de aplicación de este precepto se ciñe casi en exclusiva al artículo 183.1 Cp y a algunos supuestos de Grooming (El consentimiento, 2015, p. 601).

lesiones³⁹, opinión que comparto, pero siempre que los protagonistas de las mismas sean adultos, no en caso de menores de edad; al igual que tampoco entiendo deba reputarse como válido el consentimiento prestado por menores de dieciséis años a conductas sexuales de carácter violento. Por el contrario, se echa en falta una previsión similar a la contenida en el artículo 183 quater CP cuando se criminalizan conductas de contenido sexual de menor entidad y gravedad que los abusos y las agresiones sexuales, como iré poniendo de manifiesto en epígrafes siguientes.

En segundo lugar, me parece excesivo que se deje abierta la puerta a la relevancia del consentimiento que pueda prestar en este ámbito *todo menor* de dieciséis años. Entiendo que en este contexto el legislador debería haber blindado a los menores de determinadas edades y que su consentimiento no pudiera entenderse como válido en supuesto alguno, por ejemplo, hasta los trece años.

En tercer término, me parece cuestionable la *fórmula* empleada por el legislador para otorgar relevancia al consentimiento que preste en este ámbito un menor de edad. Me explico: si bien es cierto que la modificación del carácter de la presunción de la falta de validez del consentimiento que presten los menores de dieciséis años puede solventar el problema de tipicidad que se plantea tratándose de relaciones sexuales consentidas entre menores de esa edad, es tal la inseguridad jurídica que conllevan los criterios que el legislador establece que habrán de ser valorados para dar relevancia a tal consentimiento, que considero que el cambio que se propone no merece el precio a pagar. En efecto, como ya he reproducido, el legislador supedita el que el consentimiento del menor de dieciséis años excluya la responsabilidad penal por los delitos contenidos en este capítulo a que el autor sea «una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez».

Probablemente con la referencia a la madurez de los implicados se pretende conseguir fundamentar la atipicidad no sólo de los actos sexuales en los que los dos implicados son menores de dieciséis años, sino también de aquellos en los que siendo uno de los implicados un menor de esa edad, el otro tiene diecisiete o, como mucho, dieciocho años, por partir de la premisa de que aquí la madurez de ambos será «equivalente». Pero esta premisa no tiene por qué darse. Además, de-

39 Han criticado tradicionalmente la tipificación de las lesiones sadomasoquistas, entre otros, BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, 1982, p. 74, nota 60; MUÑOZ CONDE, 1998, p. 376; y QUINTERO OLIVARES, 1998, p. 68.

terminar la madurez de los implicados no será nunca fácil, va a generar mucha inseguridad y puede producir efectos perversos⁴⁰.

Así habría que plantearse, por una parte, qué es lo que pasaría si tratándose de una relación sexual en la que los dos implicados tuvieran, por ejemplo, quince años, quedara acreditado que el autor (varón) es más maduro que el sujeto pasivo (mujer). ¿Entonces ya no sería válido el consentimiento que ella hubiera prestado? Y por otra parte y como contrapartida tendríamos que preguntarnos si la fórmula empleada por el legislador permitiría que la madurez equivalente de los implicados compense una diferencia de edad de cierta relevancia. Es decir, ¿sería admisible la validez del consentimiento de una menor de quince años cumplidos, si el autor es un adulto, de veinte años, muy inmaduro para su edad? ¿y si fuera a la inversa? ¿y si el menor fuera el varón y la mujer una adulta muy inmadura para su edad?, ¿cambiaría la respuesta?

Considero, por tanto, que entrar a valorar la madurez de los implicados genera un amplio margen de incertidumbre y que hubiera sido mejor que el legislador hubiera, como he sugerido, para empezar, mantenido una edad (por ejemplo, los trece años) hasta la cual el consentimiento prestado en este ámbito careciera de relevancia con carácter *iuris et de iure* y, a partir de esa edad, admitido la atipicidad de las relaciones sexuales consentidas libremente por un menor; ya sea mantenida dicha relación sexual con otro menor o con un adulto. Lo determinante debería ser únicamente que el consentimiento que éste preste no haya sido obtenido mediante violencia, intimidación, engaño o cualquier tipo de prevalimiento.

Termino con ello el análisis de la vigente redacción de los delitos contenidos en el Capítulo II bis del Título VIII del Código penal y paso a referirme a continuación a los delitos contenidos en el Capítulo IV del mismo Título, relativos a las conductas de exhibicionismo y provocación sexual.

III. Capítulo IV: De los delitos de exhibicionismo y provocación sexual

El Capítulo IV del Título VIII del Código penal está formado por dos artículos: el artículo 185 CP, referido al exhibicionismo; y el artículo 186 CP relativo a conductas de venta, difusión o exhibición de material pornográfico.

⁴⁰ Muy crítico también, por ejemplo, RAMOS VÁZQUEZ, El consentimiento, 2015, pp. 602 y ss.

Ambos preceptos no han sufrido una modificación esencial en su literalidad, pero han de ser objeto de un breve análisis en cuanto que han experimentado una modificación indirecta importante en virtud de la reforma de otros preceptos a los que ya he hecho referencia.

Conforme a la LO 1/2015, de 30 de marzo, el vigente artículo 185 CP, dispone lo siguiente:

«El que ejecutare o hiciere ejecutar a otra persona actos de exhibición obscena ante menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses.»

Y el artículo 186 CP conforme a su redacción actual dispone literalmente lo siguiente:

«El que por cualquier medio directo, vendiere, difundiere o exhibiere material pornográfico entre menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año, o multa de 12 a 24 meses.»

Por «actos de exhibición obscena» suele entenderse sencillamente el concepto de *exhibicionismo* acuñado por la Psiquiatría y la Criminología, que evoca un tipo de autor, generalmente con problemas de desequilibrio mental, que realiza actos de exhibición de sus órganos genitales a un extraño⁴¹. Esta conducta sólo es constitutiva de delito, como acabo de reproducir textualmente, si se efectúa ante determinados sujetos pasivos, quizás por su idoneidad para lesionar su indemnidad sexual⁴². También la pretensión de proteger el desarrollo de la personalidad de personas inmaduras es lo que motiva el que se castigue, como prevé el vigente artículo 186 CP, la venta, difusión o exhibición de material pornográfico⁴³ ante los mismos su-

⁴¹ Cfr. en este sentido, MUÑOZ CONDE, Parte Especial, 2015, p. 214.

⁴² Como lo sostienen, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, 1992, pp. 560 y ss.; y MUÑOZ CONDE, Parte Especial, 2015, p. 214.

⁴³ El legislador no ofrece un concepto de material pornográfico, pero sí un concepto de pornografía infantil en el art. 189 Cp. Yo, como analizaré críticamente en su momento, no comparto el concepto de pornografía infantil que ofrece nuestro legislador, pero entiendo que todo aquello que sea calificable como tal, constituirá sin duda material pornográfico. Y coincido con MUÑOZ CONDE en que puede haber material pornográfico (por ej., imágenes de adultos practicando bestialismo) que no encaje exactamente en el concepto de pornografía infantil. Cfr. MUÑOZ CONDE, Parte Especial, 2015, p. 217. Un análisis detallado de esta expresión puede verse en DE LA ROSA CORTINA, Concepto de material pornográfico infantil, 2015, pp. 303 y ss.

jetos pasivos. Ahora bien, en la medida en que tanto el delito de exhibicionismo como el de difusión de material pornográfico se entiendan como actos de provocación sexual, será necesario constatar para que puedan ser castigadas tales conductas, que las mismas se realicen con la intención de involucrar al sujeto pasivo en un contexto sexual⁴⁴.

Apuntado lo anterior, el único cambio expreso que han sufrido ambos preceptos con la reforma de julio de 2015 ha sido la sustitución del término *incapaces* que se usaba en sus respectivas redacciones anteriores, por la expresión «personas con discapacidad necesitadas de especial protección», de conformidad con la unificación terminológica que sigue el legislador al referirse a estas personas. El problema radica en determinar quiénes son esos *menores de edad* que también deben ser protegidos frente a los actos de exhibición obscena y provocación sexual: ¿todos los menores de dieciocho años?, ¿los menores de dieciséis años?, ¿los menores de entre dieciséis y dieciocho años?

Esta es una cuestión que ya era objeto de discusión en la regulación de esta materia previa a la reforma de 2015. En la medida en que hasta julio de 2015 se le reconocía al menor de edad (menor de dieciocho años) pero mayor de trece años, una cierta capacidad para autodeterminarse en el ámbito sexual, hasta el punto de que a partir de esa edad sí podía consentir válidamente relaciones sexuales completas, no tenía sentido que se incriminaran conductas de menor trascendencia como el exhibicionismo y la difusión de material pornográfico entre sujetos pasivos mayores de esa edad⁴⁵.

Por ello, parecía razonable defender que esta incongruencia había de salvarse entendiendo que los menores de edad a los que aludían ambos preceptos eran los que tenían menos de trece años, ya que el propio legislador a partir de esa edad les reconocía una cierta libertad sexual que en relación a estas conductas previstas en los arts. 185 y 186 CP, debía equipararlos a los adultos. Y así, parte de la doctrina era partidaria de sostener que los actos de exhibicionismo o de difusión de material pornográfico con sujetos pasivos menores de dieciocho años, pero mayores de trece, debían reputarse atípicos incluso cuando el acto

⁴⁴ Como sostiene, por ejemplo, MUÑOZ CONDE, Parte Especial, 2015, pp. 215 y 217-218. De otra opinión, sin embargo, PÉREZ CEPEDA, quien si bien sí exige este elemento subjetivo del injusto cuando se trata del delito de exhibicionismo, lo rechaza en los casos de divulgación de pornografía (2010, pp. 204, 206 y 207).

⁴⁵ Llama también la atención sobre esta incongruencia, GONZÁLEZ RUS, 2010, p. 123.

de exhibicionismo o de divulgación de la pornografía se hubiera llevado a cabo sin el consentimiento del menor⁴⁶.

Ahora, con la ampliación de los sujetos pasivos menores de edad objeto de una protección penal reforzada en el contexto de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual a los menores de dieciséis años, habría que entender que los menores de edad a los que aluden como sujetos pasivos tanto el artículo 185 como el artículo 186 CP, que, como digo, no han sufrido cambio en su literalidad a estos efectos, serían los menores de esa edad. Pero ello conlleva una ampliación del círculo de sujetos pasivos que me parece sumamente cuestionable tratándose de estas figuras delictivas, sobre todo si tenemos en cuenta el contenido del vigente artículo 183 quater CP, en virtud del cual el consentimiento libre del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos contenidos en el Capítulo II bis «cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez».

Es decir, conforme a la regulación penal actual se admite que todo menor de dieciséis años pueda otorgar libre y válidamente su consentimiento a relaciones sexuales completas y, sin embargo, se le pretende proteger con independencia de su voluntad frente a las conductas de exhibicionismo (que pueden formar parte, incluso, del preámbulo de la relación sexual a la que se consiente), así como frente a la divulgación o exhibición de pornografía; disparidad de trato esta de difícil justificación.

En mi opinión, el legislador debería o haber reducido expresamente la edad de los sujetos pasivos a proteger en estas figuras penales a los menores, por ejemplo, de hasta trece años o haber previsto, al menos, una disposición similar a la recogida en el art. 183 quater CP para dejar fuera del ámbito típico de estos preceptos todas aquellas conductas de exhibicionismo o de divulgación de pornografía válidamente consentidas por un menor de dieciséis años.

De la misma manera, pero por otras razones, tampoco deben apreciarse estas figuras penales cuando la corta edad del sujeto pasivo le impide comprender la trascendencia de los actos de los que es objeto. En esta ocasión, sencillamente, porque el bien jurídico indemnidad sexual difícilmente puede verse comprometido⁴⁷.

⁴⁶ Cfr. en este sentido, por ejemplo, RAMÓN RIBAS, 2013, p. 124.

⁴⁷ De la misma opinión, RAMÓN RIBAS (2013, p. 124), quien ha analizado con detalle el bien jurídico específicamente protegido en estos preceptos en una obra posterior (2015, pp. 189 y ss.).

IV. Capítulo V: De los delitos relativos a la prostitución y a la explotación sexual y corrupción de menores

La LO 1/2015, de 30 de marzo, ha modificado para empezar, la rúbrica del Capítulo V por la siguiente: «De los delitos relativos a la prostitución, y a la explotación sexual y corrupción de menores». Este cambio de rúbrica ha ser, ciertamente, valorado de forma positiva, ya que al incluir en ella la referencia a la explotación sexual se van a abarcar mejor la diversidad de conductas incriminadas en el artículo 189 CP.

Este Capítulo está formado por un total de cinco preceptos: los artículos 187 a 190 CP. De una manera sintética podríamos decir que los artículos 187 y 188 CP tipifican las conductas relacionadas con la prostitución, el artículo 189 CP, que es el relativo a la explotación sexual y la corrupción de menores, incrimina diversas conductas en este contexto y, después, el artículo 189 bis CP recoge la responsabilidad penal en este ámbito de las personas jurídicas y el artículo 190 CP alude a la reincidencia internacional.

La LO 1/2015, de 30 de marzo, mantiene inalterados los artículos 189 bis y 190 CP, pero ha introducido importantes modificaciones en los artículos 187, 188 y 189 CP. A las redacciones vigentes de estos tres últimos preceptos dedico los epígrafes siguientes.

1. De los delitos relativos a la prostitución (arts. 187 y 188 CP)

Como ya sabemos, en nuestro Ordenamiento jurídico la prostitución en sí misma no es delito, lo que se incriminan son ciertas conductas relacionadas con la misma dependiendo de que la persona prostituida sea un adulto, un menor de edad o, tras la reforma de julio de 2015, una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Así, si bien en los delitos relativos a la prostitución de mayores de edad, es necesario que se emplee violencia, intimidación, engaño o abuso de una situación de superioridad, necesidad o vulnerabilidad, estos medios comisivos no son necesarios cuando el sujeto pasivo es un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, de manera que estos delitos podrán apreciarse aunque estos sujetos pasivos estuvieran de acuerdo en prostituirse o estuvieran ya prostituidos⁴⁸.

⁴⁸ Cfr. al respecto, MUÑOZ CONDE, Parte Especial, 2015, p. 220 y p. 222.

En el ámbito de las conductas relacionadas con la prostitución, lo primero que ha hecho la LO 1/2015, de 30 de marzo, es realizar una separación clara y tajante (inexistente hasta la fecha) entre las conductas referidas a la prostitución de menores y las referidas a la prostitución de adultos.

En efecto, conforme a la regulación vigente, el artículo 187 CP, hasta la reforma de 2015 referido a la prostitución de menores de edad o incapaces, es el dedicado a las conductas relacionadas con la prostitución de sujetos pasivos mayores de edad; y el artículo 188 CP, antes referido a la prostitución de mayores de edad, pero también de menores de edad cuando se hubiera empleado con ellos violencia, intimidación o engaño, recoge ahora las conductas delictivas que tengan como sujetos pasivos a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

Así, el artículo 187 CP, conforme a su redacción vigente, dispone lo siguiente:

«1. El que, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o vulnerabilidad de la víctima, determine a una persona mayor de edad a ejercer o a mantenerse en la prostitución, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

Se impondrá la pena de prisión de dos a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses a quien se lucre explotando la prostitución de otra persona, aun con el consentimiento de la misma. En todo caso, se entenderá que hay explotación cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la víctima se encuentre en una situación de vulnerabilidad personal o económica.

b) Que se le impongan para su ejercicio condiciones gravosas, desproporcionadas o abusivas.

2. Se impondrán las penas previstas en los apartados anteriores en su mitad superior, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se aplicará, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

b) Cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal que se dedicare a la realización de tales actividades.

c) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

3. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida.»

Como he afirmado *supra* este precepto alude ahora exclusivamente a las conductas relacionadas con la prostitución de adultos que son constitutivas de delito.

Este precepto, constituido por dos tipos básicos, un tipo cualificado, y una cláusula concursal, ha sufrido algunos cambios con la LO 1/2015, de 30 de marzo. En el tipo básico en el que se prevén tanto la determinación a la prostitución de adultos (párrafo primero) como la conducta tradicionalmente conocida como proxenetismo (párrafo segundo), hay dos cambios. El primero de ellos consiste en que se pasan a castigar ambas conductas, hasta la fecha sancionadas con la misma pena de prisión y multa, con diferentes penas de prisión. Así, se incrementa la pena de prisión prevista para la conducta de *determinación*, que pasa de ser de dos a cuatro años a ser una pena de prisión de dos a cinco años; y se mantiene la pena de prisión de dos a cuatro años para la conducta de *proxenetismo*. Y el segundo consiste en la incorporación de una aclaración del término «explotación», que puede servir de orientación para delimitar los verdaderos casos de proxenetismo de otros supuestos en los que, aunque alguien «viva» del dinero obtenido por una persona que ejerce la prostitución, no proceda la intervención del Derecho penal, al no haber un abuso o aprovechamiento de la situación de la persona prostituida. Es cierto que no siempre será fácil acreditar que la persona prostituida se encuentra en una situación de vulnerabilidad personal o económica (a) y que el legislador podría haberlo hecho mejor, ya que la redacción empleada al aclarar el término «explotación» (b) no ha sido la más acertada. Así, por ejemplo, podemos constatar cómo el delito no será apreciable cuando, aunque la persona prostituida ejerza la prostitución en condiciones abusivas o desproporcionadas, tales condiciones no le hayan sido «impuestas», ya que en tal caso no podrá entenderse que esté siendo efectivamente «explotada»⁴⁹. Pero considero que esta restricción ha de valorarse positivamente, aunque sea de forma moderada, ya que trata de dar respuesta a las críticas que se hacían a la redacción anterior de este precepto por este motivo⁵⁰.

⁴⁹ Como lo advierte DAUNIS RODRÍGUEZ, 2015, p. 118. De hecho, tras el análisis de esta nueva redacción este autor concluye que «lejos de aportar solución alguna a la compleja situación de inseguridad jurídica e indefensión de las personas que se dedican a la prostitución, la norma lo que aporta es una mayor seguridad jurídica a los proxenetas o empresarios de la prostitución, al establecer los requisitos para su persecución penal» (2015, p. 119).

⁵⁰ Como lo hace también, por ejemplo, ORTS BERENGUER, quien sostiene que esta aclaración del término explotación representa una mejora respecto del texto anterior (2015, p. 609).

El apartado dos de este precepto, que recogía hasta la fecha un tipo cualificado cuando las conductas anteriormente vistas recayeran sobre un menor de trece años, cambia radicalmente de contenido, recogiendo ahora tres cualificaciones aplicables únicamente a la determinación a la prostitución de adultos o a las verdaderas conductas de proxenetismo merecedoras de la intervención del Derecho penal. Concretamente estas tres cualificaciones aluden, respectivamente, al prevalimiento del carácter público que tenga el culpable, a la pertenencia del sujeto activo a un grupo u organización criminal; y a la puesta en peligro de la vida o salud de la persona a la que se determina a la prostitución o de cuya prostitución el sujeto activo se lucra (las dos primeras constituían en la redacción anterior de este precepto los tipos cualificados recogidos en sus apartados tercero y cuarto). Por último, el artículo 187 CP en su tercer apartado recoge una previsión en virtud de la cual se ofrece la solución a aquellos casos en los que la persona prostituida o de cuya prostitución el sujeto activo se lucra haya sido sujeto pasivo de los delitos de abusos o agresiones sexuales, señalando que las penas previstas en este delito se aplicarán *sin perjuicio* de las que correspondan por esos otros delitos, apreciándose, por tanto, un concurso de delitos⁵¹.

Pasando al artículo 188 CP, este precepto recibe con la LO 1/2015, de 30 de marzo, la siguiente redacción:

«1. El que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor o a una persona con discapacidad para estos fines, será castigado con las penas de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses.

Si la víctima fuera menor de dieciséis años, se impondrá la pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses.

2. Si los hechos descritos en el apartado anterior se cometieran con violencia o intimidación, además de las penas de multa previstas, se impondrá la pena de prisión de cinco a diez años si la víctima es menor de dieciséis años, y la pena de prisión de cuatro a seis años en los demás casos.

3. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en los apartados anteriores, en sus respectivos casos, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación.

⁵¹ En opinión de MUÑOZ CONDE, real o medial (Parte Especial, 2015, p. 223).

b) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.

c) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. En este caso se impondrá, además, una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años.

d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

e) Cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas.

f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

4. El que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, será castigado con una pena de uno a cuatro años de prisión. Si el menor no hubiera cumplido dieciséis años de edad, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión.

5. Las penas señaladas se impondrán en sus respectivos casos sin perjuicio de las que correspondan por las infracciones contra la libertad o indemnidad sexual cometidas sobre los menores y personas con discapacidad necesitadas de especial protección.»

Como podemos comprobar, este artículo tras la reforma experimentada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, está estructurado en cinco apartados. Sintéticamente: el primero de ellos contiene un tipo básico formado por dos conductas típicas en las que los sujetos pasivos han de ser o bien personas con discapacidad necesitadas de especial protección o bien menores de dieciocho años, pero mayores de dieciséis y un tipo cualificado a aplicar si el sujeto pasivo fuera menor de dieciséis años; el segundo, recoge un tipo cualificado si alguna de las conductas previstas en el primer apartado se llevaran a cabo con violencia o intimidación, conductas que castiga con dos marcos de pena distintos según el sujeto pasivo sea un menor de edad pero mayor de dieciséis años, o un menor de dicha edad; el tercer apartado recoge nuevamente una serie de cualificaciones aplicables a los tres apartados anteriores; el apartado cuarto recoge la conducta del cliente y prevé para la misma dos marcos penales diferentes en función de la menor edad del sujeto pasivo; y, por último, el apartado quinto, en términos similares a los del apartado tercero del artículo 187 CP, ofrece la solución concursal a aplicar si el sujeto pasivo de las distintas

conductas típicas previstas en este artículo hubiera sido víctima —en esta ocasión— de cualquier otro delito contra la libertad o indemnidad sexual.

Las novedades, como veremos a continuación de forma algo más detallada, son importantes.

Para empezar, en el apartado primero de este artículo se le une a las conductas consistentes en inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección (expresión que sustituye al término incapaz), las de *lucro* y *explotación* llevadas a cabo con la misma finalidad⁵². Con ello se establece un cierto paralelismo con las conductas del apartado primero del artículo 187 CP en el que, como vimos, se incrimina tanto la determinación de un adulto al ejercicio de la prostitución (siempre que medie violencia, intimidación o engaño, eso sí) como la *explotación* de la persona prostituida, pero con diferencias. En primer lugar, mientras que en el art. 187 CP la explotación de la persona prostituida se castiga algo menos gravemente que la conducta de determinación, tratándose de menores de edad la pena es la misma para ambas conductas: pena de prisión de dos a cinco años y multa de doce a veinticuatro meses (que es precisamente la pena con la que se castiga la determinación a la prostitución de adultos) si el menor tiene más de dieciséis años, y pena de prisión de cuatro a ocho años y multa de doce a veinticuatro meses en caso contrario. Y en segundo lugar, no se recoge una aclaración de lo que habrá de entenderse por «lucrarse» con la prostitución de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, ni se explica en qué ha de consistir el «explotar de algún otro modo» la prostitución de menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección; pero en mi opinión ambos términos han de ser equivalentes. La redacción del legislador es, desde luego, más que mejorable, pero entiendo que el «lucro» no puede consistir en cualquier tipo de enriquecimiento⁵³, sino que debe consistir en alguna forma de enriquecimiento que constituya una auténtica explotación (*explotar de algún otro modo* indica que el *lucrarse* es una forma de *explotar*). Por lo que

⁵² Conductas ambas contenidas en el artículo 4.5 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo. Sobre la transposición a nuestro Ordenamiento de las previsiones en esta Directiva en relación a la prostitución infantil puede verse, para más detalles, AGUADO CORREA, 2015, pp. 241 y ss.

⁵³ Como afirma en términos similares ORTS BERENGUER por «lucrarse con ello» debiera entenderse «obtener un beneficio significativo y directo de la prostitución» del menor o de la persona con discapacidad necesitada de especial protección (2015, p. 613).

para su delimitación debe acudir a la aclaración del término «explotación» que se ofrece en el art. 187 CP. Además y también como novedad, se escinde de este apartado, trasladándola al apartado cuarto de este mismo artículo, la conducta consistente en solicitar, aceptar u obtener, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o con discapacidad necesitada de especial protección. Y al independizar ambos bloques de conductas, el legislador pasa también a castigarlas, como podremos comprobar, con diferentes marcos penales.

De hecho, tras la reforma de 2015, en el artículo 188.1 CP se incrementa la pena de prisión respecto a la que se establecía para estas mismas conductas tanto en el tipo básico (que pasa de ser prisión de uno a cinco años a prisión de dos a cinco años), como en el tipo cualificado que, además, ya no es aplicable sólo a los menores de trece años, sino a los menores de dieciséis. En este último caso la pena de prisión pasa de ser de cuatro a seis años a ser de cuatro a ocho años⁵⁴, añadiéndosele también la pena de multa de doce a veinticuatro meses (que no estaba prevista tampoco para esta conducta en la redacción anterior).

Si pasamos al segundo apartado del artículo 188 CP en él se recoge, como ya anticipé, un tipo cualificado en el que se endurecen las penas de prisión previstas para las conductas reconducibles al apartado primero cuando las mismas se lleven a cabo empleando violencia o intimidación, castigándolas entonces con pena de prisión de cinco a diez años si la víctima tiene menos de dieciséis años, y con pena de prisión de cuatro a seis años en los demás casos.

El artículo 188 CP en su apartado tercero, contiene también nuevamente un tipo cualificado que dispone que las penas previstas en los apartados que le preceden se incrementarán en un grado cuando concurren alguna de las siguientes circunstancias⁵⁵ (algunas de ellas similares a las contenidas en el anterior art. 188.4 CP, otras, por el contrario, de nuevo cuño): que la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o situación; que el responsable del delito se haya prevalido para su realización de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente, descendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima; que el responsable del delito se hubiera prevalido para su realización de su condición de

⁵⁴ Adecuándose con ello a la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

⁵⁵ En cumplimiento del artículo 9 de la Directiva 2011/93/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo.

autoridad, agente de ésta o funcionario público (en cuyo caso se impondrá, además, una pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años); si el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima; cuando los hechos se hubieren cometido por la actuación conjunta de dos o más personas; y cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

Por su parte, en el apartado cuarto del artículo 188 CP pasa a ubicarse, como ya anticipé, la conducta del cliente al castigar al que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o con una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Esta conducta se escinde así de la de *inducir, promover...* la prostitución (de un menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección), y con ello se diferencian también las penas con las que unas y otras son castigadas. En efecto, frente a la pena de uno a cinco años de prisión y multa de doce a veinticuatro meses con las que se castigaban estas conductas en el anterior art. 187 CP, las mismas pasan a ser castigadas en el art. 188.4 CP con la pena de uno a cuatro años de prisión, si el sujeto pasivo es un menor de edad, mayor de dieciséis años (o una persona con discapacidad necesitada de especial protección), y con la pena de prisión de dos a seis años, si el menor no hubiera cumplido esa edad; sin que además le sean aplicables las agravaciones previstas en los apartados segundo y tercero de este artículo. Esta reducción de pena para estas conductas ha de valorarse, sin duda alguna, de forma positiva, pero aun así sigue planteando un problema de proporcionalidad ya que se castiga con la misma pena el haber obtenido la relación sexual que el mero hecho de solicitarla, aunque tal relación no se consiga, equiparación punitiva más que discutible.

Por último, el artículo 188 CP recoge en su apartado quinto una cláusula en virtud de la cual, las penas en él previstas se impondrán *sin perjuicio* de las que correspondan por las agresiones o abusos sexuales cometidos sobre la persona prostituida, aclarando, por tanto, que la relación entre estas infracciones penales será la de concurso de delitos⁵⁶.

⁵⁶ En opinión de MUÑOZ CONDE, dicho concurso será real o medial (Parte Especial, 2015, p. 223).

2. *Delitos relacionados con la pornografía infantil y de personas con discapacidad necesitadas de especial protección (art. 189 CP)*

El vigente artículo 189 CP dispone lo siguiente:

«1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cinco años:

a) El que capture o utilizare a menores de edad o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas.

b) El que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido.

A los efectos de este Título se considera pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección:

a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada.

b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.

c) Todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes.

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

2. Serán castigados con la pena de prisión de cinco a nueve años los que realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo cuando concurra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando se utilice a menores de dieciséis años.

b) Cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

c) Cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual.

d) Cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

e) Cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia.

f) Cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

g) Cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad.

h) Cuando concurra la agravante de reincidencia.

3. Si los hechos a que se refiere la letra a) del párrafo primero del apartado 1 se hubieran cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores.

4. El que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.

5. El que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de tres meses a un año de prisión o con multa de seis meses a dos años.

La misma pena se impondrá a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

6. El que tuviere bajo su potestad, tutela, guarda o acogimiento a un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección y que, con conocimiento de su estado de prostitución o corrupción, no haga lo posible para impedir su continuación en tal estado, o no acuda a la autoridad competente para el mismo fin si carece de medios para la custodia del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.

7. El Ministerio Fiscal promoverá las acciones pertinentes con objeto de privar de la patria potestad, tutela, guarda o acogimiento familiar, en su caso, a la persona que incurra en alguna de las conductas descritas en el apartado anterior.

8. Los jueces y tribunales ordenarán la adopción de las medidas necesarias para la retirada de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil o en cuya elabo-

ración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección o, en su caso, para bloquear el acceso a las mismas a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español.

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

La LO 1/2015, de 30 de marzo, ha modificado este precepto en aspectos muy importantes, ampliando su contenido, ya de por sí amplísimo en su redacción anterior, aún más, al incorporarle nuevas conductas típicas, así como un nuevo apartado.

Como podemos constatar está formado por ocho apartados a los que paso a referirme a continuación, centrándome fundamentalmente en los aspectos que han sido objeto de reforma.

Artículo 189.1 CP: el primer apartado de este artículo está formado por dos sub-apartados (a y b) en los que se recogen (en los mismos términos que en su redacción anterior) conductas diversas siempre y cuando los sujetos pasivos de las mismas sean o menores de edad o, desde julio de 2015, *personas con discapacidad necesitadas de especial protección*, expresión esta última con la que se sustituye el término anteriormente usado de *incapaces*⁵⁷. Hay que aclarar que el menor de edad al que se refiere este apartado es el menor de dieciocho años que tiene más de dieciséis, ya que si fuera menor de esta edad entraría en consideración, como veremos, el tipo cualificado del apartado segundo de este artículo.

Dicho esto, en la letra a) de este apartado se castiga el *captar* o *utilizar* a los sujetos pasivos señalados para espectáculos exhibicionistas o pornográficos o para elaborar cualquier tipo de material pornográfico, así como la *financiación* de estas actividades o el *enriquecimiento* con las mismas.

Hay que apuntar críticamente que en la redacción actual de este apartado se mantenga la conducta de «captar» al menor, introducida en el Código penal por la LO 5/2010, de 22 de junio, a pesar de haber sido criticada por los autores por ampliar desmesuradamente el ámbito típico del precepto, ya que con ella se incriminan actos que pueden ser meramente preparatorios y no claramente equiparables a aquellos con los que se castiga al mismo nivel. Así, puede ocurrir, por ejemplo, que se capte a un menor para elaborar material pornográ-

⁵⁷ Aunque según se recoge en la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/2015, de 19 de junio: «como han puesto de manifiesto los criminólogos que han estudiado este fenómeno, no existe tráfico de pornografía de adultos discapacitados» (cfr. p. 3).

fico unos meses antes de alcanzar la mayoría de edad, y que tal elaboración se lleve a cabo cuando haya cumplido los dieciocho años⁵⁸; por lo que no se habría puesto en peligro bien jurídico alguno del menor.

La modalidad de *utilización* de menores en espectáculos, públicos o privados, exige para su apreciación que el menor intervenga en el mismo, es decir, que tenga un papel en él no siendo suficiente con que desempeñe una tarea subalterna de carácter no sexual⁵⁹. La diferencia entre *espectáculo público* y *espectáculo privado* radica en el número más o menos amplio de personas que vayan a tener acceso al mismo. Pero para que haya *espectáculo privado* habrá de exigirse que el hecho, aun privado, siga constituyendo un *espectáculo* como tal, por lo que deberá de permitirse el acceso a más de una persona. Si, por el contrario, el sujeto pasivo se exhibiera únicamente ante el sujeto activo, no podría hablarse de espectáculo y la conducta no sería reconducible a este precepto.

Por lo que se refiere a la conducta de *elaboración* de pornografía infantil habría que plantearse hasta qué punto es correcto que se castigue en todo caso cuando el sujeto pasivo de la misma es un menor de edad —mayor de dieciséis años—, ya que estos menores pueden disponer libremente de su libertad e indemnidad sexual. Así, habría que reflexionar sobre qué es lo que pasaría, por ejemplo, si un menor de edad (mayor de dieciséis años) en el curso de una relación sexual completamente libre y consentida con persona que ha superado la mayoría de edad sexual, grabara, con consentimiento de ésta, el acto sexual para su uso estrictamente privado, excluyendo cualquier propósito de difusión pública; o si menores de edad, mayores de dieciséis años, se grabaran, de mutuo acuerdo, mientras mantienen relaciones sexuales para después visionarlo: ¿habría que sancionarlos con arreglo a este precepto? La Fiscalía General del Estado en su Informe de 8 de enero de 2013, sugirió ya que la previsión del art. 183 quater CP debería haberse extendido a este tipo de casos, entendiendo que, si bien se trata de conductas con las que, *formalmente*, se cometería el delito del art. 189.1 a) CP, no concurre en ellas el contenido de antijuridicidad que fundamenta la punición de tal conducta. Sin embargo, y como reconoció la Fiscalía General del Estado en dicho Informe, el Tribunal Supremo ya ha analizado supuestos como los recogidos en texto de-

⁵⁸ Como lo ejemplificaba críticamente ya con arreglo a la redacción anterior de este precepto, MUÑOZ CONDE, 2013, p. 242.

⁵⁹ Como se especifica en la Circular 2/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado (cfr. p. 14).

cantándose —en aplicación estricta de la norma— por la punición conforme al tipo del art 189.1 a) CP (conforme a su redacción anterior).

De manera que desde mi punto de vista y con la regulación vigente en la mano esto puede suponer en muchos casos, un auténtico contrasentido⁶⁰. No se puede reconocer la libertad sexual de los menores de edad, mayores de dieciséis años, para después castigar ciertas conductas de contenido sexual que en sí mismas no conllevan ningún desvalor adicional.

Apuntado lo anterior, con carácter general puede decirse que en este apartado se recogen con verbos diversos una serie de conductas que afectan a la indemnidad sexual de sujetos pasivos concretos, por lo que, si en el material pornográfico se hubieran empleado a varios de ellos, habrán de apreciarse tantos delitos de elaboración de material pornográfico como menores o personas con discapacidad necesitadas de especial protección se hubieran utilizado.

Otra cosa distinta ocurre, sin embargo, con las conductas que se inculpan en la letra b) de este apartado, en el que aunque los archivos que se distribuyan sean varios y/o afecten a una pluralidad de sujetos pasivos, darán lugar a la apreciación de una única figura penal⁶¹, ya que con las conductas en él previstas no se protege la indemnidad sexual individual, sino la indemnidad sexual —de los menores o de las personas con discapacidad necesitadas de especial protección— en general, como tipo de peligro⁶².

En efecto, en el apartado b) se castiga a los sujetos activos por realizar ciertas conductas con las que no han operado sobre menores concretos (o sobre personas con discapacidad necesitadas de especial protección concretas), por lo que resulta criticable el que se castiguen exactamente con la misma pena que las previstas en el apartado anterior⁶³. Se les castiga por realizar una serie de conductas, que de una u otra manera constituyen una *difusión*, en la medida en que están di-

⁶⁰ De otra opinión, RAMÓN RIBAS quien, refiriéndose a la regulación anterior sobre la materia sostenía que se trata una contradicción meramente aparente, al entender que lo que sucede es que en las conductas previstas en este artículo se protege no sólo la indemnidad sexual de los menores de edad, sino también otro bien jurídico individual indisponible por los menores de dieciocho años de edad, cual es su derecho a la intimidad y a la propia imagen (2013, pp. 184-185).

⁶¹ Criterio este que, según indica la Circular 2/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, había sido aplicado ya en las SSTs 782/2007 de 3 de octubre; 785/2008 de 25 de noviembre y 829/2008 de 5 de diciembre) (cfr. p. 19).

⁶² Cfr. en este mismo sentido la Circular 2/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado (p. 30).

⁶³ Lo que constituye claramente una infracción del principio de proporcionalidad.

rigidas a poner a disposición de terceros un material previamente elaborado y en cuya confección el sujeto activo no ha participado. De hecho, si el sujeto activo hubiera participado en la elaboración del material pornográfico y después realizara también alguna de las conductas previstas en el apartado b), se le castigará únicamente de conformidad con el art. 189.1.a), porque la posterior conducta de difusión ha de considerarse englobada dentro de la fase de agotamiento del delito anterior.

Concretamente en la letra b) se castiga *producir, vender, distribuir*⁶⁴, *exhibir, ofrecer* o *facilitar* la producción, venta, difusión o exhibición de pornografía elaborada con los sujetos pasivos antes mencionados. Así como, con la misma pena, la mera *posesión*⁶⁵ de dicho material pornográfico, siempre y cuando sea para realizar esas mismas conductas. Si se poseyera y después se vendiera, exhibiera o difundiera este tipo de material, se apreciará únicamente estas últimas conductas con las que la de posesión guarda una relación de subsidiariedad. También aquí se amplía en exceso el ámbito de aplicación de este delito con la conducta de «ofrecer», ya que podría estarse ofreciendo un material pornográfico que ni siquiera se ha elaborado aún. Por lo que se estaría castigando nuevamente un mero acto preparatorio de difícil prueba⁶⁶.

En todo caso, la novedad más importante introducida por el legislador en la reforma de julio de 2015 en este primer apartado del art. 189 CP es la incorporación de lo que ha de entenderse a los efectos del Título VIII por *pornografía infantil o en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección*⁶⁷.

En efecto, el legislador indica que ha de entenderse por tal, como ya he reproducido *supra*: a) todo material que represente de manera visual a un menor o a una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada; b) toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales; c) todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en

⁶⁴ Conducta en la que según la Circular 2/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado son subsumibles los supuestos de intercambio de archivos de material pornográfico infantil, ya que se permite que otros accedan al mismo, poniéndolo por tanto a disposición de terceros (cfr. pp. 18-19).

⁶⁵ Conducta que implica tenencia prolongada en el tiempo, según aclara la Circular 2/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado (cfr. p. 21).

⁶⁶ Cfr. en este mismo sentido, MUÑOZ CONDE, Parte Especial, 2015, p. 227.

⁶⁷ Este apartado recoge concretamente la definición de pornografía infantil que se ofrece en el art. 2.c) de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales (es lo que se denomina pornografía *técnica*), salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes; y d) imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales (lo que se denomina pornografía *virtual*).

El concepto de «pornografía» no es ciertamente un término fácil de delimitar, pero creo que este intento del legislador penal español por aclararlo no va a contribuir en modo alguno, en realidad, a esclarecerlo. Lo único que puede sacarse en claro de su redacción es que la clave de la tipicidad de este tipo de conductas residirá en que el material se centre bien en un comportamiento sexual de un menor, bien en sus órganos sexuales, y en que ha de tratarse, en todo caso, de representación visual, quedando excluido tanto el material exclusivamente de audio, como el escrito⁶⁸. Además, la representación de las personas (reales o simuladas) o de los órganos sexuales de las mismas ha de efectuarse, en todo caso, con fines *principalmente sexuales* (por tanto, no médicos, ni científicos ni similares); finalidad que, como ha aclarado la Fiscalía General del Estado, deberá tener reflejo en el propio material⁶⁹.

Afirmado lo anterior, no me parece adecuado que se equipare el material de carácter sexual elaborado con menores de edad, con el realizado con adultos que «parecen ser menores» por lo añinado de su aspecto, como hace el apartado c) de esta definición, ya que si las personas que aparecen en dicho material aunque parezcan menores, no lo son, eso no puede ser calificado como «pornografía infantil» y no creo que lo criticable de esta presunción desaparezca por el carácter *iuris tantum* de la misma⁷⁰.

⁶⁸ Como lo pone de manifiesto la Fiscalía General del Estado en su Informe de 8 de enero de 2013. Y así lo recoge la Circular 2/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado (cfr. p. 52).

⁶⁹ Fiscalía General del Estado, Circular 2/2015, de 19 de junio, pp. 6-7 (donde aclara que no será suficiente con la mera intencionalidad de quien lo posee o difunde).

⁷⁰ También en sentido crítico, por ejemplo, PÉREZ CEPEDA, 2015, p. 311. De otra opinión se ha mostrado, sin embargo, la Fiscalía General del Estado, en su Informe de 8 de enero de 2013, cuando afirmó que cabe justificar la tipificación de la pornografía virtual (en la que la imagen de un menor es una creación artificial pero realista) y técnica (en la que aparecen personas presentadas como menores en un contexto sexual) porque estas conductas banalizan y pueden contribuir a la aceptación de la explotación sexual de los niños y porque atacan la dignidad de la infancia en su conjunto. Además, alega una ra-

Y por último, desconozco a qué alude el legislador cuando en el apartado d) califica de material pornográfico a las «imágenes realistas», ya que si se trata de una imagen *real* de un menor participando en una conducta explícita de carácter sexual, esto ya está contemplado en la letra a), y si se está refiriendo a imágenes de personas que *parecen* menores, pero no lo son, para eso ya tenemos la letra c), de manera que este apartado en concreto me parece totalmente superfluo y desde luego, si lo que se pretende es castigar imágenes trucadas que parecen ser los órganos sexuales de un menor, me parece excesivo⁷¹; por lo que la consideración que me merecen en ge-

zón práctica: el que muy pronto, señalando que ya es difícil, será imposible distinguir entre imágenes reales e imágenes generadas por ordenador. La Circular 2/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado otorga las siguientes pautas a los Fiscales para apreciar la denominada pornografía técnica a la que se refiere la letra c): «Los Sres. Fiscales interpretarán esta disposición en el sentido de que tendrá trascendencia penal el material pornográfico que presente a una persona como menor, atendido su aspecto externo y el contexto en el que se le coloca (vestimenta, etc.), incluyendo el texto escrito o el audio que lo acompañe. Será pues penalmente relevante el material que presente a personas como menores en un contexto sexual. Se trata de supuestos en los que las personas que aparecen en el material pornográfico aparentan ser menores —bien porque son seleccionados por sus rasgos especialmente añiados y convenientemente maquillados —simulación analógica o real— o retocadas sus imágenes o fotogramas digitalmente, mediante el borrado de sus signos de madurez sexual (senos, vello púbico, etc.)... Si no puede determinarse la mayoría o minoría de edad de la persona representada y el material la «presenta» como menor de edad, el material deberá ser considerado como pornografía infantil». Si bien especifica también que «La vía de la pornografía técnica no puede utilizarse para criminalizar la posesión o difusión de imágenes de personas a las que no se les presenta como menores, a las que no se consigue identificar y respecto de las que existan dudas sobre si sobrepasan o no los dieciocho años» (cfr. pp. 9-10).

⁷¹ En términos críticos similares puede verse el Informe del Consejo General del Poder Judicial (2013), en el que se reivindicaba se revisaran los términos de esta definición para dotarla de una mayor claridad y concreción para mejorar la delimitación de cada uno de los supuestos que la integran; petición que no ha sido tenida en cuenta por el legislador. No considero que sea ni siquiera suficiente el intento clarificador realizado en la Circular 2/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado cuando establece lo siguiente: «A fin de evitar indebidas extensiones del concepto de pornografía infantil, debe interpretarse restrictivamente el concepto «imágenes realistas». Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua «realista» significa que «trata de ajustarse a la realidad». Por tanto, «imágenes realistas» serán imágenes cercanas a la realidad, a la que tratan de imitar. Dicho de otro modo, serían imágenes que no son reales pero lo parecen. Podrían abarcar imágenes alteradas de personas existentes e incluso las imágenes generadas mediante ordenadores. Por tanto, solo serán «imágenes realistas» potencialmente subsumibles en el concepto de pornografía infantil aquellas que se aproximan en alto grado a la representación gráfica de un auténtico menor, o de sus órganos sexuales. Por ello, no deberán los Sres. Fiscales entender incluidos dibujos animados, manga o representaciones similares, pues no serían propiamente «imágenes realistas», en tanto no perseguirían ese acercamiento a la realidad» (cfr. p. 8).

neral estas supuestas aclaraciones es que son, sencillamente, contra-productivas⁷².

Artículo 189.2 CP: este apartado recoge un tipo cualificado en el que se reubican algunas de las cualificaciones previstas en el apartado tercero de este artículo en su redacción anterior, si bien otras son de nuevo cuño. Los factores de agravación son los siguientes: a) que se hubieren utilizado a menores de dieciséis años; b) que los hechos revisitan un carácter particularmente degradante o vejatorio; c) que el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual; d) que el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o la salud de la víctima; e) que el material pornográfico fuera de notoria importancia; f) que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades; g) que el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición de reconocida confianza o autoridad; y h) que concurra la agravante de reincidencia.

Si concurriera más de uno de estos factores de agravación, tal concurrencia se tendrá en cuenta a la hora de determinar la pena concreta a imponer.

Todos los factores a los que acabo de aludir están previstos como aplicables, en principio, tanto a las conductas contenidas en la letra a) como en la letra b) del apartado anterior, pero esto puede ser dis-

⁷² El Consejo General del Poder Judicial (2013) apuntaba ya los problemas interpretativos que, sin duda alguna, va a generar esta supuesta aclaración, por su redacción «difícil, poco técnica y cuidada». Observación crítica que, como vemos, no ha sido tenida en consideración para nada por el legislador. ORTS BERENGUER sostiene sobre esta supuesta clarificación literalmente lo siguiente: «el legislador ha descrito la conducta típica de forma tan difusa que es posible encajar en ella comportamientos sin la menor carga lesiva para la indemnidad o el bienestar o los procesos de formación y/o socialización de menores y personas con discapacidad, sin la menor tangencia con uno de ellos. Pues podría sostenerse, y acaso se sostenga, que cometen el delito quienes pintan o dibujan o elaboran virtualmente a través del ordenador y del correspondiente programa la imagen de una persona menor de edad o de una persona con discapacidad necesitada de especial protección, reales o imaginadas, presentes o recordadas, participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada» (2015, p. 619). Posibilidad esta desde luego inadmisibles.

cutible en algunos de ellos⁷³. Así, por ejemplo, la apreciación de la agravante prevista en la letra a) (que se hubieren utilizado menores de edad), no parece deba tenerse en consideración más que cuando se realicen las conductas del apartado 1.a), ya que otra interpretación sería contraria al verbo «utilizar»⁷⁴. Lo mismo sucede con el factor de agravación contenido en el apartado d), ya que la vida o la salud de la víctima sólo puede haber sido puesta en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, por aquél que haya actuado sobre el menor.

Por otro lado, algunos de los factores de agravación sólo van a poder ser aplicados cuando se haya usado para la elaboración del material pornográfico a personas reales ya que no tienen sentido si la pornografía fuera virtual (art. 189.1 d) o técnica (art. 189.1 c). Es lo que entiendo va a ocurrir con los factores de agravación previstos en las letras a) que trata de proteger a los menores de dieciséis años, por lo que éstos habrán de ser reales; b) ya que para que los hechos tengan un carácter especialmente degradante o vejatorio, los sujetos pasivos han de ser, nuevamente, reales; c) ya que sólo las personas reales pueden ser *víctimas*; d) porque sólo se puede poner en peligro la vida o la salud de los sujetos pasivos si éstos son personas reales; y g) ya que si ha de haber una determinada relación entre sujetos activos y pasivos, estos tienen también que ser personas reales.

Una mención especial merece el hecho de que tanto las conductas recogidas en la letra a) del apartado primero, como las contenidas en el apartado b) hayan de ser castigadas más gravemente (con pena de prisión de cinco a nueve años) cuando dichas conductas tengan por sujeto pasivo a un menor de dieciséis años, ya que con ello se puede estar incurriendo de nuevo en una contradicción. En términos similares a como ya razoné *supra*, si el vigente art. 183 quater CP reconoce cierta

⁷³ Y así lo apuntaba de hecho, la Fiscalía General del Estado en su Informe de 8 de enero de 2013. Un análisis minucioso de estas cualificaciones puede verse en DE LA ROSA CORTINA, Subtipos agravados de pornografía infantil, 2015, pp. 343 y ss.

⁷⁴ Así lo entiende, al menos, la Circular 2/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado, interpretación con la que sostiene, se viene a confirmar una jurisprudencia muy asentada contraria a la aplicación de este subtipo a las conductas de difusión tipificadas en el art. 189.1 b) (SSTS 1110/2009, de 16 de noviembre, 1055/2009, de 3 de noviembre, 674/2010, de 5 de julio y 1299/2011, de 17 de noviembre) (cfr. p. 30). En dicha Circular se dispone también que los subtipos agravados del art. 189.2 no son aplicables, en general, a la conducta de mera posesión (STS 795/2009, de 28 de mayo), si bien considera que la concurrencia de los presupuestos fácticos de alguno de los subtipos agravados puede y debe utilizarse a la hora de individualizar la pena del tipo de posesión (cfr. p. 28).

libertad sexual a los menores de dieciséis años, en la medida que admite puedan consentir válidamente un contacto sexual; el artículo 189 CP no puede castigar automáticamente todas las conductas en él previstas más gravemente por el hecho de que uno de los implicados sea un menor de dieciséis años si las mismas han sido válidamente consentidas en el seno de una relación sexual también válidamente consentida, en la medida en que no concurrirá en ellas el contenido de antijuridicidad que fundamenta la punición de tal conducta.

Artículo 189.3 CP: en este apartado se incorpora un tipo cualificado de nuevo cuño a aplicar cuando las conductas previstas en la letra a) del primer apartado de este artículo se hubieran cometido empleando violencia o intimidación. En este caso la pena pasará a ser la superior en grado. Este subtipo hiperagravado puede operar sobre la pena prevista en el apartado primero (prisión de uno a cinco años), pero también sobre la pena prevista en el apartado segundo (prisión de cinco a nueve años), pudiendo llegarse en este último caso a una pena de prisión de entre los nueve años y un día y los trece años y seis meses. Si la violencia se emplea para conseguir elaborar el material pornográfico, pero no para consumir el acto, se aplicará este subtipo hiperagravado sin que se planteen problemas concursales. En caso contrario, es decir, si la violencia o intimidación se emplearan para conseguir el acto sexual la solución no es tan evidente. En este último caso, la Circular 2/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado dispone que *mientras no se consolide una línea jurisprudencial en sentido opuesto*, los fiscales aplicarán bien el tipo del art. 189.1 a) con la agravación contemplada en el art. 189.3; bien el tipo del art. 189.1 a) en concurso real con el tipo correspondiente a la agresión sexual en el que pudieran subsumirse los hechos⁷⁵. Concurso de leyes a resolver con arreglo al criterio de alternatividad.

Artículo 189.4 CP: el apartado cuarto del artículo 189 CP castiga⁷⁶ con la pena de seis meses a dos años de prisión al que asistiere a *sabiendas* a espectáculos exhibicionistas o pornográficos⁷⁷ en los que

⁷⁵ Circular 2/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado (pp. 47-49).

⁷⁶ En respuesta al artículo 4.4 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; si bien sin distinguir, a diferencia de lo que se hace en este artículo, la pena a aplicar según la edad de los menores participantes en el espectáculo. A pesar de ello, la Circular 2/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado dispone que para calibrar la mayor o menor gravedad de los hechos deberá valorarse especialmente la edad de dichos menores (cfr. p. 24).

⁷⁷ El término espectáculo pornográfico es definido en el art. 2.e) de la Directiva 2011/93/UE como la exhibición en directo dirigida a un público, incluso por medio de las tecnologías de la información y la comunicación: i) de un menor participando en una

participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección. Esta conducta se castiga desde la perspectiva de que si no hubiera demanda de este tipo de espectáculos, éstos no tendrían lugar, pero realmente no tiene por qué ser así y en cualquier caso, no resulta tan evidente que con la asistencia a este tipo de espectáculos se esté lesionando bien jurídico alguno. En todo caso, para la aplicación de este delito ha de constatarse la concurrencia del elemento subjetivo que exige, lo que dificultará sin duda alguna la apreciación del mismo, hasta el punto de que puede terminar careciendo de toda operatividad real.

Artículo 189.5 CP: este apartado está formado por dos párrafos. En el primero castiga tanto la *adquisición* como la *posesión* de pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de una especial protección, para uso propio; y en su segundo párrafo el «acceso a sabiendas» a dicho material. Tanto la conducta de *adquisición* como la de *acceso a sabiendas* son conductas incorporadas de nuevo cuño por la LO 1/2015, de 30 de marzo⁷⁸, y son equiparadas en pena a la que se le aplica a la conducta de posesión. Las tres son así castigadas con pena, por un lado, menos grave, que la que llevan aparejadas las conductas de producción y similares, previstas en el apartado primero de este mismo artículo, lo que tiene sentido al tratarse de conductas con un menor contenido de desvalor; pero, por otro lado, más grave que la que llevaba aparejada la posesión para uso privado en la regulación anterior, ya que a la pena de multa (prevista en la redacción anterior), se le añade ahora una pena de prisión. Endurecimiento punitivo que es sumamente cuestionable. En primer lugar, porque ya de por sí es criticable el que se castigue la simple «posesión» para uso personal de material pornográfico elaborado con menores sin ni siquiera hacer distinciones según la edad de los menores implicados (no puede ser lo mismo que se trate de un menor que tiene diecisiete años cumplidos, a que sólo tenga, por ejemplo, cinco años). Además de que aunque haya que reconocer que de un modo indirecto el consumidor

conducta sexualmente explícita real o simulada, o ii) de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales. Y en su artículo 4 describe las conductas relativas a espectáculos pornográficos entendiendo por tales aquellos consistentes en la exhibición en directo organizada y dirigida a un público, con lo que quedan excluidos de la definición, la comunicación personal directa entre iguales que dan su consentimiento, así como los menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual y sus parejas.

⁷⁸ Conductas ambas previstas en el artículo 3 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo.

del material pornográfico en el que se haya utilizado a menores, favorece la venta y difusión de este tipo de material, tampoco es menos cierto que se están criminalizando conductas que, por inmorales que parezcan, no afectan directamente al bien jurídico protegido en este delito⁷⁹. Afectación que desde luego será más que dudosa cuando el material que se ha adquirido o se posee es un material pornográfico del que se especifica en la letra c) del tercer párrafo del artículo 189.1 CP, es decir, en el que se representa de forma visual a una persona que *parece* ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o *simulada*, o en el que se recoge cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que *parece* ser un menor⁸⁰. Ya que aquí encima se estaría castigando por meras presunciones⁸¹. Y, en segundo lugar, porque se eleva a delito el acceso puntual

⁷⁹ Críticamente también: MUÑOZ CONDE, Parte Especial, 2015, p. 228; PÉREZ CEPEDA, 2010, p. 216; EL MISMO, 2015, p. 317; y SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, 2007, p. 276.

⁸⁰ Muy crítico también ORTOS BERENGUER, 2015, p. 628.

⁸¹ Es cierto que el Proyecto de Reforma de 20 de septiembre de 2013, en la redacción propuesta para este artículo 189 CP, recogía, en su apartado 6, una excusa absolutoria que disponía lo siguiente: «La producción y posesión de pornografía infantil no serán punibles cuando se trate de material pornográfico a que se refiere la letra c) del párrafo segundo del apartado 1 de este artículo, siempre que el material esté en posesión de su productor únicamente para su uso privado (...)» (cfr. art. Único centésimo vigésimo sexto de dicho Proyecto). Con ello se daba traslado a la posibilidad que se ofrece en el apartado ocho del art. 5 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo; y en consideración de la Fiscalía General del Estado en su Informe de 8 de enero de 2013, con ello se conseguía que este precepto respetara el principio de intervención mínima. Sin embargo, tal exención de responsabilidad (que de por sí era criticable por no estar prevista también para otras conductas como la de adquisición que, en definitivas cuentas, no es más que el paso previo a la posesión; ni para la de mero «acceso») finalmente no ha sido incorporada. Por lo que la infracción del principio de intervención mínima parece indiscutible. A pesar de que tal previsión no ha sido incorporada, la Circular 2/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado establece que «los Sres. Fiscales ponderarán en estos supuestos la posibilidad de interesar el sobreseimiento de las actuaciones, pues este tipo de conductas, cuando esté excluido el riesgo de difusión de un material que no representa a menores reales, carece de un mínimo contenido de antijuridicidad material». Por la misma razón dispone también que se proceda de la misma manera cuando el material se hubiera elaborado con menores mayores de 16 años, con pleno consentimiento de éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a terceros (cfr. pp. 25-26). De hecho, la propia Decisión Marco 2004/68/JAI (art. 3.2 b) preveía la posibilidad de excluir la respuesta penal en supuestos en los que el protagonista de la imagen producida o poseída sea un menor que hubiera alcanzado la edad de consentimiento sexual, que hubiera consentido si la imagen se destinaba a exclusivo uso privado. Y esta previsión se debería haberse recogido en nuestro Código penal, sin embargo, una vez más, el legislador penal español ha ido, sin razón que lo justifique, más allá de lo requerido infringiendo con ello los principios de ofensividad e intervención mínima.

(por ejemplo, mirar unas fotos), si bien intencional⁸², a pornografía de este tipo —conducta esta última que será en la práctica de difícil prueba y cuya criminalización tiene dudosa justificación⁸³—.

Artículo 189.6 CP: en este apartado se recoge la conducta anteriormente prevista en el apartado 5 de este precepto conforme a su redacción anterior, y en él se castiga a ciertas personas que, pudiendo evitar el estado de prostitución o corrupción de un menor de edad o de una persona necesitada de especial protección, no lo hagan. Estamos, por tanto, ante un delito de omisión y resultado que sólo puede ser cometido por los sujetos activos que guarden una determinada relación con el sujeto pasivo. Con esta previsión expresa se eleva a delito autónomo una conducta que podría haber sido castigada como favorecimiento de la prostitución en comisión por omisión caso de reunir, eso sí, todos los requisitos del artículo 11 CP.

Artículo 189.7 CP: recoge en los mismos términos que se hacía en el apartado sexto de este artículo en su redacción anterior, las privaciones de derechos que pueden ser acordadas cuando se lleven a cabo las conductas previstas en el apartado anterior por alguna de las personas que en él se indican.

Artículo 189.8 CP: con este apartado de reciente incorporación se transpone el artículo 25 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, y en él se le atribuye a jueces y tribunales la potestad para adoptar las medidas necesarias para la retirada de las páginas

⁸² El Preámbulo de la Directiva 2011/93/UE recoge expresamente, lo que puede servir de orientación, que el carácter intencionado de la infracción, podrá deducirse del hecho de que esta conducta se realice de forma recurrente o de que se cometa mediante un servicio sujeto a pago; exigencias con las que la Circular 2/2015 de la Fiscalía General del Estado, entiende se minimalizará el riesgo de que se criminalicen accesos meramente fortuitos o imprudentes (cfr. p. 22). En todo caso, exigirá la concurrencia de dolo directo.

⁸³ En sentido opuesto, sin embargo, la Fiscalía General del Estado en su Informe de 8 de enero de 2013, aunque reconoce las dificultades prácticas que esta previsión expresa va a plantear, considera que su inclusión como conducta típica ha de valorarse positivamente. Y ello porque entiende que con ello se da cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 5 de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo y porque sostiene que los efectos beneficiosos de prevención general que la tipificación expresa del «acceso» pueden generar, son fundamento suficiente para su incorporación al Código penal. Sin embargo, no puedo compartir este punto de vista en la medida en que una norma penal que no protege un bien jurídico es sencillamente inadmisibles, sin que se pueda usar el Derecho penal para una finalidad puramente educacional o intimidatoria. Esta conducta típica constituye para MUÑOZ CONDE, incluso, una invasión inadmisibles de la intimidad, ya que pasa a criminalizar (si se descarga el material para visualizarlo y después se borra) algo que puede ser una mera curiosidad (Parte Especial, 2015, pp. 228-229).

web o aplicaciones de internet que contengan o a través de las cuales se difunda pornografía infantil o en cuya elaboración se hubiera utilizado a personas con discapacidad necesitadas de especial protección, así como para bloquear el acceso a las mismas de los usuarios de internet siempre que estos se encuentren, eso sí, en territorio español. Medidas ambas que podrán ser además adoptadas con carácter cautelar a petición del Ministerio Fiscal⁸⁴.

Esta previsión expresa ha de valorarse de nuevo positivamente⁸⁵ ya que como se recoge en el Informe de la Fiscalía General del Estado al Anteproyecto de Ley Orgánica de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, aunque la realidad muestra lo complejo, lento y difícil que es retirar de la red el material pornográfico detectado, bloquear el acceso a estos materiales es una estrategia clave en la protección de los sujetos pasivos afectados por las conductas que en este precepto se incriminan (para evitar su re-victimización) y en la lucha contra la pornografía infantil; además de que el bloqueo del acceso a estos materiales puede contribuir a cortar los ingresos de las mafias que los comercializan en internet.

⁸⁴ Como se explica en el Informe, de 8 de enero de 2013, de la Fiscalía General del Estado: «La norma se refiere conjuntamente a dos tipos de medidas muy diferentes: la retirada de las páginas, que no planteará excesivos problemas cuando el servidor radique en España y el bloqueo de páginas, que puede ser una medida útil cuando, radicando el servidor en el extranjero, el país donde se ubica no atienda el requerimiento cursado por los mecanismos de cooperación judicial internacional. Debe, no obstante, tenerse presente que técnicamente, el bloqueo es menos eficaz que la retirada de la página, por lo que ésta debe ser siempre que sea factible, la opción preferente». La Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo promueve decididamente esta modalidad de lucha contra la pornografía infantil y sus disposiciones han de ser entendidas, como señala en el punto 47 de su Preámbulo, sin perjuicio de la acción voluntaria emprendida por las empresas de internet para evitar un uso indebido de sus servicios, o de cualquier apoyo a una acción de estas características por parte de los Estados miembros, acciones que señala deben respetar los derechos de los usuarios finales, conforme a los procedimientos judiciales y legales existentes y cumplir el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales y la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Es más, la Circular 2/2015, de 19 de junio, de la Fiscalía General del Estado dispone que «como quiera que en los primeros momentos podrá no ser conocido si cabe la retirada o únicamente el bloqueo», «los Sres. Fiscales, cuando sea necesario, instarán la medida cautelar de retirada y, alternativamente la medida cautelar de bloqueo de tales páginas o aplicaciones». Y puntualiza que si no se hubiere acordado esta medida con carácter cautelar, «los señores Fiscales interesarán que se adopte en sentencia» (cfr. p. 50).

⁸⁵ Aunque no fuera estrictamente necesaria, ya que medidas similares podían adoptarse con anterioridad en aplicación de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico (cfr. arts. 8 y 41).

V. Disposiciones comunes a los capítulos anteriores

El Capítulo VI del Título VIII del Código penal, formado por los artículos 191 a 194, recoge una serie de disposiciones comunes a las distintas figuras penales a las que he ido haciendo referencia en los epígrafes anteriores. El artículo 193 CP (relativo al pronunciamiento en las sentencias condenatorias por estos delitos sobre la filiación y fijación de alimentos) y el 194 CP (que prevé la posibilidad de acordar para los delitos de los Capítulos IV y V de este Título la clausura temporal o definitiva de los establecimientos o locales en los que se hubieran cometido) no se han visto afectados por la reforma introducida por la LO 1/2015, de 30 de marzo, pero sí los artículos 191 y 192 CP de este mismo Capítulo.

Por su parte, el art. 191 CP, tan sólo ha visto sustituida la palabra «incapaces» que se usaba en la redacción anterior de su primer párrafo por la de «persona con discapacidad necesitada de especial protección», manteniéndose igual en el resto. De manera que este precepto sigue aludiendo al carácter cuasi-público de los delitos de agresiones, abusos y acoso sexual (perseguidos únicamente tras interposición de denuncia por parte de la persona afectada o querella del Ministerio Fiscal, salvo que se trate de menores de edad o como decía, de persona con discapacidad necesitada de especial protección) y a la irrelevancia del perdón del ofendido por ellos afectado.

Por último, el art. 192 CP dispone lo siguiente:

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

2. Los ascendientes, tutores, curadores, guardadores, maestros o cualquier otra persona encargada de hecho o de derecho del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, que intervengan como autores o cómplices en la perpetración de los delitos comprendidos en este Título, serán castigados con la pena que les corresponda, en su mitad superior.

No se aplicará esta regla cuando la circunstancia en ella contenida esté específicamente contemplada en el tipo penal de que se trate.

3. El juez o tribunal podrá imponer razonadamente, además, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación es-

pecial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, y la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, por el tiempo de seis meses a seis años. A los responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos II bis o V se les impondrá, en todo caso, y sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en el condenado.»

Este precepto recoge en su primer apartado la posibilidad introducida por la LO 5/2010, de 22 de junio, de sancionar a los responsables de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual con la medida de libertad vigilada, previsión ésta que se mantiene exactamente en los mismos términos que en la redacción anterior de este precepto. En su segundo apartado y también en los mismos términos de su redacción anterior, prevé un tipo cualificado en atención a la cualidad del sujeto activo, con la salvedad de que tal cualidad (ascendiente, tutor, maestro, ...) sea tenida específicamente en consideración en el precepto de que se trate (como ocurre, por ejemplo, en el art. 189.2.g CP). Este apartado ha experimentado únicamente un cambio al sustituirse en él la palabra «incapaz» por la expresión «persona con discapacidad necesitada de especial protección». Y el tercer apartado, en el que se alude a las penas privativas de derechos aplicables al círculo de sujetos activos a los que se refiere el apartado anterior, es el que sufre una verdadera reforma, ya que en él se incorpora un endurecimiento de las consecuencias jurídicas aplicables a los responsables de los delitos comprendidos en los Capítulos II bis (abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años) y V (prostitución, explotación sexual y corrupción de menores) al disponer que se les impondrá, *en todo caso*, y sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve específicamente «contacto regular y directo con menores de edad». La duración de esta pena de inhabilitación dependerá de que la pena impuesta al sujeto activo sea o no privativa de libertad y habrá de durar, en cualquier caso, más tiempo que la pena a la que vaya a acompañar.

Aunque este precepto es el último del Título VIII del Código penal, no puedo terminar la referencia a la nueva regulación de los delitos contra la libertad e indemnidad sexual sin hacer alguna alusión a la previsión contenida en el art. 129 bis CP, precepto de reciente incorporación y aplicable, entre otros, a los delitos objeto de estudio en este trabajo. Al artículo 129 bis CP dedico, pues, el epígrafe siguiente.

VI. Obtención de muestras biológicas

Como acabo de apuntar a los delitos contra la libertad e indemnidad sexual les es aplicable la disposición contenida en el recientemente incorporado artículo 129 bis CP.

Este artículo 129 bis dispone en concreto, lo siguiente:

«Si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.

Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.»

En virtud de este precepto el juez o tribunal podrá, por tanto, acordar la toma de muestras biológicas y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial respecto de condenados por delito grave contra la libertad o indemnidad sexual, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva.

Por otra parte, el art. 129 bis CP abre la previsión legal, ante la negativa del sujeto a cumplir la orden judicial, del uso de medios coacti-

vos para su ejecución forzosa, siempre y cuando en tal caso se recurra «a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad».

Esta previsión de toma de muestras biológicas es una consecuencia accesoria a la pena impuesta por el delito ya cometido, enjuiciado y condenado, por lo que no tiene nada que ver con la prueba del delito cometido, ni con el control de la peligrosidad del sujeto, sino que está orientada a la obtención de medios de prueba que puedan ser empleados en la investigación de otros delitos que pueda cometer el sujeto en el futuro⁸⁶, delitos que no tendrán que ser siquiera de la misma naturaleza que aquél por el que esta previsión fue acordada.

VII. Recapitulación y valoración final

La LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se ha modificado la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, ha introducido, como hemos podido constatar, importantes novedades en el Título VIII del Código penal, muy especialmente en aquellos capítulos y figuras penales en los que se protegen a sujetos pasivos menores de edad (o de cierta edad) a los que se equiparan, en ocasiones, las personas con discapacidad necesitadas de protección especial. De esta reforma resulta especialmente destacable, en este sentido, el que se haya elevado la edad de los sujetos pasivos objeto de protección en el Capítulo II bis a los menores de dieciséis años. Además, con esta reforma se han incorporado nuevas figuras delictivas: así, se equipara a las agresiones sexuales en el art. 183.2 CP, el obligar a un menor de dieciséis años, empleando violencia o intimidación, a participar en actos de naturaleza sexual; se incrimina el hacer presenciar a los menores de dieciséis años actos de carácter sexual en el art. 183 bis CP; se eleva a delito el embaucar a un menor para que facilite o muestre imágenes pornográficas a tercero en el art. 183 ter CP; el asistir a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección en el art. 189.4 CP; o el adquirir o acceder a pornografía infantil (art. 189.5 CP), término del que se ofrece, incluso, una interpretación en el artículo 189.1 CP. Hay penas que se agravan, como la prevista para la conducta de determinación a la prostitución de adultos (art. 187.1 CP),

⁸⁶ MUÑOZ CONDE/ GARCÍA ARÁN, 2015, p. 672.

la prevista para las conductas relacionadas con la prostitución infantil (art. 188.1 CP) o para la de posesión para uso propio de pornografía infantil (art. 189.5 CP), además de que se produce una agravación general de las penas en la medida en que si bien en la regulación anteriormente vigente se ofrecía una protección reforzada en el Capítulo II bis a los menores de *trece años*, ahora la mayor gravedad de las penas en él previstas serán de aplicación cuando las conductas en él contenidas tengan por sujetos pasivos a menores de *dieciséis años*. Si bien es verdad que hay otras penas que, respecto a la regulación anterior en la materia, resultan atenuadas, como por ejemplo, la que lleva aparejada la conducta de solicitar, aceptar u obtener, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad (mayor de dieciséis años) o con discapacidad necesitada de especial protección (art. 188.4 CP) e incluso conductas que van a resultar atípicas, ya que en el nuevo artículo 183 quater CP se le otorga relevancia al consentimiento libremente prestado por los menores de dieciséis años, si el autor está próximo al menor, por edad y grado de desarrollo o madurez.

Y si bien hay que reconocer que es verdad que alguna de las modificaciones introducidas en esta materia puede suponer una mejora, no ocurre así con la mayoría de ellas. Así, si bien me parece valorable positivamente el que en el delito de abuso sexual del art. 183 CP se haya sustituido la expresión «actos que atenten contra la indemnidad sexual» por la de «realizar actos de carácter sexual», el que se haya castigado expresamente el obligar a los menores a presenciar actos de naturaleza sexual, el que se haya modificado la rúbrica del Capítulo V, el que se haya reducido la pena prevista cuando se solicita, acepta u obtiene, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad, o el que se haya previsto la adopción de medidas para la retirada de las páginas web de internet que contengan o difundan pornografía infantil; no me parece aceptable, por ejemplo, la elevación general de la «edad del consentimiento sexual» a los dieciséis años (lo que no había sido exigido por la Directiva 2011/93/UE, no responde a nuestra realidad criminológica, genera incoherencias y, además, choca con la realidad social de las relaciones sexuales entre adolescentes), ni tampoco la *forma* en la que se ha configurado la posible relevancia del consentimiento que preste un menor de dieciséis años en el artículo 183 quater CP, ni por su ubicación sistemática, ni por su concreta redacción, al igual que tampoco me parece adecuada la interpretación que se ofrece del concepto pornografía infantil, por las razones que ya he explicado. Pero es que además, son muchas las carencias, defectos y faltas de coherencia que se podían haber solucionado y que el legislador ha vuelto a obviar. Así, por ejemplo, se sigue sin incorporar a los incapaces, ahora denomi-

nados «personas con discapacidad necesitadas de protección especial» como sujetos merecedores de una protección reforzada como la que reciben los menores de dieciséis años en el Capítulo II bis; se mantienen en el artículo 183 bis CP conductas que permiten sostener incluso el carácter inconstitucional del precepto; se sigue manteniendo también la configuración del delito conocido como Child Grooming como un tipo de sospecha; y no se corrige la falta de coherencia que supone que si los menores de edad, a partir de un determinado momento pueden consentir válidamente actos de naturaleza sexual, sean protegidos en contra de su voluntad frente a conductas de menor gravedad como el exhibicionismo o la difusión de material pornográfico. Por lo que considero que la reforma experimentada por los delitos contra la libertad e indemnidad sexual con la LO 1/2015, de 30 de marzo, es, por un lado, insuficiente y, por otro, sumamente cuestionable.

VIII. Bibliografía citada⁸⁷

- AGUADO CORREA, T. (2015): «La prostitución infantil en el Proyecto de reforma del Código penal», en C. Villacampa Estiarte-T. Aguado Correa, (coords.): *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*. Navarra: Aranzadi, pp. 241-280.
- AGUADO LÓPEZ, S. (2004): *El delito de corrupción de menores (art. 189.3 Cp)*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I. (1982): *El delito de lesiones*. Salamanca: Universidad de Salamanca.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL (2013): *Informe aprobado por el Pleno del CGPJ, el 16 de enero de 2013, en los términos de la propuesta de la Comisión de Estudios, al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*.
- CUGAT MAURI, M. (2010): «La adaptación de los delitos relativos a la prostitución y corrupción de menores a la Decisión Marco 2004/68/JAI, art. 187 y 188 Cp», en G. Quintero Olivares, (dir.): *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Navarra: Thomson, pp. 173-176.
- DAUNIS RODRÍGUEZ, A. (2015): «La nueva criminalización del proxenetismo», *Revista Penal*, 36: pp. 105-121.
- DE LA ROSA CORTINA, J.M. (2015): «Concepto de material pornográfico infantil: los tipos básicos de pornografía infantil y el impacto del Proyecto de

⁸⁷ Las obras se citan a pie de página señalando el año de publicación. En caso de citarse varias obras publicadas por un mismo autor en un mismo año, se añade parte del título de la misma.

- 2013», en C. Villacampa Estiarte-T. Aguado Correa, (coords.): *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*. Navarra: Aranzadi, pp. 303-342.
- DE LA ROSA CORTINA, J.M. (2015): «Subtipos agravados de pornografía infantil», en C. Villacampa Estiarte-T. Aguado Correa, (coords.): *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*. Navarra: Aranzadi, pp. 343-388.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (1992): *Exhibicionismo, pornografía y otras conductas sexuales provocadoras*. Barcelona: Bosch.
- ESCUADERO GARCÍA-CALDERÓN, B. (2015): «El delito de pornografía infantil», en G. Quintero Olivares, (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*. Navarra: Aranzadi, pp. 447-458.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2013): *Informe, de 8 de enero de 2013, del Consejo Fiscal al Anteproyecto de Ley Orgánica por el que se modificaría la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal*.
- FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO (2015): *Circular 2/2015, de 19 de junio, sobre los delitos de pornografía infantil tras la reforma operada por LO 1/2015*.
- GARCÍA ALBERO, R.M. (2015): «Pornografía infantil y reforma penal: consideraciones sobre el objeto material del delito», en C. Villacampa Estiarte-T. Aguado Correa, (coords.): *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*. Navarra: Aranzadi, pp. 281-302.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2015): «Prefacio», en J.L. González Cussac (dir), A. Matallín Evangelio-E. Górriz Royo, (coords.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 6-15.
- GONZÁLEZ RUS, J.J. (2010): «El menor como responsable penal y como sujeto pasivo especialmente protegido. Congruencias e incongruencias», en: L. Morillas Cuevas (dir.), J. M.^a. Suárez López, (coord.): *El menor como víctima y victimario de la violencia social. (Estudio jurídico)*. Madrid: Dykinson, pp. 103-140.
- MONGE FERNÁNDEZ, A. (2011): *De los abusos y agresiones sexuales a menores de trece años*. Barcelona: Bosch.
- MUÑOZ CONDE, F. (1998): «Una nueva imagen del Derecho penal español. Recesión a G. Quintero Olivares (dir.), J.M. Valle Muñiz (coord.), Comentarios al nuevo Código penal. Pamplona, Aranzadi, 1996», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, pp. 361-379.
- MUÑOZ CONDE, F. (2013): *Derecho penal, Parte Especial, 19.ª ed.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F. (2015): *Derecho penal, Parte Especial, 20.ª ed.* Valencia: Tirant lo Blanch.
- MUÑOZ CONDE, F. – GARCÍA ARÁN, M. (2015): *Derecho penal, Parte General, 9.ª ed.* Valencia: Tirant lo Blanch.

- ORTS BERENGUER, E. (2015): «Determinación a la prostitución (arts. 187, 188, 189 y 192 Cp)», en L. González Cussac (dir.), A. Matallín Evangelio – E. Górriz Royo, (coords.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 606-631.
- PÉREZ CEPEDA, A.M.^a (2010): en Gómez Rivero, M.^aC. (coord.), Cortés Bechiarelli, E./Nieto Martín, A./Núñez Castaño, E./Pérez Cepeda, A.M.^a: *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*. Madrid: Tecnos.
- PÉREZ CEPEDA, A.M.^a (2015): en Gómez Rivero, M.^aC. (dir.), Gómez Rivero M.^aC./ Nieto Martín, A./Pérez Cepeda, A.M.^a./Cortés Bechiarelli, E./Núñez Castaño, E.: *Nociones fundamentales de Derecho penal. Parte Especial*, 2.^a ed. Madrid: Tecnos.
- QUINTERO OLIVARES, G. (1998): «Las lesiones en el nuevo Código penal (aspectos problemáticos)», en *Actas del Congreso de Derecho penal y procesal «El nuevo Código penal y la Ley del Jurado» celebrado en Sevilla de los días 11 a 15 de noviembre de 1996*. Sevilla: Fundación el Monte, pp. 61-69.
- RAMÓN RIBAS, E. (2013): *Minoría de edad, sexo y Derecho penal*. Navarra: Thomson Reuters.
- RAMÓN RIBAS, E. (2015): «Los delitos de exhibicionismo y provocación sexual: identificación del bien jurídico protegido e incidencia práctica de la elección realizada», en C. Villacampa Estiarte-T. Aguado Correa, (coords.): *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*. Navarra: Aranzadi, pp. 189-239.
- RAMOS TAPIAS, M.^{al}. (2015): «La tipificación de los abusos sexuales a menores: el Proyecto de reforma de 2013 y su adecuación a la Directiva 2011/92/UE», en C. Villacampa Estiarte-T. Aguado Correa, (coords.): *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*. Navarra: Aranzadi, pp. 107-138.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2015): «Grooming y Sexting: art. 183 ter Cp», en L. González Cussac (dir.), A. Matallín Evangelio-E. Górriz Royo, (coords.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 591-597.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2015): «El consentimiento del menor de dieciséis años como causa de exclusión de la responsabilidad penal por delitos sexuales: art. 183 quater Cp», en L. González Cussac (dir.), A. Matallín Evangelio-E. Górriz Royo, (coords.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 598-605.
- RAMOS VÁZQUEZ, J.A. (2015): «Ciberacoso», en G. Quintero Olivares, (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*. Navarra: Aranzadi, pp. 435-446.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (2007): «Delitos relativos a la prostitución, corrupción de menores y pornografía infantil: una nueva revisión», en P. Farraldó Cabana, (dir.): *Política criminal y reformas penales*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 259-281.
- SUÁREZ-MIRA RODRÍGUEZ, C. (2015): «Abusos sexuales a menores: arts. 182, 183 y 183 bis Cp», en L. González Cussac (dir.), A. Matallín Evangelio-E.

- Górriz Royo, (coords.): *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*. Valencia: Tirant lo Blanch, pp. 573-590.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.^a. (2002): *La protección penal del menor frente al abuso y la explotación sexual. Análisis de las reformas penales en materia de abusos sexuales, prostitución y pornografía de menores*, 2.^a ed. Navarra: Aranzadi.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.^a. (2010): «Los delitos sexuales. Abusos sexuales. Delitos contra menores, arts. 178, 1180, 181, 183, 183 bis CP», en G. Quintero Olivares, (dir.): *La reforma penal de 2010: Análisis y comentarios*. Navarra: Thomson, pp. 165-172.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.^a. (2015): «¿Caza de brujas o protección de menores?: la respuesta penal a la victimización de menores a partir de la Directiva europea de 2011», en C. Villacampa Estiarte-T. Aguado Correa, (coords.): *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*. Navarra: Aranzadi, pp. 87-106.
- TAMARIT SUMALLA, J.M.^a. (2015): «Delitos contra la indemnidad sexual de los menores», en G. Quintero Olivares, (dir.): *Comentario a la reforma penal de 2015*. Navarra: Aranzadi, pp. 421-433.
- TORRES ROSELL, N. (2015): «El matrimonio infantil como atentado a la dignidad y la indemnidad de los menores», en C. Villacampa Estiarte-T. Aguado Correa, (coords.): *Delitos contra la libertad e indemnidad sexual de los menores: adecuación del Derecho español a las demandas normativas supranacionales de protección*. Navarra: Aranzadi, pp. 389-435.
- VILLACAMPA ESTIARTE, C. (2015): *El delito de Online Child Grooming o Propuesta Sexual Telemática a Menores*. Valencia: Tirant lo Blanch.

Los delitos de odio tras la reforma penal por la LO 1/2015

Marta Marquina Bertrán
Fiscal. Audiencia Provincial de Barcelona

Sumario: I. Introducción. II. Circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal: agravante por motivos discriminatorios prevista en el artículo 22.4.^a CP. III. Amenazas a colectivos previsto en el artículo 170.1 CP. IV. Delito contra la integridad moral previsto en el artículo 173.1 CP. V. Delito contra la integridad moral previsto en el artículo 174.1 CP. VI. Delito de descubrimiento y revelación de secretos previsto en el artículo 197.1, 2 y 5 CP. VII. Delito de discriminación en el ámbito laboral previsto en el artículo 314 CP. VIII. Discurso de odio punible previsto en el artículo 510 CP. 1. Introducción. 2. El artículo 510.1CP. 3. El artículo 510.2 CP. 4. El artículo 510.3 CP. 5. El artículo 510.4 CP. 6. El artículo 510.5 y 6 CP. 7. El artículo 510 bis CP. 8. Referencias jurisprudenciales. IX. Delito de discriminación en servicios públicos previsto en el artículo 511 CP. X. Delito de discriminación en el ámbito de actividades profesionales o empresariales previsto en el artículo 512 CP. XI. Delito de asociación ilícita para cometer un delito discriminatorio previsto en el artículo 515.4.º CP. XII. Delito de asociación ilícita para cometer un delito discriminatorio previsto en el artículo 522 CP. XIII. Delito contra los sentimientos religiosos previsto en el artículo 523 CP. XIV. Delito de profanación religiosa previsto en el artículo 524 CP. XV. Delito de escarnio previsto en el artículo 525 CP. XVI. Resoluciones destacadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. XVII. Addenda. La STEDH de 20 de octubre de 2015 (Balazs v. Hungary). XVIII. Bibliografía consultada.

I. Introducción

Los delitos de odio y discriminación (hate crimes o hate-motivated crimes en la terminología internacional mayoritariamente anglosajona

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-15759-81-2, núm. 12/2016, Bilbao, págs. 321-376

y nórdica) constituyen la expresión de la intolerancia y el rechazo a las personas por el mero hecho de ser diferentes ocasionando un profundo impacto no solamente en la víctima sino también al colectivo que ésta pertenece, de ahí la gravedad de la acción que tiene consecuencias no solamente individuales sino también colectivas.

El autor escoge a la víctima por su pertenencia (real o percibida) a un grupo específico: étnico, religioso, sexual, con discapacidad, etc, por lo que la acción se caracteriza por la motivación del ofensor y la víctima sobre la que recae la acción.

La expresión delitos de odio ha generado un debate doctrinal, toda vez que existen sectores que la rechazan por vincularlo al derecho penal de autor exponiendo sus dudas que se pueda llegar a consolidar como una categoría autónoma en torno al elemento de la motivación discriminatoria del sujeto activo del delito.

Sin embargo, la categoría de delitos de odio, nada discutida en derecho anglosajón, permite distinguir esta tipología delictual específica de los delitos comunes, siendo la motivación de quien los perpetra lo que les hace adquirir una naturaleza especial y diferente, con la finalidad de proteger el derecho fundamental a la igualdad y la no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, opinión y cualquier otra circunstancia personal o social consagrado en el artículo 14.1 CE y en toda la normativa europea e internacional.

Por lo tanto, no existe ningún impedimento de orden académico o doctrinal que impida utilizar el término delitos de odio, al no ser vulnerados los principios esenciales del derecho penal en un estado democrático y de derecho.

A mayor abundamiento, a nivel internacional no se cuestiona el uso del término ya que forma parte de la terminología habitual de las organizaciones e instituciones internacionales más importantes en defensa de los derechos humanos y que luchan contra la discriminación: la Oficina para las Instituciones Democráticas y Derechos Humanos (ODIHR), la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE), la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) y la Agencia de Derechos Fundamentales de la Unión Europea (FRA).

Debe destacarse el papel de la FRA, la cual en sus informes reitera la necesidad de desenmascarar, es decir, «hacer visibles los delitos de odio en la Unión Europea: reconocer los derechos de las víctimas».

En el marco de la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) se acuñó en el año 2.003 la definición de delitos de odio, conforme a la cual delito de odio es: «cualquier infracción penal, incluyendo infracciones contra las personas (A) o las propiedades, donde la víctima, el local o el objetivo de la infracción se elija por su,

real o percibida, conexión, simpatía, filiación, apoyo o pertenencia a un grupo como los definidos en la parte B (B). Un grupo se basa en una característica común de sus miembros, como su orientación o identidad sexual real o percibida». ¹

En cuanto al discurso de odio, la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia (ECRI) del Consejo de Europa en su Recomendación n.º R (97) del Comité de Ministros define la incitación al odio², como: «todas las formas de expresión que propagan, incitan, promueven o justifican el odio racial, la xenofobia, el antisemitismo y otras formas de odio basadas en la intolerancia, entre otras, la intolerancia expresada por el nacionalismo agresivo y el etnocentrismo, la discriminación y la hostilidad contra las minorías, los inmigrantes y las personas de origen inmigrante».

En este sentido destacar la declaración conjunta realizada por los organismos europeos, anteriormente citados: FRA, ECRI; OSCE; ODD-HIR, de 21 de marzo de 2015, con motivo del día internacional contra la discriminación racial, en la que señalan que el discurso de odio es una forma extrema de intolerancia y contribuye al crimen de odio, que ha de ser perseguido penalmente, poniendo especial énfasis en la impunidad que se está produciendo cuando se comete a través de internet o de las redes sociales, lo cual conlleva una rápida difusión.

El discurso generador de odio y discriminación no tiene amparo ni cobertura en los derechos constitucionales de la libertad de expresión y libertad ideológica o de conciencia consagradas en los artículos 16 y 20 CE y ello, con fundamento en los textos internacionales ratificados por España que por mandato del artículo 10 de la misma, han de servir para la interpretación del artículo 510 CP, así como en las recomendaciones emandas de organismos internacionales de defensa de los derechos humanos y de los que el estado español es miembro.

No solamente los tratados internacionales ratificados por España y las recomendaciones de los organismos internacionales de derechos humanos concluyen que la difusión de la doctrina del odio no está amparada por los derechos constitucionales, sino que además dicha prohibición viene avalada por la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y nuestro Tribunal Constitucional (TC) y alguna sentencia del Tribunal Supremo (TS).

¹ OSCE-ODHIR: *Hate Crimes Laws, a Practical Guide*, 2.009

² Adoptado por el Comité de Ministros el 30 de octubre de 1997, en la 607.ª sesión de los Delegados de Ministros

Deben ser destacadas la STC 214/1991 (caso Violeta Friedmann) y 176/1995 (caso Makoki)³, las cuales serán objeto de estudio posteriormente, en las que se señala:

«ni la libertad religiosa (art. 16 CE) ni la libertad de expresión (art. 20.1 CE) comprenden el derecho a efectuar manifestaciones, expresiones o campañas de carácter racista o xenófobo, puesto que, tal como dispone el art. 20.4, no existen derechos ilimitados y ello es contrario no sólo al derecho al honor de la persona o personas directamente afectadas, sino a otros bienes constitucionales como el de la dignidad humana (art. 10 CE), que han de respetar tanto los poderes públicos como los propios ciudadanos, de acuerdo con lo dispuesto en los artículos 9 y 10 CE. La dignidad como rango o categoría de la persona como tal, y del que deriva y en el que se proyecta el derecho al honor (art. 18.1 CE), no admite discriminación alguna por razón de nacimiento, raza, sexo, opiniones o creencias».

El TEDH en su reiterada jurisprudencia destacando las Sentencias de 23 de Septiembre de 1994 caso Jersild contra Dinamarca y de 16 de julio de 2009 (Ferret c. Bélgica), en las que se establece que pueden imponerse limitaciones proporcionadas a «todas las formas de expresión que propaguen, inciten, promuevan o justifiquen el odio basado en la intolerancia», teniendo en cuenta el soporte utilizado, y el contexto en el que se difundan las palabras incriminatorias, los discursos o las octavillas.

Por su parte, la STS de 25 de abril de 2011 señala que la labor judicial, cuando está en juego la libertad de expresión, debe ser una actividad individualizada que con un riguroso análisis, caso por caso, habrá que examinar tanto las concretas frases o expresiones vertidas así como la ocasión y el escenario en que fueren pronunciadas y, en fin, todas las circunstancias concurrentes, para determinar si está dentro del ámbito del tipo penal o extramuros de él, sin olvidar que el principio *favor libertatis* debe jugar, necesariamente en los casos de duda, ante la naturaleza constitucional de los derechos de libertad de expresión e ideológica que podrían quedar afectados por el tipo penal, derechos que constituyen una de las más acusadas señas de identidad de la Sociedad Democrática.

La categoría de delitos de odio, como hemos podido comprobar, tan consolidada en el ámbito internacional, y especialmente anglosajón, fue reivindicada entre nosotros, por el Ministerio Fiscal, que vino demandando no solamente la previsión en el Código Penal de un delito

³ En el mismo sentido la STC 235/2007, caso «Librería Europa»

específico para los delitos de discriminación, en el que también estuvieran incluidos los llamados delitos de odio, sino también la creación de una Fiscalía especializada en esta clase de delitos⁴.

No obstante todo lo anteriormente expuesto, el Código Penal español no hace referencia específica a los delitos discriminatorios ni tampoco a los delitos de odio.

Después de la trascendental L.O 5/2010, de 22 de junio, en vigor desde el 23 de diciembre de 2.010, a pesar de haber modificado prácticamente una cuarta parte del articulado del Código Penal, dejó casi inalterado el contenido de los artículos 22.4.º, 314, 510, 511, 512 y 607.2 .

Con la publicación de la reforma del Código Penal operada por LO 1/15, de 30 de marzo, se amplía ostensiblemente el ámbito de las conductas penalmente perseguibles, pero se sigue sin hacer referencia específica a los delitos discriminatorios ni tampoco a los delitos de odio.

II. Circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal: agravante por motivos discriminatorios prevista en el artículo 22.4.º CP

Artículo 22.4.º CP:

«Son circunstancias agravantes:

4.º Cometer el delito por motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo, orientación o identidad sexual, razones de género, la enfermedad que padezca o su discapacidad.»

La Exposición de Motivos de la LO 4/95, de 11 de mayo, estableció que

«la proliferación en distintos países de Europa de episodios de violencia racista y antisemita que se perpetran bajo las banderas y símbolos de ideología nazi que obliga a los Estados democráticos a emprender una acción decisiva para luchar contra ella. Ello resulta tanto más

⁴ En este sentido se pronunció el Anteproyecto de Reforma del Código Penal elaborado por el ya desaparecido Ministerio de Igualdad, y en lo que a la especialización del Ministerio Fiscal en la constelación delictiva que ahora nos ocupa fue rechazado por el Ministerio de Justicia. No obstante, en algunas Fiscalías Provinciales se han creado servicios especializados en odio y discriminación. Tal es el caso, por ejemplo, de la Fiscalía Provincial de Barcelona.

urgente cuando se presencia la reaparición, en la guerra que asola a la antigua Yugoslavia, de prácticas genocidas, que los pueblos europeos creían desterradas para siempre. Por desgracia España no ha permanecido ajena al despertar de este fenómeno».

Según la mayoría de la doctrina⁵ y la jurisprudencia, se trata de una circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal de carácter y naturaleza fundamentalmente subjetiva, ya que expresa el móvil cual es la negación del principio de igualdad⁶. Para que pueda ser aplicada tal circunstancia, basta con que el sujeto activo actúe impulsado por la motivación especialmente indeseable «por», con independencia de si la cualidad personal objeto del móvil discriminatorio concurre o no en el sujeto pasivo de la conducta, de tal manera que también será de aplicación cuando el sujeto activo actúe creyendo erróneamente que concurre en el sujeto la cualidad objeto del móvil⁷ (la llamada discriminación por error).

La agravante se construye a partir de un catálogo o lista de causas o razones discriminatorias, lo cual ha sido valorado positivamente como técnica legislativa, pero que sin embargo adolece de una coordinación sistemática con el resto de catálogos o listados de causas discriminatorias en otros preceptos del Código Penal. En este sentido debe ser destacado que en el artículo 22.4.^a se refiere a «motivos racistas, antisemitas y otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual o enfermedad o minusvalía que padezca», los artículos 314, 510, 511 y 512 aluden, además, a la discriminación por razón de la «situación familiar», y en los artículos 511 y 512 se omite toda referencia a que la conducta se realice «por motivos racistas, antisemitas».

Con la reforma operada por LO 1/2015 y al incluir el motivo de discriminación «por razones de género», entendido como el conjunto de atribuciones, papeles, roles o actividades que la sociedad considera propio de las personas pertenecientes a un determinado sexo⁸, se da cobertura a los casos de transfobia, acciones contra los miembros del

⁵ ALONSO ALAMO, M.: «La circunstancia agravante de discriminación en la Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo», en *La Ciencia del Derecho penal ante el nuevo siglo. Libro homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*, Tecnos, Madrid, 2003.

⁶ La STS 713/2002, de 24 de abril, textualmente expone: «esta agravante no se ha librado de las críticas doctrinales, por referirse al aspecto motivacional de la conducta y la dificultad de su apreciación en caso en que esté dudosa esa motivación».

⁷ STS 1341/02, 17 de julio.

⁸ Definición de Género dada por la Exposición de Motivos de la LO 1/2015 según el Convenio 210 del Consejo de Europa

colectivo transexual, que quedaban fuera de los motivos de sexo u orientación sexual».

Como lagunas dentro del listado de motivos de discriminación del artículo 22.4.^a CP cabe destacar la aporofobia (odio al pobre), la edad o el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado Español.

Como reiteraciones dentro del listado de motivos de discriminación del artículo 22.4.^a CP debe hacerse referencia a la alusión a «motivos racistas» y posteriormente, a «otra clase de discriminación referente a (...) la etnia, raza o nación a la que pertenezca». Según la doctrina mayoritaria, esta reiteración podría evitarse fácilmente con el empleo de la expresión «por motivos relativos (...) a la etnia, raza (...)».

A diferencia de los términos «etnia» y «raza», el término «nación» tiene naturaleza eminentemente política, por lo que la doctrina mayoritaria sugiere que se trate de una causa distinta con una entidad propia. Además, algunos Estatutos de Autonomía hacen referencia expresa a «nacionalidad», por lo que un sector de la doctrina considera que debe ser sustituido por el de «nacionalidad», el cual es más amplio y englobaría al de «nación».

En los supuestos de discriminación por pertenencia a una determinada Comunidad Autónoma, la agravante del artículo 22.4.^a podría ser aplicada por «discriminación referente a la (...) etnia».

En cuanto a los motivos de discriminación por «ideología, religión o creencias», el término creencias podría reconducirse o bien a «ideología» o bien a «religión». La normativa comunitaria y algunos modelos de derecho comparado, aluden, en lugar del término «creencias» a la noción de «convicciones», que la doctrina mayoritaria considera más acertada.

Una vez analizada la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal, se destacan a modo de ejemplo las siguientes sentencias:

1.º STS de 4 de mayo de 2015, caso denominado «Stroika», que confirma la Sentencia de 18 de julio del 2014 dictada por la Secc. 3.^a de la Audiencia Provincial (AP) de Barcelona, por la que se condena a 10 acusados a penas entorno a los 18 años de prisión por dos delitos de asesinato en grado de tentativa, un delito de lesiones con arma y uso de instrumentos peligrosos y un delito de daños con incendio y ello como consecuencia de la acción conjunta y planificada cometida por un grupo de encapuchados que compartían estética e ideología nacionalsocialista, con justificación del uso de la violencia contra otras personas o grupos de personas por ser de ideología contraria o bien por ser de otras razas o de otra orientación sexual, algunos de ellos integrados en grupos radicales seguidores del fútbol (Cusos y Brigadas Blaquiazu-

les), quienes portando barras de hierro, palos y bengalas, agredieron a unos jóvenes seleccionados por suponer que serían de ideología contraria a las que los mismos profesaban. El Trigunal Supremo considera que debe aplicarse la agravante prevista en el artículo 22.4.^a CP (actuar por motivos ideológicos de los atacantes), atendiendo a que: a) Los agresores actuaron con la única finalidad de vindicar su ideología, al margen de cualquier consideración personal. Todos los agresores comparten no solamente la estética (tatuajes de simbología nazi, cabezas rapadas) sino también la ideología nacionalsocialista o neonazi, justificando la utilización de la violencia y el terror contra las personas por mantener una ideología o inclinación sexual diferente y ese fue el motivo de que se convocara al grupo para acudir a un concierto de extrema izquierda radical y antifascista, es decir, de una ideología opuesta, a fin de atacar a las personas que acudieran al mismo, por considerar que profesaban o eran simpatizantes de esa ideología. b) La selección de las víctimas se produjo por su simbología o estética exterior. Las víctimas no tenían ninguna relación entre ellos, más allá de su intención de asistir al concierto y tampoco tenían relación con los agresores a quienes no conocían, de manera que éste fue el único motivo de su irracional ataque.

2.^a STS de 19 de mayo de 2015, que confirma la Sentencia dictada por la AP de Barcelona de 30 de octubre de 2014, por la que se condena a los dos acusados de ideas antagónicas por un delito de lesiones previsto en los artículos 147 y 148.1 CP, apreciándose la agravante de discriminación por motivos ideológicos del artículo 22.4.^o CP, en el marco de una grave agresión ocurrida el 12 de octubre de 2011 en un concierto de música RAC (Rock against Communism) organizado por el grupo de extrema derecha «Democracia Nacional».

3.^a SAP de Barcelona de 29 de noviembre de 2010, en la que se refiere a la STS de 24 de febrero de 2006, que aplica la agravante del artículo 22.4.^a CP en la agresión llevada a cabo por los acusados que, desde el interior del vehículo en el que circulaban, al observar a una persona de raza negra, se bajan del mismo y lo golpean por el único motivo de su raza, manifestando expresiones tales como: «vete a tu pueblo, negro hijo de puta». En la sentencia se señala que la prueba de la motivación es la pertenencia de los acusados a grupos relacionados con ideas de extrema derecha y racistas, en la creencia de la superioridad de la raza aria, unido a las expresiones, anteriormente referidas, dirigidas a la víctima, al salir del vehículo. que suponen una exteriorización clara, precisa e intencional de la voluntad o motivación basada exclusivamente en motivos raciales.

3.^a STS de 17 de julio de 2002 que confirma la SAP de Barcelona de 13 de marzo de 2000, por la que se condena a un grupo de 6 jóvenes que se dirigen a una zona frecuentada por homosexuales en la localidad costera de Sitges y agreden a un hombre provocándole una fractura craneal como autores de un delito de lesiones del artículo 147.1 CP con la agravante del artículo 22.4.^a CP. El TS tiene en cuenta tan sólo el móvil discriminatorio, señalando que basta con presuponer la condición de homosexual de la víctima, aunque ésta no lo sea.

4.^a Destacar la STS de 22 de abril de 2010 que confirma la SAP de Madrid de 14 de octubre de 2009. Aplica la agravante del artículo 22.4.^a CP, quedando plenamente acreditado que el acusado profesaba la ideología de ultra derecha en base a los siguientes razonamientos: a) Estética skin neonazi. b) Frase «siege heil» proferida por el acusado tras apuñalar a la víctima. c) Saludo realizado por el acusado consistente en saludar extendiendo el brazo y mano derechos hacia el frente propios de las SS. d) Proferir la expresión «guarros» para referirse a los antifascistas.

5.^a SAP de la Coruña de 29 de noviembre de 2010 por la que se condena como autor de una agresión concurriendo la agravante del artículo 22.4 CP al haber elegido a la víctima por su mera condición de militar, actividad profesional entre cuyos cometidos está garantizar la integridad territorial de España, quedando acreditado que la persona agredida vestía una camiseta con la mención «Tercios Españoles» y tras ser preguntada por los agresores si era militar manifestó que sí.

6.^a Sentencia del Juzgado de lo Penal (JP) núm. 2 de Huelva de 14 de abril del 2008 por la que se condena a los acusados como autores de un delito de desórdenes públicos del artículo 557 CP en concurso ideal con un delito de daños del artículo 263 del mismo Cuerpo legal concurriendo la agravante del artículo 22.4.^a CP, al cometer el delito por motivos racistas o de discriminación. En este caso se trataba de una manifestación legalmente convocada a raíz de un homicidio por el que fueron acusadas varias personas de etnia gitana, que modifica la trayectoria inicialmente prevista y pasa expresamente por la zona en la que habita la comunidad gitana, profiriendo expresiones tales como: «gitanos fuera», «Asesinos», «no los queremos, fuera de aquí», «os vamos a matar», «os vamos a quemar», al tiempo que causaban destrozos en vehículos y bienes comunes, llegando a prender fuego a la paja almacenada. En la sentencia se especifica que concurre la agra-

vante del artículo 22.4 CP dado que los acusados actuaron con desprecio contra un colectivo compuesto por muchos ciudadanos que no mantenían ninguna relación con los hechos que originaron la manifestación, quedando patente que las acciones estaban dirigidas al colectivo de los gitanos solamente por su condición de tales. Se destacan en los hechos probados de la sentencia los siguientes elementos concurrentes: a) Contenido de las expresiones y gritos reiteradamente proferidos así como la trayectoria modificada de la manifestación, todo lo cual evidencia un clima de hostilidad. b) Ánimo de ofender, estigmatizar, retar al enfrentamiento físico y a la violencia, de causar daños en sus propiedades y de amedrentar a la comunidad gitana. c) Causación de angustia y zozobra, pánico y terror en los refugiados en el interior de sus viviendas, con profunda sensación de inseguridad y miedo.

III. Amenazas a colectivos previsto en el artículo 170.1 CP

Artículo 170.1 CP:

«Si las amenazas de un mal que constituyere delito fuesen dirigidas a atemorizar a los habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o cualquier otro grupo de personas, y tuvieran la gravedad necesaria para conseguirlo, se impondrán respectivamente las penas superiores en grado a las previstas en el artículo anterior».

La finalidad de este artículo, que no ha sido modificado en esta reforma llevada a cabo del Código Penal, está destinada a concretar la mayor protección que el Estado puede proporcionar a la salvaguarda de las formas más graves de actos racistas o xenófobos, tipificando las amenazas dirigidas contra los «habitantes de una población, grupo étnico, cultural o religioso, o colectivo social o profesional, o cualquier otro grupo de personas».

El delito del artículo 170.1 CP requiere los siguientes requisitos⁹:

- a) Amedrentar con algún mal que se anuncia.
- b) Que el mal constituya un delito de cualquier clase.
- c) Que la amenaza se dirija a un grupo de personas, o sea, se trata de un sujeto pasivo colectivo.
- d) Que las amenazas tengan aptitud o sean idóneas para atemorizar.

⁹ STS 149/2007, de 26 de febrero.

En relación a los destinatarios de las amenazas, debe entenderse que la expresión genérica «cualquier otro grupo de personas» no es solamente una referencia numérica, dado que el grupo debe tener un elemento común que identifica a las personas que lo componen. El sujeto pasivo puede ser:

- a) Una persona concreta cuya destacada relevancia en el grupo haga que el anuncio del mal atemorice a todo el colectivo al que pertenece o a una parte de él.
- b) Personas que se confunden por parte del sujeto activo como miembro del colectivo que se pretende atemorizar.
- c) Personas que sin pertenecer al colectivo, defienden las ideas del mismo.

La STS de 26 de febrero del 2007, caso De Juana Chaos, condenó a Iñaki De Juana Chaos como autor de un delito de amenazas no terroristas previsto y penado en el artículo 170.1 CP, en concurso ideal con enaltecimiento del terrorismo a la pena de 3 años de prisión.¹⁰ El Tribunal Supremo rebajó considerablemente la pena de 12 años y 7 meses de prisión que la Audiencia Nacional (AN) le impuso por Sentencia de 8 de noviembre de 2006, considerando que el acusado Iñaki De Juana Chaos era autor de un delito de amenazas terroristas previsto en el artículo 572.1.3.^a CP. El caso, de gran repercusión mediática, versaba en la publicación de dos artículos periodísticos escritos y publicados en el Diario Gara los días 1 y 30 de diciembre del 2004, cuyo autor Iñaki De Juana Chaos, se encontraba en esos momentos en prisión, cumpliendo condena por su participación en varios atentados terroristas.

El Tribunal Supremo basa el pronunciamiento condenatorio en:

- a) Se constata la existencia de unas amenazas de males constitutivos de delito expresados en la frase «quedarse sin manos».
- b) La amenaza proferida y difundida a través de un medio de comunicación va dirigida a los colectivos citados en la misma: «jueces prevaricadores, políticos corruptos, profesionales de la tortura y carceleros sin escrúpulos».
- c) La amenaza se somete a una condición: «que las instituciones del Estado Español se marchen del País Vasco dejando todos

¹⁰ El ATC, Sala 1.^a, 4/2008, de 9 de enero, inadmite la demanda de amparo presentada en el caso «De Juana Chaos» contra la STS que condenó al recurrente por delitos de amenazas y enaltecimiento del terrorismo.

los poderes y entidades públicas en manos de un Estado Vasco independiente», pero el Alto Tribunal considera que esta amenaza es «una pretensión permanente de ETA», «por lo que habrá de reputarse inexistente a los efectos de la determinación del tipo de delito de amenazas,» por lo que se concluye que las amenazas no sean condicionales.

Sin embargo, el pronunciamiento del Tribunal Supremo no fue por unanimidad. El Magistrado Perfecto Andrés Ibáñez formuló voto particular, al considerar que el texto enjuiciado contiene una serie de «inconcreciones» que desvirtúan su pretendido carácter amenazante remarcando: el carácter simbólico o metafórico, la ausencia de un destinatario expreso de las amenazas proferidas y la intemporalidad del mal amenazado.

La STS de 6 de marzo de 2006 sanciona como amenazas de este tipo delictivo las pintadas en edificios con expresiones y frases tales como: «ha llegado tu hora», dirigidas a amedrentar a diversos colectivos: Policía Autónoma Vasca, Concejales del Partido Popular y Partido Socialista Obrero Español condenando al acusado a la pena de 2 años de prisión como autor de un delito continuado de amenazas previsto en los artículos 169.2.º, 170.1, 577 y 74 CP.

La SAP de Córdoba de 14 de mayo de 2009 condena a los acusados como autores de un delito de amenazas previsto en el artículo 170.1 CP al haberse dirigido a los vecinos que asomaron la cabeza y en general a los habitantes del bloque, con frases tales como: «os tenéis que arrepentir por lo que habéis hecho, os tengo que coger uno a uno, tenemos que pegarle fuego al bloque antes de irnos, a todos los que habéis firmado para echarnos del bloque os vamos a matar y quemar», y otras expresiones parecidas, siempre dirigidas a los miembros de la comunidad de propietarios que han sido acompañadas de insultos tales como: «putas, mal nacidos, sois unas pellejas, os vamos a rajar, os vamos a destrozar el coche».

IV. Delito contra la integridad moral previsto en el artículo 173.1 CP

Artículo 173.1 CP:

«El que inflingiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.

Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral o funcional y prevaleciéndose de su rela-

ción de superioridad realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a consistir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.

Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda».

Este primer párrafo del artículo 173 CP, que no ha sufrido modificación tras la reforma operada por LO 1/15, recoge el tipo básico de atentado contra la integridad moral cometido por un particular.

Se trata de un tipo penal abierto, criticado por la doctrina por ser poco respetuoso con el principio de taxatividad, que requiere para su apreciación de la concurrencia de dos elementos:

- a) Un elemento medial consistente en «infligir a una persona un trato degradante».
- b) Un resultado consistente en «menoscabando gravemente su integridad moral».

Por trato degradante ha de considerarse, tal y como reitera el Tribunal Supremo¹¹: «aquél que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral».

El Tribunal Constitucional¹², a propósito de sus pronunciamientos en relación con el artículo 15 CE, establece que trato degradante implica «la causación de padecimientos físicos o psíquicos e infligidos de modo vejatorio para quien los sufre o con esa propia intención de vejear o doblegar la voluntad del sujeto paciente».

El concepto integridad moral ha sido definido por la doctrina encabezada por RODRÍGUEZ MESA¹³ como: «el conjunto de sentimientos, ideas y vivencias, cuyo equilibrio permite optar al individuo entre distintas posibilidades, procura la unicidad de cada uno de los seres humanos y su libre desarrollo en su condición de persona. Desde esta perspectiva, la integridad moral estaría constituida por la inviolabilidad de la conciencia y el derecho de todo ser humano a recibir un trato acorde a su condición de persona».

¹¹ Definición reiterada desde la STS de 29 de setiembre de 1998.

¹² SSTC 120/90, de 27 de junio y 137/90, de 19 de julio.

¹³ RODRÍGUEZ MESA. M.J.: *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*. Ed. Comares. Granada, 2000

Respecto de la integridad moral, el Tribunal Supremo¹⁴ la considera como un valor humano, con autonomía propia, e independiente y distinto de los derechos a la vida, a la integridad física, a la libertad y al honor. Por tanto, la integridad moral configura un espacio propio y por consecuencia necesitado, susceptible y digno de protección penal. Y este espacio o ámbito propio, se define fundamentalmente desde la idea de la inviolabilidad de la persona humana en el derecho a ser tratado como uno mismo, como ser humano libre y nunca como un simple objeto.

Es necesario que estemos en presencia de un acto claro e inequívoco de contenido vejatorio para el sujeto pasivo, que ello conlleve un padecimiento físico o psíquico y que el comportamiento sea degradante o humillante con especial incidencia en el concepto de dignidad de la persona y todo ello unido a modo de hilo conductor de la nota de la gravedad, lo que exigirá un estudio individualizado de caso por caso.

Directamente relacionada con la nota de la gravedad está la cuestión de si se exige una continuidad en la acción, es decir, si bastará una sola o aislada acción o se requerirá una continuidad y persistencia en el tiempo, ésto es, una actitud.

Al respecto, la Jurisprudencia ha puesto el acento en la intensidad de la conducta, lo que puede derivarse de una sola acción particularmente intensa que integre las notas que vertebran el tipo, o bien una conducta mantenida en el tiempo.

En definitiva, no es precisa una habitualidad en la conducta sino que basta un acto puntual si dicho acto se traduce en colocar en una situación que lesiona gravemente la integridad moral del sujeto.

Debemos tener en cuenta que tras la LO 1/15, el artículo 510.2 a) CP que castiga con la pena de seis meses de prisión a dos años y multa de seis a doce meses a:

«a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas y otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren posean con la finalidad de dis-

¹⁴ STS de 10 octubre de 2008.

tribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de algunos de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos».

Visto el contenido de este artículo, puede entrar en concurso de leyes con el artículo 173.1 CP, que deberá ser resuelto a favor de la aplicación del artículo 510.2 a) CP, en virtud del principio de especialidad.

El delito contra la integridad moral previsto en el artículo 173.1 suele venir acompañado de atentados contra otros bienes jurídicos personales, uno de los más habitualmente afectados es la integridad física, en cuyo caso ha de aplicarse la regla concursal común establecida en el artículo 177 CP:

«Si los delitos descritos en los artículos precedentes, además de atentado a la integridad moral, se produjere lesión o daño a la vida, la integridad física, salud, libertad sexual o bienes de la víctima o de un tercero, se castigarán los hechos separadamente con la pena que corresponda por los delitos cometidos, excepto cuando aquél ya se halle especialmente castigado por la ley.

En este sentido ya actuaba el Ministerio Fiscal destacando la Instrucción de la Fiscalía Provincial de Barcelona número 6/07 extendida a toda Cataluña por la Instrucción número 2/07 y en las que se disponía que los hechos deberán ser calificados no sólo como un delito o falta de lesiones, sino además como delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP, en concurso ideal del artículo 77 CP con la mencionada infracción de lesiones. Los casos de violencia absolutamente gratuita ejecutados con la finalidad de humillar y vejear a la víctima, menoscabando gravemente la dignidad humana, y que normalmente responderán a motivos racistas, antisemitas u otra clase de discriminación referente a la ideología, religión o creencias de la víctima, la etnia, raza o nación a la que pertenezca, su sexo u orientación sexual, o la enfermedad o minusvalía que padezca, circunstancia agravante prevista en el artículo 22.4.^a CP, que en caso de concurrir, también deberá ser apreciada.

Son casos ilustrativos y configuran tal delito, obligar a una mujer a sentarse en una silla y cortarle el pelo sin su consentimiento; obligar a una víctima a permanecer desnuda, cortarle el pelo a trasquilones, colocándole una correa al cuello y unas tijeras delante de los ojos; conducir a una persona al monte entre varios sujetos, desnudarla y pintar

todo su cuerpo con spray, llegando a cortarle el pelo con unas tijeras con finalidad de humillarla, trasladar a una víctima hasta las inmediaciones de un río sumergiéndole la cabeza varias veces en el agua, de modo que le impedía respirar, sin permitirle cambiarse de ropa, lo que le produjo un proceso febril; abandonar a la víctima completamente desnuda en un descampado, al que previamente habían conducido, después de despojarla de sus ropas.

Este criterio sostenido por el Ministerio Fiscal en base a las Instrucciones, anteriormente referidas, fue aplicado por primera vez en la SJP núm. 6 de Barcelona de 16 de marzo de 2009, posteriormente confirmada por la SAP de Barcelona, Secc. 6.^a, de 8 de febrero de 2010, por la que se condenó al acusado como autor de un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP en concurso ideal con una falta de lesiones del artículo 617.1 CP, el cual profirió graves insultos racistas al tiempo que patadas en la cabeza de un menor de edad de nacionalidad ecuatoriana que viajaba en el tren.

La SJP núm. 3 de Terrassa, de 12 de junio de 2015 condena al acusado como autor de un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 CP a la pena de 4 meses de prisión al ser aplicada la circunstancia atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas, al acusado el cual, durante los años 2008 y 2009, cuando acudía a comprar al centro comercial en que ésta trabajaba, la sometía a numerosas situaciones de humillación en el curso de las cuales, profería expresiones despectivas que incidían en su origen latinoamericano y en su condición de inmigrante, tales como: «yo es que odio a los inmigrantes, los cogería a todos, los pondría en un barco, les pondría una bomba y los mandaría a tomar por culo», «se tendrían que ir a su puto país», «el otro día me lleve a mi hijo de putas, le tocó una sudamericana de mierda y ni para eso servía», «tu crees que con el paro que hay se puede contratar a dos guarras», «yo por la caja de esta pringada no paso».

El profesor PIÑUEL ZABALA¹⁵ define el «mobbing» como:

«el continuado y deliberado maltrato verbal y modal que recibe un trabajador por parte de otro u otros, que se comportan con él cruelmente con el objeto de lograr su aniquilación o destrucción psicológica y obtener su salida de la organización o su sometimiento a través de diferentes procedimientos ilegales, ilícitos o ajenos a un trato respetuoso o humanitario y que atentan contra la dignidad del trabajador».

¹⁵ PIÑUEL ZABALA, I.: «El mobbing o acoso en el trabajo», en *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, 2006.

El llamado «mobbing» o acoso moral, solamente es incardinable en el artículo 173 CP, cuando se trate de comportamientos graves, consistentes en el encadenamiento a lo largo de un periodo de tiempo de acciones hostiles consumadas o intentadas, expresadas o manifestadas por una o varias personas hacia una tercera.

El objetivo es el continuo y deliberado maltrato verbal o modal que recibe el trabajador por parte de otro u otros, de manera deliberada, que contribuye a su aniquilamiento psicológico y cuyo fin es obtener su salida de la empresa y organización a través de diferentes procedimientos.

El carácter claramente vejatorio y humillante atenta a la dignidad de la persona y la perturba gravemente en el ejercicio diario de sus labores profesionales. Es necesario el requisito de la gravedad para que la conducta de «mobbing» o acoso moral sea típica¹⁶:

«La nota que puede delimitar o situar la conducta dentro de la órbita penal radica, por paradójico que parezca, en un límite que es a su vez difuso, nos referimos a la nota de la gravedad: «...menoscabando gravemente su integridad moral...» nos dice el artículo 173 del Código Penal, esta exigencia de gravedad deja claro que no todo trato degradante será típico conforme al artículo 173, sino sólo los más lesivos, ello nos reenvía a la práctica Jurisdiccional de los Tribunales Internacionales y de la Jurisdicción Interna».

También han sido considerados delitos contra la integridad moral los casos de «bullying» (acoso escolar), destacando la Sentencia del Juzgado de Menores núm. 1 de San Sebastián de 12 de mayo de 2005 (caso Jokin) por la que se condenó a cuatro menores como autores de un delito contra la integridad moral y una falta de lesiones a la medida de 18 meses de libertad vigilada y 3 fines de semana de permanencia en centro educativo respectivamente, y a los demás menores como autores de un delito contra la integridad moral, a la medida de 18 meses de libertad vigilada. Tras la interposición del recurso de apelación contra la misma tanto por los menores condenados como por los padres de Jokin.

La Secc. 1.ª de la AP de Guipúzcoa dictó Sentencia el 15 de julio de 2005, que estima parcialmente el recurso interpuesto, y revoca la Sentencia apelada en el sentido de condenar a siete menores como auto-

¹⁶ La STS de 22 de febrero de 2005, reiteradamente citada en los Autos dictados por las Audiencias Provinciales. al resolver recursos de apelación interpuestos tales como, p. ej., AAP de Madrid, Secc. 4.ª, de 30 de diciembre de 2010 y AAP de Barcelona, Secc. 6.ª, de 3 de diciembre de 2010.

res de un delito contra la integridad moral y un delito contra la salud psíquica de la víctima (artículo 147.1 CP), a la medida de 2 años de internamiento en centro educativo, en la modalidad de régimen abierto, y a una menor como autora de una falta de maltrato de obra, a la medida de 2 fines de semana de permanencia en centro educativo¹⁷.

V. Delito contra la integridad moral previsto en el artículo 174.1 CP

Artículo 174.1 CP:

«Comete tortura la autoridad o funcionario público, que abusando de su cargo, y con el fin de obtener una confesión o información de cualquier persona o de castigarla por cualquier hecho que haya cometido o se sospeche que ha cometido, o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación, la sometiende a condiciones o procedimientos que por su naturaleza, duración u otras circunstancias, le supongan sufrimientos físicos o mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier modo, atenten contra su integridad moral.»

La expresión subrayada «o por cualquier razón basada en algún tipo de discriminación» procede de la Reforma operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, y no ha sufrido modificación alguna en la reforma de la LO 1/15. Sus elementos son:

- a) El elemento material constituido por la conducta o acción en la que se manifiesta la tortura y que se identifica con sufrimientos físicos y mentales, la supresión o disminución de sus facultades de conocimiento, discernimiento o decisión o que, de cualquier modo, atenten contra su integridad moral.
- b) La cualificación del sujeto activo que debe ser una autoridad o funcionario público, que hubiese actuado con abuso de su cargo, aprovechándose de la situación de dependencia o sometimiento en la que se encuentra el sujeto pasivo.

¹⁷ La STSJ del País Vasco, Sala de lo Contencioso Administrativo, Secc. 3.ª, de 8 de febrero de 2011, señaló en el presente caso, que el centro educativo en el que estudiaba Jokin y los menores acosadores no debía ser condenado como responsable patrimonial al no acreditarse el nexo causal entre la falta de atención o vigilancia de los alumnos que causaron las vejaciones al afectado, y la enfermedad mental que lo llevó al suicidio. Por contra, se decretó la responsabilidad civil de los padres de los menores implicados en el acoso, debiendo pagar 10.000 € por cada uno de los menores implicados, en concepto de daño moral en favor de los padres de José Francisco.

- c) El elemento teleológico en cuanto sólo existe este delito de tortura cuando se persigue el fin de obtener una confesión o se sospeche que se ha cometido. Este elemento incorpora, junto con la llamada tortura indagatoria, la vindicativa o de castigo, por lo que el sujeto pasivo hubiera cometido o se sospeche que hubiera podido cometer.¹⁸

Con ello, se persigue dar cobertura típica a aquéllos casos en los que las autoridades y funcionarios actúan como represalia a la conducta anterior del sujeto pasivo.¹⁹

VI. Delito de descubrimiento y revelación de secretos previsto en el artículo 197.1, 2 y 5 CP

Artículo 197. 1, 2 y 5 CP:

Párrafo 1. «El que para descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro, sin su consentimiento, se apodere de sus papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales, intercepte sus telecomunicaciones o utilice artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación, será castigado con las penas de prisión de uno a cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses.»

Párrafo 2: «Las mismas penas se impondrán al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado. Iguales penas se impondrán a quien, sin estar autorizado, acceda por medio a los mismos y a quién los altere o utilice en perjuicio el titular de los datos o de un tercero.»

Párrafo 5: «Igualmente cuando los hechos descritos en los apartados anteriores afecten a datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuera un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, se impondrán las penas previstas en su mitad superior.»

Este artículo ha sido totalmente modificado por la LO 1/15.

¹⁸ SSTC 701/2001, de 23 de abril y 1391/2004, de 26 de noviembre.

¹⁹ STC 1391/2004, de 26 de noviembre.

En el aspecto objetivo de la conducta típica pueden distinguirse dos modalidades:

- a) Apoderamiento de papeles, cartas, mensajes de correo electrónico o cualesquiera otros documentos o efectos personales. El apoderamiento de documentos no puede considerarse estrictamente como un apoderamiento físico, dado que es suficiente el acceso a los mismos y su aprehensión virtual, de manera que el sujeto activo del delito conozca su contenido, que por medio de cualquier medio tecnológico permita su reproducción, extendiendo el concepto delictivo al uso del programa informático con la finalidad del apoderamiento de las comunicaciones privadas²⁰ o el acceso al correo electrónico.²¹
- b) Interceptación de telecomunicaciones o utilización de artificios técnicos de escucha, transmisión, grabación o reproducción del sonido o de la imagen, o de cualquier otra señal de comunicación. Esta modalidad fue incorporada al Código para evitar las lagunas de punibilidad derivadas de los veloces avances que se están produciendo en el mundo de las comunicaciones.

El elemento subjetivo de la conducta típica desplegada por el sujeto activo, debe ser dolosa, vista la finalidad de «descubrir los secretos o vulnerar la intimidad de otro», y para ello se emplea la preposición «para».²²

Se tutelan dos bienes jurídicos: la salvaguarda de los secretos propiamente dichos y la intimidad de las personas, entroncando dicho precepto con el derecho fundamental a la inviolabilidad de las comunicaciones, consagrado en el artículo 18 CE, como parte integrante del derecho a la intimidad personal del individuo.

El legislador aumenta las penas hasta la mitad superior cuando se trate de datos que puedan ser conocidos y difundidos con una finalidad discriminatoria, lo que conlleva un plus de daño moral para la titular del dato personal y víctima del delito, especificando que los datos deben ser: «datos de carácter personal que revelen la ideología, religión, creencias, salud, origen racial o vida sexual, o la víctima fuera un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección».

²⁰ STS 237/2007, de 21 marzo.

²¹ STS 358/2007, de 30 de abril.

²² SSTs de 10 de diciembre de 2004 y de 30 de abril de 2007.

VII. Delito de discriminación en el ámbito laboral previsto en el artículo 314 CP

Artículo 314 CP:

«Los que produzcan una grave discriminación en el empleo público o privado, contra alguna persona por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad, minusvalía, por ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores, por el parentesco con otros trabajadores de la empresa o por el uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado español, y no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras el requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años o multa de 12 a 24 meses.»

Este artículo fue modificado en la reforma operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se aumentó la pena de multa que hasta ese momento era de seis a doce meses.

La escasa aplicación práctica de este precepto se debe, fundamentalmente, a que el mismo adolece de importantes deficiencias técnicas. Algunas de ellas tienen por objeto el catálogo de causas discriminatorias previsto en el tipo, la utilización de términos equívocos como por ejemplo «empleo», la exigencia del no restablecimiento de la situación de igualdad, así como la benignidad de la pena.

De forma injustificada, en el artículo 314 se hace referencia a alguna causa discriminatoria no prevista en la normativa social y asimismo, de modo inverso, alguna de las causas previstas en el Estatuto de los Trabajadores y legislación que lo desarrolla brilla por su ausencia en el artículo 314. Sucede lo primero con la causa relativa a «ostentar la representación legal o sindical de los trabajadores», ya que el Estatuto de los Trabajadores hace referencia a «adhesión al sindicato», expresión no exactamente coincidente, ya que no todo representante de los trabajadores tiene por qué estar necesariamente afiliado a un sindicato. Ocurre en cambio, el caso contrario con la «edad», prevista como causa discriminatoria en el Estatuto de los Trabajadores e inexplicablemente ausente en el artículo 314, a pesar de tratarse, junto al sexo, la principal causa de discriminación en el mundo laboral.

En cuanto al carácter equívoco del término «empleo», cabe señalar que el precepto penal tipifica la «grave discriminación en el empleo», lo cual puede provocar una interpretación equívoca. La doctrina mayoritaria entiende, que resultan subsumibles dentro del tipo,

todos aquellos actos discriminatorios producidos con motivo u ocasión de una relación laboral, lo cual permite la aplicación de dicho precepto a los casos de acciones o conductas discriminatorias relativas al salario, a los ascensos o a la clasificación profesional del trabajador.

El artículo 314 requiere para su aplicación una parte activa que implica «producir una grave discriminación en el empleo» y una parte omisiva «no restablezcan la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa, reparando los daños económicos que se hayan derivado.»

Este doble requisito ha conllevado una valoración absolutamente negativa, al hacer muy difícil su aplicación:

- a) La exigencia legal de ambas conductas, la activa y la omisiva, convierte el tipo en papel mojado, quedando reducido a una mera y abstracta declaración de intenciones, proclamando el principio de igualdad en el mundo laboral.
- b) La posición del Derecho Penal frente al Derecho Administrativo es de mera accesoriedad ya que en los casos en que el autor del acto discriminatorio sea, además, funcionario público, la aplicación del precepto penal quedará completamente al arbitrio de la Administración correspondiente.

Lo cierto es que en el caso de hallarnos en el marco de la función pública y que las pretensiones formuladas fueran decididas por resoluciones que no se atienen a la legalidad, lo que podrá imputarse será un delito de prevaricación, pero no cabe apreciar una grave discriminación en el empleo configuradora del tipo penal previsto en el artículo 314 CP.

- c) El desdoblamiento de conductas típicas conlleva un posible desdoblamiento de eventuales sujetos activos, y con ello, la aparición de lagunas de punibilidad difícilmente asumibles. No es infrecuente en la práctica empresarial que la división organizativa de la misma en distintas esferas competenciales provoque que el órgano corporativo que haya provocado la discriminación en el empleo y el que tenga el deber de restituir la situación de igualdad no coincidan, de modo que ni uno ni otro podrían responder penalmente, ya que el precepto exige la concurrencia acumulativa de ambas conductas. A lo sumo, el obligado a restituir la situación de igualdad a requerimiento o sanción administrativa, responderá como autor de un delito de desobediencia, desvirtuándose, de este modo, la naturaleza jurídica del delito como infracción contra los derechos de los trabajadores.

La necesidad de que haya requerimiento o sanción administrativa obliga, por lo demás, a que el acto de discriminación tenga lugar por alguna de las causas previstas al efecto en el Estatuto de los Trabajadores o en la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social. Esta circunstancia debería imponer la necesidad de una escrupulosa coordinación entre las causas previstas en el artículo 314 CP y las recogidas en el Estatuto de los Trabajadores y la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social.

Tal y como se señala en la SAP de Madrid, Secc. 5.ª, de 13 de enero de 2010, al resolver el recurso 5/08, es bastante unánime el criterio jurisprudencial de las Audiencias Provinciales²³ sobre el particular, al señalar que el requerimiento no puede ser de cualquier clase, sino solamente el de naturaleza administrativa, o todo lo más, el procedente del órgano jurisdiccional competente, es decir, la Inspección de Trabajo o la correspondiente autoridad laboral y el órgano jurisdiccional con competencia concreta en materia de despidos por discriminación como los organismos que pueden hacer esta clase de requerimientos, puesto que sólo ellos pueden declarar oficialmente que existe un trato discriminatorio en el empleo.

La parte omisiva del tipo penal exige la infracción de dos deberes:

- a) Restablecer la situación de igualdad ante la ley tras requerimiento o sanción administrativa. Al respecto cabe señalar que es frecuente que el restablecimiento de la relación laboral sea de imposible realización, o incluso, contraproducente para el propio trabajador.
- b) Reparar los daños económicos que se hayan derivado.

Dicha SAP de Madrid, Secc. 5.ª, de 13 de enero de 2010 fue confirmada posteriormente por ATS de 2 de junio de 2010 (recurso núm. 633/10),²⁴ al rechazar la inadmisión del recurso de casación interpuesto, en la que textualmente se señala que:

²³ SAP de Navarra de 28 de mayo de 1998, SAP de Barcelona de 20 de diciembre de 1999, SAP de Asturias de 9 de noviembre de 2005, siendo esta última la que concluye de manera tajante que si se extiende el concepto de requerimiento al de cualquier naturaleza supondría, efectivamente, una interpretación extensiva del tipo penal que conculcaría la función garantizadora que está llamada a cumplir el Derecho Penal.

²⁴ Esta Sentencia es citada expresamente por la SAP de Vizcaya, Secc. 2.ª, de 28 de septiembre de 2012, acogiendo sus argumentaciones para desestimar el recurso de apelación interpuesto por la recurrente, *a sensu contrario*, toda vez que señala: «Al margen de la condición sindical de algunos testigos y sus manifestaciones al respecto, no consta acreditado que hubiese existido requerimiento administrativo para que cesase la eventual situación discriminatoria por lo que no concurrieron los elementos de este delito».

«La acción consiste en originar y mantener una grave discriminación (producir y no restablecer la situación de desigualdad) en el empleo, público o privado. La discriminación supone una diferencia de trato laboral como consecuencia de la concurrencia de determinadas características en el sujeto discriminado que le distinguen de otros empleados o trabajadores, pero sin que justifiquen objetivamente la discriminación.

Tales características son aquellas ya incluidas en el artículo 4.2 c) del Estatuto de los Trabajadores, que constituyen las causas o situaciones más frecuentes de ruptura injustificada de la paridad (ideológica, religión, creencias, pertenencia a una etnia, raza o nación, sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía, ostentación de la representación legal o sindical de los trabajadores, parentesco con otros trabajadores de la empresa o uso de alguna de las lenguas oficiales dentro del Estado Español) y que pueden provocar un tratamiento discriminatorio, si bien es imprescindible que la diferencia empleada provoque un resultado discriminatorio desde el punto de vista objetivo, de manera que perjudique el ejercicio de determinados derechos o el disfrute de ciertas ventajas o beneficios reconocidos o que se agraven las cargas laborales, y que quede plenamente acreditado el ánimo o móvil discriminatorio y la existencia arbitraria e irracional de la diferencia de trato.

Ahora bien, la mera discriminación en el empleo sin más, no basta para que se cometa delito, pues el precepto exige que venga acompañada de un requerimiento o sanción administrativa y que el requerimiento haya sido desoído (no restablecimiento de la situación de igualdad ante la ley, reparando los daños económicos), con lo que se trata de reservar el castigo penal sólo para los casos contumaces, en los que, a pesar de haberse detectado el trato desigual, se hace caso omiso a las intimaciones administrativas».

VIII. Discurso de odio punible previsto en el artículo 510 CP

1. Introducción

Artículo 510 CP:

«1. Serán castigados con la pena de prisión de uno a cuatro años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes públicamente fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su

origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

b) Quienes produzcan, elaboren, posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan, vendan escritos o cualquier clase de material, soportes que por su contenido sean idóneos para fomentar, promover, o incitar directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza, nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

c) Públicamente nieguen, trivialicen gravemente o enaltezcan los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra las personas y bienes protegidos en caso de conflicto armado, o enaltezcan a sus autores, cuando se hubieran cometido contra un grupo o parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia al mismo, por motivos racistas, antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, la situación familiar o pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, cuando de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos.

2. Serán castigados con la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a doce meses:

a) Quienes lesionen la dignidad de las personas mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito de alguno de los grupos a que se refiere el apartado anterior, o de una parte de los mismos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a ellos por motivos racistas, antisemitas y otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o produzcan, elaboren posean con la finalidad de distribuir, faciliten a terceras personas el acceso, distribuyan, difundan o vendan escritos o cualquier otra clase de material o soportes que por su contenido sean idóneos para lesionar la dignidad de las personas por representar una grave humillación, menosprecio o descrédito de algunos de los grupos mencionados, de una parte de ellos, o de cualquier persona determinada por razón de su pertenencia a los mismos.

b) Quienes enaltezcan o justifiquen por cualquier medio de expresión pública o de difusión los delitos que hubieran sido cometidos contra un grupo, una parte del mismo, o contra una persona determinada por razón de su pertenencia a aquél por motivos racistas,

antisemitas u otros referentes a la ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia, raza o nación, su origen nacional, su sexo, orientación o identidad sexual, por razones de género, enfermedad o discapacidad, o a quienes hayan participado en su ejecución.

Los hechos serán castigados con una pena de uno a cuatro años de prisión y una multa de seis a doce meses cuando de ese modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación, contra los mencionados grupos.

3. Las penas previstas en los apartados anteriores se impondrán en su mitad superior cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel hiciera accesible a un elevado número de personas.

4. Cuando los hechos, a la vista de las circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado.

5. En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión y oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

6. El Juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos.

En los casos en los que, a través de un portal de acceso a internet o servicio de la sociedad de la información, se difundan en exclusiva o preponderantemente los contenidos a que se refiere el apartado anterior, se ordenará el bloqueo del acceso o la interrupción de la prestación del mismo».

Este artículo, que ha sido íntegramente modificado por la reforma operada por LO 1/15 va a constituir, como ya lo venía siendo, uno de los más destacados instrumentos político criminales con los que cuenta el sistema penal español en la lucha contra el racismo y la xenofobia, la homofobia y toda suerte de discriminación por razón de ideología, religión o creencias, situación familiar, la pertenencia de sus miembros a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, enfermedad o minusvalía.

En los últimos tiempos se ha ido imponiendo en numerosas legislaciones la tesis de que la lucha penal contra la discriminación en sus distintas modalidades debe articularse, predominantemente, a través de la tipificación de conductas de provocación o incitación a la violencia, la discriminación o el odio racial, homófobo, etc.²⁵

En Derecho Comunitario deben ser destacados el artículo 4 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial de 1965 y el artículo 1.a) de la Decisión Marco 2008/913/JAI del Consejo de la Unión Europea, de 28 de noviembre, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal. Esta normativa comunitaria no limita en modo alguno la discrecionalidad del legislador de los estados miembros, de ahí la amplitud del contenido del nuevo artículo 510 CP mucho más amplio que los preceptos de otras normativas de estados miembros tales como la alemana.

En Derecho Comparado deben destacarse:

- a) En Francia el artículo 24.6 de la Ley sobre la Libertad de Prensa de 1972 tipifica el delito de provocación a la violencia, la discriminación y el odio racial.
- b) En Suiza el artículo 261 bis del Código Penal tipifica el delito de discriminación racial.
- c) En Alemania en el parágrafo 130.1 del Código Penal se diferencian los supuestos de incitación al odio y la incitación a la violencia y las injurias discriminatorias, siendo siempre exigible la idoneidad para alterar la paz pública y la lesión de la dignidad y en el parágrafo 130.2 del Código Penal se sanciona la apología de la violencia y la incitación al odio racial.
- d) En el Reino Unido la Public Order Act de 1986 regula, a través de un conjunto de disposiciones normativas relativas a la incitación al odio racial y se alza como piedra angular del sistema penal antixenófobo en dicho país.
- e) La legislación penal federal de los Estados Unidos establece supuestos de agravación de la pena para determinados delitos cuando su autor los cometa impulsado por una motivación racista, xenófoba o discriminatoria, etc. Con anterioridad a 1992, algunas legislaciones penales de los diferentes estados de la Unión tipificaban de forma expresa las expresiones provo-

²⁵ LANDA GOROSTIZA, J.M.: *La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al delito de provocación, artículo 510 del Código Penal*. Universidad del País Vasco, Bilbao, 2000 .

cadoras «*Fighting Words*», entendiendo por las mismas aquellas que causan daño o que tienden a incitar una perturbación inmediata de la paz.

La resolución judicial dictada por la Corte Suprema de los Estados Unidos de 22 de junio de 1992, que puso fin al caso *R.A.V. v. City of St. Paul*, decretó que la penalización de las expresiones provocadoras tal y como se llevaba a cabo por la Ley del Estado de Minnessota, era inconstitucional. Los hechos del caso *R.A.V. v. City of St. Paul* eran, en síntesis, los siguientes: el 21 de junio de 1990 un grupo de jóvenes amigos se reunió en las proximidades de una casa en la que vivía un familia de raza negra y origen africano y quemaron tres cruces, infringiendo de este modo, la prohibición vigente en el Estado de realizar y llevar a cabo expresiones provocadoras. En el Juicio Oral, los acusados sostuvieron ante la Corte Suprema que la Primera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos les permitía expresarse como lo hicieron. La Corte Suprema de los Estados Unidos decretó que la quema de cruces no era inconstitucional sino la normativa que la penalizaba teniendo presente el llamado «libre mercado de ideas» que impera en dicho país, decretando la inconstitucionalidad de dicha normativa.

Desde entonces, la técnica legislativa empleada de forma dominante por el legislador penal antidiscriminatorio norteamericano no es otra que la consistente en agravar la pena de determinados delitos cuando su autor los comete impulsado por móviles discriminatorios, la cual, ha venido avalada por sendos pronunciamientos de la Corte Suprema destacando el caso *Winconsin v. Mitchell*, cuya resolución fue dictada el 11 de junio de 1993. Los hechos del caso *Winconsin v. Mitchell*, objeto de enjuiciamiento, eran, en síntesis, los siguientes: la noche del 7 de octubre de 1989, un joven de raza blanca, en el que queda acreditado indiciariamente una motivación racista, causó lesiones a un joven de raza negra. La Corte Suprema concluyó que la técnica legislativa de los tipos agravados por la motivación racista era perfectamente compatible con la libertad de expresión y el principio de responsabilidad del hecho, ya que el objeto de sanción no era la motivación interna del sujeto sino el hecho objetivo lesivo del bien jurídico, no acogiendo la tesis sostenida por la defensa que postulaba que la agravación por motivación xenófoba era contraria a la libertad ideológica y del individuo.

A partir de lo expuesto, puede comprobarse como la lucha penal contra la discriminación y la xenofobia se construye de dos maneras alternativas:

- 1.^a La individual, en la que el Derecho Penal no es sino un instrumento de promoción de la igualdad. Se corresponde con los modelos de agravación de la pena en caso de comisión del delito por motivos discriminatorios como en Estados Unidos.
- 2.^a La colectiva, que persigue la evitación de situaciones de genocidio mediante la prohibición de conductas que podrían provocar situaciones de antesala del mismo. Se corresponde con aquellas legislaciones que optan por reservar a la tipificación de conductas de incitación a la violencia, la discriminación o el odio al espacio central del sistema penal antixenóforo como en los países de Francia, Alemania, Suiza o Austria.

La más extendida es la colectiva, aunque en los últimos tiempos la legislación penal de los países de ámbito geográfico latino ha girado hacia la postura más individualista. Tal es el caso, por ejemplo, de la legislación penal española, que, no obstante, en puridad de conceptos, apuesta por un modelo político-criminal mixto que combina elementos de las dos clases de estrategia: la tipificación de delitos de expresiones provocadoras como por ejemplo, el artículo 510.1 CP y la agravación de la pena prevista para un delito cuando el mismo se comete por motivos discriminatorios, prevista en el artículo 22.4.^a CP.

2. *El artículo 510.1 CP*

El artículo 510.1 CP, tras la reforma operada por la LO 1/15, queda considerablemente ampliado. El nuevo precepto, además de hacer referencia, entre los motivos discriminatorios, a «las razones de género», se divide en tres apartados:

En el primer apartado a) se tipifican las conductas de: «fomento, promoción o incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia». La incitación equivaldría a la provocación de la anterior redacción del precepto. El fomento y promoción, constituyen, en cambio, conductas de favorecimiento más indirectas y deben ser realizadas, en todo caso, «públicamente». Con la reforma queda del todo claro que el delito es autónomo de la provocación al delito como acto preparatorio punible, previsto en el artículo 18 CP. Además, el nuevo artículo 510 párrafo a) añade a los motivos discriminatorios las «razones de género».

En el apartado b) se tipifican la producción, elaboración, posesión para distribuir o facilitar el acceso a terceros, distribución, difusión o venta de material idóneo para la realización de alguna de las conductas previstas en el apartado a). Con este nuevo apartado, es evidente que tendrán más cómodo encaje en el mismo, supuestos tales como los de las Librerías Europa y Kalki, que se estudiarán posteriormente y que antes de la reforma, únicamente podían ser subsumidos (aunque forzosamente), en los artículos 510.1 (antecedente del actual apartado a) del artículo 510.1) y el 607.2 (antecedente del actual apartado c) del artículo 510.1.

En el apartado c) se castigan los delitos de negación, trivialización grave o enaltecimiento de los delitos de genocidio, lesa humanidad o contra personas o bienes en caso de conflicto armado. En este apartado se tipifican, junto a otras, algunas de las conductas previstas antes de la reforma en el artículo 607.2 CP, que pasa a integrarse, por tanto, en el nuevo artículo 510 CP. La diferencia fundamental de ambos preceptos reside en la ausencia en el nuevo de la «justificación», y la presencia ahora de la «trivialización» y el enaltecimiento». Además, el nuevo apartado castiga las conductas referidas no solamente al genocidio (como se realizaba en el anterior 607.2 CP), sino también los delitos de lesa humanidad y los llamados «crímenes de guerra».

En relación a la negación la STC 235/2007 de 7 de noviembre, caso de la Librería Europa, consideró contraria al derecho fundamental de la libertad de expresión, la tipificación de la mera negación del genocidio, esto es, la que no implicase incitación al genocidio. El Tribunal Constitucional exigió en dicha sentencia: «que la conducta sancionada consistente en difundir opiniones que nieguen el genocidio fuese de verdad idónea para crear una actitud de hostilidad hacia el colectivo afectado». El nuevo precepto exige que «de este modo se promueva o favorezca un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación contra los mismos». Con ello, se adecúa, en esencia, a lo exigido por la STC, anteriormente referida, 235/2007 y también a la Decisión Marco de 28 de noviembre del 2008, relativa a la lucha contra determinadas formas y manifestaciones de racismo y xenofobia mediante el Derecho Penal.

La trivialización consiste en cualquier conducta por la que se minimice o reste importancia a hechos tan graves y trascendentes como el genocidio, los delitos de lesa humanidad o crímenes de guerra. Se exige el requisito de la gravedad para que la acción sea típica y por tanto punible.

El enaltecimiento implica la realización de loanza de actos de genocidio, lesa humanidad o crímenes de guerra.

El tipo también prevee el enaltecimiento de sus autores. En este caso, el término «autor» debe ser interpretado, en un sentido amplio o legal, comprensivo del autor en sentido ontológico (directo, mediato o coautor), el inductor y el cooperador necesario (artículo 28 CP en relación con el artículo 61 del mismo cuerpo legal). Queda fuera, en cambio, el enaltecimiento del cómplice. Es preciso, además, que el enaltecimiento de autor tenga por objeto su vinculación a algún acto de genocidio, lesa humanidad o de guerra.

3. *El artículo 510.2 CP*

El artículo 510.2 del Código Penal sigue tipificando conductas que atentan contra el honor o la dignidad de colectivos por razones discriminatorias, aunque también (como sucede en el artículo 510.1 con un tenor más amplio. El nuevo precepto se divide en dos apartados.

El artículo 510.2 a) CP tipifica un delito contra la integridad moral de naturaleza discriminatoria. En el caso de que la acción se cometiera contra grupos o colectivos no incluidos en la redacción del artículo 510.2 a), hay que aplicar el artículo 173 CP, por ejemplo, el caso de una acción contra víctimas por ser pobres (aporofobia).

El apartado a) en el primer inciso castiga cualquier conducta de «humillación, menosprecio o descrédito» objetivamente adecuada para lesionar la dignidad de alguno de los grupos previsto en el artículo 510.1 o alguno de sus miembros, por alguno de los motivos discriminatorios previstos en el tipo. Para la interpretación de los términos «humillación, menosprecio o descrédito» deberá estarse a la doctrina y jurisprudencia de los delitos contra el honor. En el segundo inciso castiga con la misma pena los actos preparatorios previstos en el artículo 510.1 b), aunque en este caso referidos a la conducta prevista en el artículo 510.2 a) inciso primero.

El apartado b) castiga el enaltecimiento o justificación de cualquier otro delito cometido contra un colectivo, una parte del mismo o alguno de sus miembros por alguno de los motivos discriminatorios previstos en el tipo. A diferencia de lo que sucede con el enaltecimiento, la justificación implica una valoración positiva del acto, así como una cierta vocación de despertar en terceros idéntica valoración. Diversas son las diferencias entre este supuesto y el previsto en el artículo 510.1 c). Por una parte, en este último precepto no se castiga la justificación, caso que si sucede en el artículo 510.2 b) y por otra, las conductas del artículo 510.1 c) van referidas al genocidio, delitos de lesa humanidad y crímenes de guerra, mientras que las del artículo 510.2 b) deben te-

ner por objeto cualquier otro delito que se haya cometido por alguno de los motivos discriminatorios previstos en el tipo.

Ambas conductas pueden ser realizadas «por cualquier medio de expresión pública o de difusión». Cuando alguna de las conductas previstas en el artículo 510.2 sea objetivamente adecuada para «promover o favorecer un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación» contra los colectivos de referencia, la pena asignada será la prevista en el artículo 510.1.

Ello no debe extrañar, desde el momento, en que bien podría decirse que tales supuestos normalmente serán, de hecho, de «fomento, promoción o incitación al odio, hostilidad, discriminación o violencia» (artículo 510.1. a).

No obstante, nótese a diferencia de lo que ocurre en el artículo 510.1. a) que el tipo agravado del artículo 510.2 que ahora nos ocupa, no se refiere al supuesto de que la conducta no sea objetivamente adecuada para afectar al grupo, sino a una parte del mismo o a alguno de sus miembros.

Ello se corresponde con la exigencia de que la conducta tienda a la creación de un «clima» de violencia, hostilidad, odio o discriminación. Por tal debe entenderse, una atmósfera o estado de opinión propicio para la reproducción de conductas violentas, hostiles, de odio o discriminatorias contra los colectivos protegidos.

4. *El artículo 510.3 CP*

El artículo 510.3 del Código Penal tipifica un nuevo tipo agravado consistente en la realización de alguna de las conductas previstas en los apartados anteriores:

«cuando los hechos se hubieran llevado a cabo a través de un medio de comunicación social, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información, de modo que, aquel hiciera accesible a un elevado número de personas».

Teniendo en cuenta que en algunos apartados del artículo 510 ya se exige que la conducta sea realizada «públicamente» (apart. 1.a y 1.c) o «por cualquier medio de expresión pública» (apart. 2. b), debe entenderse que la publicidad del artículo 510.3 se refiere no a cualquier medio de comunicación pública, sino exclusivamente a sistemas objetivamente adecuados para llegar a un número masivo de personas.

En esta línea, la referencia a «internet» o el «uso de nuevas tecnologías de la información» alude a medios tales como webs, blogs, redes sociales o sistemas tecnológicos de comunicación pública similares.

Más dudosa es, en cambio, la referencia a un «medio de comunicación social», que bien podría considerarse sinónima del término «*públicamente*» (apartados 1a) y 1c)) o la expresión «por cualquier medio de expresión pública» (apart. 2.b).

En cualquier caso, la aplicación del artículo 510.3 exige que el empleo del medio haga «accesible» el hecho «a un elevado número de personas». Ello sucede, por ejemplo a aquellos supuestos de comunicación pública a una colectividad pero sin el uso de medios de comunicación masiva. Podrían incluirse en esta categoría casos como, por ejemplo, ponencias, conferencias, charlas o mítines políticos para un auditorio colectivo e incluso amplio, pero no masivo.

5. *El artículo 510. 4 CP*

El artículo 510.4 del Código Penal prevee un tipo agravado:

«Cuando los hechos, a la vista de las circunstancias, resulten idóneos para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad o temor entre los integrantes del grupo, se impondrá la pena en su mitad superior, que podrá elevarse hasta la superior en grado».

De este nuevo tipo agravado, se deduce lógicamente que, en contra de lo que sugería un sector doctrinal con respecto al artículo 510.2 anterior a la reforma, tal idoneidad no es precisa, en cambio, para el tipo básico de provocación al odio, hostilidad, discriminación o violencia ya que basta con que la conducta sea adecuada para provocar la alteración de la paz o sentimiento de inseguridad, sin que precise, en cambio la producción de un resultado efectivo de lesión de tales intereses.

6. *El artículo 510.5 y 6 CP*

El artículo 510.5 del Código Penal prevee la pena accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de determinandas profesiones:

«En todos los casos, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión y oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre tres y diez años al de la duración de la pena de privación de libertad im-

puesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los cometidos y a las circunstancias que concurren en el delincuente.»

El artículo 510.6 del Código Penal prevee la medida interdictiva consistente en la posible inutilización o destrucción judicial del material resultante de la comisión del delito o del medio a través de que se haya cometido:

«El Juez o tribunal acordará la destrucción, borrado o inutilización de los libros, archivos, documentos, artículos y cualquier clase de soporte objeto del delito a que se refieren los apartados anteriores o por medio de los cuales se hubiera cometido. Cuando el delito se hubiera cometido a través de tecnologías de la información y la comunicación, se acordará la retirada de los contenidos».

En el caso de que se trata de medios tecnológicos, el nuevo precepto permite el bloqueo del acceso al servicio o su interrupción, siempre que en el mismo se difundan contenidos a los que se refiere el artículo 510 de forma «exclusiva o preponderante».

7. *El artículo 510 bis CP*

El nuevo artículo 510 bis establece la responsabilidad penal de las personas jurídicas por los delitos previstos en el artículo 510, de acuerdo con las vías de impugnación previstas en el artículo 31bis del mismo cuerpo legal:

«Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los dos artículos anteriores, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales, podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

En este caso será igualmente aplicable lo dispuesto en el número 3 del artículo 510 del Código Penal».

8. *Referencias jurisprudenciales*

Deben ser destacadas las siguientes sentencias:

1.^a La STC 214/1991, de 11 de noviembre (caso Violeta Friedman), en la que se desarrolló una teoría revolucionaria de la legitimación pro-

cesal, para concedérsela a doña Violeta Fiedman, mujer judía superviviente del campo de exterminio de Auschwitz, que reivindicaba su derecho al honor y el de todos los judíos frente a una posición negadora de los crímenes del conocido doctor Mengele proclama que: «la libertad ideológica y de expresión no pueden amparar manifestaciones o expresiones destinadas a menospreciar o a generar sentimientos de hostilidad contra determinados grupos étnicos».

2.^a La STC 176/1995, de 11 de diciembre, en la que se resuelve el recurso de amparo presentado por Damián Carulla, de la editorial Makoki, contra la SAP de Barcelona de 11 de mayo de 1992, que lo condenó a la pena de un mes y un día de arresto mayor y a una multa de 100.000 pesetas por delito de injurias y escarnio de confesión religiosa a causa de la publicación en España del comic «Hitler=SS», en el cual se relatan episodios en los campos de concentración nazi, siendo judíos y alemanes de la «Schutz-Staffel» los protagonistas de la historia, haciéndose burla y mofa del reparto de jabón antes de entrar en la cámara, del olor a gas y de los cadáveres y del aprovechamiento de los restos humanos.

3.^a La STC 235/2007, de 7 de noviembre (caso Librería Europa). El 16 de noviembre de 1998, el JP núm. 3 de Barcelona²⁶ dictó Sentencia por la que se condenaba a Pedro Varela, como autor de un delito continuado de genocidio del artículo 607.2 CP a la pena de dos años de prisión con sus correspondientes accesorias y costas y como autor de un delito continuado con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución consistente en la provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas y antisemitas del artículo 510.1 CP a la pena de tres años de prisión y multa por tiempo de doce meses a razón de una cuota diaria de 2.000 ptas., asimismo, con sus correspondientes accesorias y costas. Se consideró probado que el acusado, como propietario y director de la Librería Europa sita en la calle Séneca núm. 12 de la ciudad de Barcelona con posterioridad al mes de junio de 1.996, de forma habitual y continuada, procedía a la distribución, difusión y venta de todo tipo

²⁶ GÓMEZ NAVAJAS, J.: «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1.995 (algunas reflexiones al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona, de 16 de Noviembre de 1.998)», en *La Ley*, 1999.

de material y soporte documental, videográfico y de audio.²⁷ En todo el material que estaba en la librería para su distribución y difusión de manera reiterada e inequívocamente vejatoria para el grupo social integrado por la comunidad judía, se negaba la persecución y genocidio sufridos por dicho pueblo durante la segunda guerra Mundial por los responsables de la Alemania Nazi y en los que se incita al odio y a la discriminación hacia la raza judía, considerándoles inferiores a los que se debe exterminar como «a las ratas». La representación procesal del condenado interpuso contra la Sentencia condenatoria recurso de apelación y la AP de Barcelona, Secc. 3.ª, con carácter previo a la resolución del recurso de apelación se dirigió al Tribunal Consitucional interponiendo la cuestión de inconstitucionalidad, por considerarlo contrario al artículo 20.1 CE, resolviéndose en esta conocida sentencia en la que se dice que el artículo 20.1, el cual consagra el derecho fundamental a la libertad de expresión:

«ofrece cobertura a las opiniones subjetivas e interesadas sobre determinados hechos históricos, por muy erróneas o infundadas que resulten, siempre que no supongan un menosprecio a la dignidad de las personas o un peligro cierto para la convivencia pacífica».

«De este modo el reconocimiento constitucional de la dignidad humana configura el marco dentro del cual ha de desarrollarse el ejercicio de los derechos fundamentales y en su virtud carece de cobertura constitucional la apología de los verdugos, glorificando su imagen y justificando sus hechos cuando ello suponga una humillación de sus víctimas. Igualmente hemos reconocido que atentan también contra este núcleo irreductible de valores esenciales de nuestro sistema constitucional los juicios ofensivos contra el pueblo judío que emitidos, al hilo de posturas que niegan la evidencia del genocidio nazi, suponen una incitación racista. Estos límites coinciden, en lo esencial, con los que ha reconocido el Tribunal de Derechos Humanos en aplicación del apartado segundo del artículo 10 CEDH. En concreto, viene considerando que la libertad de expresión no puede ofrecer cobertura al llamado «discurso del odio», ésto es, a aquél desarrollado en términos que supongan una incitación directa a la violencia contra los ciudadanos en general o contra determinadas razas o creencias en particular».

Sin embargo, este promunciamiento del Alto Tribunal no fue unánime y se formularon cuatro votos particulares. Por lo tanto, si bien el modelo democrático de sociedad vendría a imponer al ciudadano un

²⁷ En la Diligencia de Entrada y Registro llevada a cabo en la sede de la librería el 11 de diciembre de 1996 se intervinieron 20.972 libros, 324 videos, 35 cintas de audio, 124 fotolitos, 35 catálogos, numerosa correspondencia y multitud de revistas, posters y postales.

cierto deber de tolerancia frente a mensajes ofensivos e incluso anti-democráticos, tal deber no es en absoluto ilimitado y en estas dos Sentencias del Tribunal Constitucional²⁸, se establecen tres límites del deber de tolerancia a discursos ofensivos:

- a) El respeto a los principios de igualdad y dignidad humana.
- b) La innecesariedad de la ofensa para la exposición de las opiniones
- c) Incitación directa a la violencia contra los destinatarios del mensaje.

Finalmente, la Secc. 3.^a de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 5 de marzo de 2008, por la que se estimó parcialmente el recurso de apelación interpuesto condenando al acusado como autor de un delito de genocidio del artículo 607.2 CP concurriendo la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas a la pena de siete meses de prisión con las accesorias legales y a la mitad de las costas procesales de instancia y absolviendo al acusado del delito de provocación al odio y a la violencia del artículo 510 CP, partiendo del pronunciamiento del Alto Tribunal que considera inconstitucional la tipificación como delito la mera negación del genocidio.²⁹

Posteriormente, el JP núm. 10 de Barcelona el 5 de marzo de 2010 dictó Sentencia por la que se condenaba, de nuevo, a Pedro Varela, por hechos similares, como autor de un delito continuado de genocidio del artículo 607.2 CP a la pena de un año y seis meses de prisión con sus correspondientes accesorias y costas y como autor de un delito continuado con ocasión del ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas garantizados por la Constitución consistente en la provocación a la discriminación, al odio racial y a la violencia contra grupos o asociaciones por motivos racistas y antisemitas del artículo 510.1 CP a la pena de un año y tres meses de prisión asimismo, con sus correspondientes accesorias y costas procesales.

Tras la interposición del recurso de apelación por el Ministerio Fiscal y por la representación del condenado, la Secc. 2.^a de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 26 de abril de 2010, por la que se revoca parcialmente la sentencia dictada en primera instancia y se le absuelve del delito de provocación al odio y a la violencia del artículo 510 CP y se le

²⁸ Esta misma línea ha sido seguida por la STEDH de 29 de junio de 2004 (Chayuy y otros c. Francia) y la de 21 de septiembre de 2006 (Monnat c. Suiza).

²⁹ En la misma línea se pronuncia el TEDH en la Sentencia de 8 de julio de 1999 (Ergogdu e Ince c. Turquía).

condena como autor de un delito de genocidio del artículo 607.2 CP confirmando las penas impuestas por éste último.

4.^a La STS de 12 de abril de 2011 (caso Librería Kalki) decreta la absolución por entender que no se acredita una estructura personal y de medios que permitiera a los acusados orientar su actividad de forma real a la realización de actos concretos de promoción de la discriminación.³⁰

5.^a La SAP Tenerife de 7 de marzo de 2014, la cual recoge expresamente los fundamentos de las dos sentencias del Tribunal Consitucional, anteriormente referidas, y por la que se condena al acusado como autor de un delito de provocación al odio del artículo 510 CP, ya que el poema que escribió y fue publicado en un periódico rebasa el límite del respeto a la dignidad de toda vida humana, al comprender alusiones xenófobas, tales como: «oleada negra, oleada de cimarrones, intrusos invasores» y llamamientos a la violencia, con expresiones tales como: «como canarios vamos a defendernos...compraremos mosquetones, pistolas, fusiles y cañones y hasta un barco cañonero, con ellos dispararemos y estos intrusos invasores que regresen por donde vinieron».

6.^a La SJP núm. 2 de Lérida, de 16 de noviembre de 2006, condena por delito continuado del artículo 510 1 y 2 CP al acusado que creó una página web, la cual estuvo activa durante años y en la que se introducían datos e imágenes de contenido xenófobo y racista con textos e imágenes provocando a la discriminación y al odio contra grupos por razón de la etnia, raza, origen nacional o condición de emigrantes. Se observan imágenes de una persona con estética skin agrediendo a un inmigrante o indigente; imágenes conteniendo simbología nazi y bélica y textos tales como «la inmigración destruye tu futuro», «sangre y fuego os merecéis putos demócratas de mierda», se incita a la lucha en favor del ideario de Adolf Hitler y por una «Nación Europea» bajo el título de «héroes».

7.^a La SJP núm. 2 de Logroño de 2 de abril de 2004 condena por un delito de provocación a la discriminación del artículo 510.1 CP a los acusados que difundieron dos pasquines de contenido racista y xenó-

³⁰ Dicha Sentencia tuvo un voto particular del Magistrado Sr. Martínez Arrieta, el cual considera que la conformación penal de la asociación no exige de una estructura y organización complejas, bastando el agrupamiento de varios que se diferencie de la individualidad de los miembros que la componen; y tampoco es necesario que la banda se mueva en un amplio espacio geográfico y cita las SSTS de 23 de enero de 2002, 23 de octubre de 2006 y 27 de junio de 2007.

fobo. En uno de los pasquines se exponía y difundía las siguientes manifestaciones claramente racistas y xenófobas con incitación a la violencia: «estamos condenados a vivir con la basura de inmigrantes que terminarán de destruirnos», «moros, sudamericanos, países del Este, paquistaníes, hindúes, africanos ,etc. Toda esta gentuza tiene más derechos que un riojano», «lucharemos por defendernos aunque sea con explosivos». En otro de los pasquines se difunden las críticas por la concesión de ayuda social a los inmigrantes: «Más viviendas para inmigrantes, más trabajo para inmigrantes, más ayudas para inmigrantes, Riojanos autónomos y obreros hay que pagar más impuestos, hay que pagar más seguros contra robos, atracos, violaciones, asesinatos; Riojano a ti, quién te ayuda?».

8.^a Finalmente, destacar la SJP núm. 3 de Barcelona de 12 de enero de 2004, por la que se condenó a Mohamed K.M., Imán de la localidad de Fuengirola, como autor de un delito de provocación a la violencia por razón de sexo, a las penas de un año y tres meses de prisión y multa de 8 meses con cuota diaria de 9 Euros, así como al comiso de los ejemplares del libro «La mujer en el Islam» y de los utensilios empleados para su edición por escribir el libro titulado «La mujer en el Islam», en lengua árabe y traducido al castellano sin discrepancias del autor sobre su traducción, destinado a todas las mujeres musulmanas y a la gente de la comunidad en la que el condenado actuaba como Imán, de distribución gratuita y con una primera edición de 800 ejemplares, en cuya página 87, se justificaba el castigo físico por parte del hombre hacia la mujer con ciertas limitaciones: nunca se debía pegar en una situación de furia exacerbada u ciega para evitar males mayores, no se debía golpear las partes sensibles del cuerpo, los golpes se debían administrar en unas partes concretas del cuerpo como los pies o las manos, debiendo utilizarse una vara no demasiado gruesa, es decir, fina y ligera para que no deje cicatrices o hematomas en el cuerpo y finalmente los golpes no debían ser duros o fuertes porque la finalidad es hacer sufrir psicológicamente a la mujer.

IX. Delito de discriminación en servicios públicos previsto en el artículo 511 CP

Artículo 511 CP:

«1. Incurrirá en la pena de prisión de seis meses a dos años y multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de uno a tres años el particular

encargado de un servicio público que deniegue a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, su pertenencia a una etnia o raza, su origen, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

2. Las mismas penas serán aplicables cuando los hechos se cometan contra una asociación, fundación, sociedad o corporación o contra sus miembros por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad.

3. Los funcionarios públicos que cometan alguno de los hechos previstos en este artículo, incurrirán en las mismas penas en su mitad superior y en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de dos a cuatro años.

4. En todos los casos se impondrá además la pena de inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre, por un tiempo superior entre uno y tres años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito y a las circunstancias que concurran en el delincuente».

MACHADO RUIZ³¹ define el servicio público como «la actividad de titularidad pública de obligada prestación, por organización pública, por organización o por cualquier otra fórmula equivalente, que permite la satisfacción regular y continua de servicios de interés general y que genera un derecho a recibir la prestación».

Se trata de delito especial impropio ya que solamente pueden ser sujetos activos del delito las personas que en el momento de la acción ostentan una determinada condición: un particular encargado del servicio público (511.1) o un funcionario público (511.3).

El sujeto pasivo es la persona a la que se deniega la prestación no obstante tener derecho a la misma, por lo que deben excluirse todos aquellos supuestos en los que el trato diferenciado se encuentre amparado legalmente, como por ejemplo, los extranjeros no regularizados.

La prestación se trata de toda actividad de dación derivada del ejercicio de la función prestacional propia de los sectores calificados normativamente como públicos, estableciendo un catálogo cerrado de motivos de la denegación de la prestación.

³¹ MACHADO RUIZ, M.D: *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos*. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2002.

En el caso de concurso de un delito del artículo 511 CP y un delito de prevaricación del artículo 404 del mismo cuerpo legal, se resolvería como un concurso de leyes de acuerdo con el principio de especialidad previsto en el artículo 8.1.ª CP, tal y como se llevó a cabo en la SAP de Palencia de 11 de febrero de 1999.

X. Delito de discriminación en el ámbito de actividades profesionales o empresariales previsto en el artículo 512 CP

Artículo 512 CP:

«Los que en el ejercicio de sus actividades profesionales o empresariales denegaren a una persona una prestación a la que tenga derecho por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia o raza, su origen nacional, su sexo, orientación sexual, situación familiar, por razones de género, enfermedad o discapacidad, incurrirán en la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión, oficio, industria o comercio e inhabilitación especial para profesión u oficio educativos, en el ámbito docente, deportivo y de tiempo libre por un período de uno a cuatro años».

Se trata de un delito cuya investigación es difícil, debido al desconocimiento de los hechos, que se produce desde una doble vertiente:

- a) Desconocimiento de los hechos denunciados por ausencia de publicación de datos estadísticos que permitan conocer su dimensión cuantitativa y cualitativa.
- b) Desconocimiento de los hechos que se producen y no se denuncian, por distintos motivos: la creencia de que nada pasará; desconfianza o miedo a la policía; víctimas extranjeras que carecen de permiso de residencia; miedo a represalias; discriminación como vivencia cotidiana y «normal»; extrema vulnerabilidad de cierto tipo de víctimas y desconocimiento de la ley.

Sujeto activo sólo pueden ser personas que actúen en el ámbito de una actividad profesional o empresarial, es decir, profesionales, empresarios o sus delegados.

La actividad profesional o empresarial, debe ejercerse de una manera habitual, excluyéndose cuando se lleva a cabo de una manera aislada.

Catálogo cerrado de motivos de denegación de la prestación que constituye delito, al igual que en el artículo anterior.

La acción típica, se basa en la existencia de un derecho particular a una prestación y por tanto, una expectativa concreta y no générica o abstracta.

La consumación del delito se produce con la acción de denegar la prestación por parte del sujeto activo, aunque posteriormente se acceda a la prestación por intervención de terceros, así lo determinó la STS de 21 de mayo de 2001 que confirma la SAP de Alicante de 11 de junio de 2009, la cual condena la denegación de entrada en un establecimiento de varias personas de raza negra, a los que después y tras protestar, se les permite entrar. Se establece que la consumación de este delito se produce *ad limine*, en este caso, por tratarse de ciudadanos de color, todo y que después pudieron acceder gracias a la intervención de terceras personas.

La STS de 29 de septiembre de 2009 confirma la condena a un vendedor de automóviles que niega la venta de un vehículo a un cliente, manifestando textualmente: «yo no vendo a morenos como tú ni a gitanos ni a moros», reiterando ante los Agentes de la Guardia Civil actuantes, que «no vendía a gitanos ni a moros», y que «era racista», en base a la prueba directa consistente en las declaraciones de los agentes del propio cliente y de los agentes de la Guardia Civil.

La SAP de Valencia de 23 de febrero de 2010 confirma la SJP núm. 12 de Valencia de 30 de junio de 2009. por la que condena a la acusada por denegar el acceso a una discoteca a un grupo de personas con síndrome de Dawn. Se recoge en la decisión que el hecho de que se acredite que la condenada tiene cualidades humanas solamente demuestra que no observó el mismo comportamiento discriminatorio en otras ocasiones con discapacitados físicos o psíquicos y la condena se basa por haber denegado una determinada prestación, únicamente a causa de su discapacidad psíquica, a personas que tenían derecho a ella.

La SAP de Barcelona de 8 de julio de 2014 confirma la SJP núm. 6 de Barcelona de 13 de marzo de 2014 por la que se condena al vigilante de acceso a una discoteca que niega el acceso a la misma, aludiendo a su condición de transexuales. El empresario no puede ampararse en el derecho de reserva de admisión, tal y como lo establece la legislación vigente a destacar: el artículo 10 de la Ley 11/2009, de 6 de julio, de Regulación Administrativa de los espectáculos públicos y las actividades recreativas, que establece que el derecho de admisión no puede conllevar la discriminación por razón de género o cualquier otra circunstancia personal o social de los usuarios de los establecimientos y los espacios abiertos al público tanto en lo relativo a las condiciones de acceso como en la permanencia en los establecimientos y al uso y goce de los servicios que se prestan en ellos.

Las resoluciones que concluyan el procedimiento penal ya sea el Auto que decreta el archivo del procedimiento por no concurrir los elementos del tipo o la sentencia dictada, tras la celebración del Juicio Oral, deberá remitir el testimonio de dichas resoluciones al órgano de la administración competente correspondiente, a fin de que el expediente administrativo que se haya incoado como consecuencia de estos hechos se resuelva.

En el ámbito de la responsabilidad civil debe citarse la SAP de Barcelona de 15 de enero de 2010 en la que se señala que: a) La sociedad aseguradora del local respecto del cual se ha denegado el acceso a alguien por las razones mencionadas en el artículo 512 CP, ostenta la cualidad de responsable civil directa, no obstante tratarse de un delito doloso, y sin perjuicio de la acción de repetición que pueda ejercer contra el asegurado en virtud de lo legalmente establecido en el artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro; y b) la empresa titular del negocio ostenta la cualidad de responsable civil subsidiaria aunque los que actuaron dolosamente fueran sus empleados, sin perjuicio de la acción de repetición contra dichos empleados, en virtud de lo legalmente establecido en el artículo 43 de la Ley del Seguro.

XI. Delito de asociación ilícita para cometer un delito discriminatorio previsto en el artículo 515.4.º CP

Artículo 515.4.º CP:

«Son punibles las asociaciones ilícitas, teniendo tal consideración:

4.º Las que fomenten, promuevan o inciten directa o indirectamente al odio, hostilidad, discriminación o violencia contra las personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o discapacidad».

La reforma operada por la LO 1/15 modifica la redacción y la ubicación del anterior artículo 515.5 CP respecto a las asociaciones ilícitas que persiguen cometer un delito de discriminación de grupos o colectivos.

La sanción para cada uno de los componentes de la asociación ilícita, prevista en los artículos 517 y 518 CP, se diferencia según se trate de fundadores, directores, presidentes de la asociación, y de los miembros activos de la misma. La pena de estos últimos es la misma que la prevista para los que con su cooperación económica o de cualquier

otra clase, en todo caso relevante, favorezcan la fundación, organización o actividad de la asociación.

La STS de 19 de enero del 2007 considera: a) Miembros activos: quienes participan en las actividades de la asociación, que va más allá de la mera pertenencia a la misma; b) Directores o presidentes: aquellos que realizan cometidos orgánicos y desempeñan cargos dirigentes y de responsabilidad en el seno de la organización.

El bien jurídico protegido según las SSTs de 2 de mayo de 2001 y 25 de noviembre de 2008, está constituido por el derecho de asociación como garantía constitucional, el orden público y la propia institución estatal, frente a cualquier organización que persiga los fines contrarios y antitéticos a los de aquélla.

El elemento objetivo se proyecta en los verbos activos: promover, fomentar e incitar directa o indirectamente.

El elemento subjetivo está constituido por la intención de menospreciar y discriminar a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social.

No es exigible para que concurra este tipo penal que la promoción o incitación sean actividades «programáticas» de la asociación conforme a su objeto social, exigiéndose un enjuiciamiento global de la actividad de la asociación en orden a determinar si ésta, en su actuación práctica, contradice lo que declaran los estatutos o normas fundacionales internas, posiblemente dirigidas a ocultar su verdaderos fines.

La STS de 19 de enero de 2007 establece los requisitos para considerar a una asociación ilícita:

- a) La asociación debe estar integrada por una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad.
- b) Es necesario apreciar la existencia de una organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista y desplegada.
- c) Consistencia o permanencia, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero con exclusión de la transitoriedad.
- d) La finalidad de la asociación ha de corresponderse con los elementos contenidos en el artículo 515.4.º (antes artículo 505.5.º): discriminación, odio, violencia contra personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social.

La relación concursal entre asociación ilícita y organización criminal (artículo 570 bis CP) o grupo criminal (artículo 570 ter CP), se re-

suelve según la STS de 12 de diciembre de 2013, considerando que la asociación ilícita para cometer un delito discriminatorio del artículo 515 CP actúa como tipo residual respecto de las más específicas figuras de la organización criminal y del grupo criminal a que se refieren los artículo 570 bis, ter y quáter CP.

La STS de 2 de julio del 2012, señala que tras la tipificación de las organizaciones y grupos criminales en los artículos 570 a 570 quáter CP, que conforman el capítulo VI del Título XXII del Libro II que lleva por rúbrica «*De las organizaciones y grupos criminales*», comporta la reinterpretación de los parámetros del artículo 515 CP, debiendo primar su consideración de agrupaciones estables que traten de atentar contra el bien jurídico protegido por este delito, no pudiendo conceptuarse en una organización criminal, la ideación y combinación de funciones entre varios partícipes para la comisión de un solo delito.

La STS de 10 de mayo de 2011 (caso Skin Heads Blood and Honour España), condenó por delito de asociación ilícita prevista en el artículo 515.5.º en relación con el artículo 517.2 CP a la asociación denominada cultural Blood and Honour, la cual se constituía como la fracción española de una asociación de igual nombre creada en el Reino Unido en 1.987, englobándose dentro del movimiento skinhead y nacional socialista, distinguiéndose sus miembros por una vestimenta paramilitar o de camuflaje, con predominio del negro, botas de combate y cazadoras bomber y la utilización del anagrama distintivo del emblema de la «3.ª SS Panzer Division Totenkopf» de la Alemania Nazi, consistente en una calavera, y cruces celtas y esvásticas, y de las runas. La asociación «Blood & Honour España» difundía y promocionaba la ideología skinhead nacionalsocialista, a través de la venta de su revista bimensual y de la organización de conciertos en los que intervenían grupos de música RAC (Rock against Communism), corriente musical nacida al amparo de la formación política Nacional Front, caracterizándose sus letras por incluir referencias a las ideologías nacionalsocialista, fascista y racista, con explícita incitación a la violencia frente a los inmigrantes o a los judíos, vendiéndose igualmente discos con dicha música y todo tipo de «merchandising» vinculado a dicha asociación y al imaginario nacionalsocialista. El Tribunal Supremo fundamenta su condena al considerar que desde esa asociación se promovía toda una sistemática y planificada actividad, al amparo de una forma asociativa y bajo una apariencia de un discurso artístico e intelectual antiglobalización, con la que se pretendía glorificar a los verdugos y justificar sus hechos, defendiendo activamente la superioridad de la raza blanca frente a las otras que simplemente por ello son inferiores y deben ser despreciadas e incluso objeto de violencia física para

su expulsión del territorio europeo, de tal suerte que al enemigo sionista, que se mantiene como herencia del pensamiento nacionalsocialista, se le suma el trabajador inmigrante causa de todos los males, el cual debía ser exterminado hasta la aniquilación. El Tribunal Supremo se refiere expresamente a las SSTC 214/1991 de 11 de noviembre y 48/2003 de 12 de marzo, para excluir de la garantía que supone el artículo 20.1 CE un pretendido derecho a expresar y difundir un determinado entendimiento de la historia o concepción del mundo con el deliberado ánimo de menospreciar y discriminar, al tiempo de formularlo, a personas o grupos por razón de cualquier condición o circunstancia personal, étnica o social, que violan uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico, como es la igualdad, y uno de los fundamentos del orden público y de la paz social, cual es la dignidad de la persona humana.

La STS de 28 de diciembre de 2011 (caso Hammerskin) condenó por delito de asociación ilícita prevista en el artículo 515.5.º en relación con el artículo 517.1 CP a la asociación denominada Hammerskin España (HSE), al ser una asociación del todo semejante a la que fue objeto de la STS de 10 de mayo de 2011 (Skin Heads Blood and Honour España) que promueve el odio o la violencia e incita a ello, siendo patente el «discurso del odio» y quedando acreditado que todos los documentos, banderas y otros efectos intervenidos en los domicilios de los acusados eran explícitos en el ensalzamiento de la doctrina nacionalsocialista, promoviendo el racismo y la xenofobia.

Algunas asociaciones ilícitas podrían ser enfocadas como organizaciones asimiladas a las organizaciones terroristas, en cuyo caso sería de aplicación el artículo 577 CP.

XII. Delito de asociación ilícita para cometer un delito discriminatorio previsto en el artículo 522 CP

Artículo 522 CP:

«Incurrirán en la pena de multa de cuatro a diez meses:

1.º Los que por medio de violencia, intimidación, fuerza o cualquier otro apremio ilegítimo impidan a un miembro o miembros de una confesión religiosa practicar los actos propios de las creencias que profesen, o asistir a los mismos.

2.º Los que por iguales medios fuercen a otro u otros a practicar o concurrir a actos de culto o ritos, o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión, o a mudar la que profesen.»

Este artículo entronca normativamente con:

- a) Los Derechos Constitucionales consagrados en los artículos 10.1 y 2 y 16 CE.
- b) El artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.
- c) El artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.
- d) El artículo 9 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.
- e) Los artículos 3 y 5 de la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

El bien jurídico protegido es doble, ya que directamente lo que protege este tipo penal es la libertad individual de conciencia, e indirectamente, se está tutelando la institución religiosa a la que el individuo pertenece, en tanto que el hecho religioso es un fenómeno comunitario e institucionalizado.

El elemento objetivo se basa en el empleo de la violencia física o moral, pudiendo distinguirse tres variantes:

- a) El empleo de la violencia física o moral para impedir a un miembro de una confesión religiosa practicar o asistir a actos propios de las creencias que profesa.
- b) El empleo de la violencia física o moral para forzar a otros a practicar o concurrir a actos de culto o a realizar actos reveladores de profesar o no profesar una religión.
- c) El empleo de la violencia física o moral para forzar a otros a mudar la religión que profesan.

El elemento subjetivo del tipo implica que estamos en presencia de un delito doloso, que acepta el dolo en todas sus modalidades pero excluye la comisión por imprudencia.

Las características:

- a) La confesión religiosa contenida en el precepto no exige para que el mismo sea de aplicación, la inscripción en el registro público creado por la Ley Orgánica de Libertad Religiosa en su artículo 5.
- b) En el supuesto de cometerse el delito contra una pluralidad de personas con una misma acción, no se distinguen tantos delitos como personas lesionadas en su libertad de conciencia: solamente cabrá apreciar uno.

- c) Se trata de un supuesto específico y privilegiado de coacciones, que da lugar a un concurso de leyes por el criterio de especialidad establecido en el artículo 8 del Código Penal.

XIII. Delito contra los sentimientos religiosos previsto en el artículo 523 CP

Artículo 523 CP:

«El que con violencia, amenaza, tumulto o vías de hecho, impidiere, interrumpiere o perturbare actos, funciones, ceremonias o manifestaciones de las confesiones religiosas inscritas en el correspondiente registro público del Ministerio de Justicia e Interior, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, si el hecho se ha cometido en lugar destinado al culto, y con la de multa de cuatro a diez meses si se realiza en cualquier otro lugar».

Este artículo entronca normativamente con:

- a) El derecho consagrado en el artículo 16 CE.
- b) El artículo 18 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948.
- c) El artículo 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 19 de diciembre de 1966.
- d) El artículo 9 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950.
- e) El artículo 2.º apartados 1.b) y d) y 2 y el artículo 5 de la LO 7/1980, de 5 de julio, de Libertad Religiosa.

El bien jurídico protegido, este tipo penal tutela tanto la libertad religiosa de los individuos (individuo) como la libertad religiosa de las confesiones (colectividad), si bien no se incluye en el tipo el supuesto de confesiones religiosas no inscritas en el registro público.

El elemento objetivo implica llevar a cabo todas aquellas acciones dirigidas a impedir, interrumpir y perturbar determinados actos religiosos de aquellas confesiones religiosas que gocen de protección penal.

La interrupción no ha de ser momentánea y la perturbación debe alcanzar un nivel notorio de trascendencia, y las «manifestaciones» a que se refiere el precepto pueden corresponderse con procesiones y otras ceremonias estrictamente religiosas que se celebran en la vía pública.

El elemento subjetivo del tipo implica que estamos en presencia de un delito doloso, que acepta el dolo en todas sus modalidades pero excluya la comisión por imprudencia.

En cuanto a la aplicación de la pena el legislador distingue entre la pena más grave (de prisión) si la acción se comete en un lugar de culto, siendo aplicable la pena de multa para el resto de los supuestos.

Problemas concursales: se trata de un supuesto específico y privilegiado, que da lugar a un concurso de leyes por el criterio de especialidad establecido en el artículo 8 del Código Penal respecto de los delitos previstos en el artículo 559 CP (precepto que sanciona la perturbación grave del orden público con objeto de impedir a alguien ejercer sus derechos cívicos), el artículo 169.2.º CP (tipo penal que recoge la amenaza no condicional) y el artículo 172 CP (que castiga a aquél que actúa para impedir a otro con violencia lo que la ley no prohíbe).

XIV. Delito de profanación religiosa previsto en el artículo 524 CP

Artículo 524 CP:

«El que en templo, lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas ejecutare actos de profanación en ofensa de los sentimientos religiosos legalmente tutelados será castigado con la pena de prisión de seis meses a un año o multa de 12 a 24 meses».

Este artículo entronca normativamente con el artículo 16 CE y con los artículos 2.º, 3.º y 5.º de la LO 7/1980, de 5 de julio.

El bien jurídico protegido, se tutela los sentimientos religiosos, por lo que «a sensu contrario», un acto ejecutado en la intimidad o en secreto es atípico por falta de idoneidad para ofender los sentimientos religiosos de otros.

El elemento objetivo está integrado por tres elementos:

- a) Deben ejecutarse actos de profanación (interpretando el verbo profanar como tratar una cosa sagrada sin el debido respeto o aplicarlo a usos ajenos para el que fue creado.
- b) Dichos actos deben ser ejecutados en el templo, el lugar destinado al culto o en ceremonias religiosas; si bien es de posible aplicación si se trata de una ceremonia religiosa celebrada en algún emplazamiento que no es un templo.
- c) Dichos actos deben ser idóneos para ofender y objetivamente graves, siendo necesario para la consumación del delito que se hayan visto efectivamente lesionados los sentimientos de alguna persona o de una colectividad.

El elemento subjetivo implica que estamos en presencia de un delito doloso, que comprende el ánimo de ofender los sentimientos religiosos.

Problemas concursales:

- a) Si tras el acto de profanación se lleva a cabo una acción de apoderamiento de la cosa sagrada, deberá apreciarse un concurso real con el delito de hurto o robo que constituya la sustracción.
- b) En el supuesto de que la cosa sagrada se destruya o deteriore con el acto de profanación, entra en juego la figura del concurso ideal con un delito de daños.
- c) Si el delito de profanación se comete durante un acto o ceremonia religiosa que se interrumpe o se perturba, cabrá aplicar las normas del concurso (normalmente ideal) con los delitos previstos en los artículos 523 y 524 CP.

XV. Delito de escarnio previsto en el artículo 525 CP

Artículo 525 CP:

«1. Incurrirán en la pena de multa de ocho a doce meses los que, para ofender los sentimientos de los miembros de una confesión religiosa, hagan públicamente, de palabra, por escrito o mediante cualquier tipo de documento escarnio de sus dogmas, creencias, ritos o ceremonias, o vejen, también públicamente, a quienes los profesan o practican.

2. En las mismas penas incurrirán los que hagan públicamente escarnio, de palabra o por escrito, de quienes no profesan religión o creencia alguna».

Este artículo entronca normativamente con los artículos 14 y 16 CE y con los artículos 1.º, 6.º y 7.º de la LO 7/1980, de 5 de Julio.

El bien jurídico protegido, se tutela de forma directa la libertad de conciencia en el ámbito religioso, y de forma indirecta la dignidad de las confesiones religiosas, así como los sentimientos de las personas que no profesan religión alguna.

El elemento objetivo, la acción típica permite distinguir tres modalidades:

- a) Escarnio del que profesa una religión, es decir, escarnio interpretado como la mofa, la burla o la ridiculización para ofender a otro, que ha de tener por objeto dogmas, creencias, ritos o ceremonias de una confesión religiosa y ha de realizarse públi-

camente, por lo que ha de tener cierta trascendencia aunque no sea un lugar sacro.

- b) Escarnio como acción vejatoria hacia el que profesa una religión en el sentido de trato molesto y perjudicial, debiendo ser una acción pública aunque no sea en un lugar sacro, siendo los destinatarios de la acción miembros o practicantes de una confesión religiosa.
- c) Escarnio público de quién no profesa religión alguna.

El elemento subjetivo se trata de un tipo doloso con necesaria presencia de un «animus iniuriandi».

Problemas concursales:

- a) En el supuesto de que el escarnio o acción vejatoria constituya a su vez una injuria, se aprecia una concurrencia normativa con el delito de injurias, que se resuelve con la aplicación del artículo 525 CP en virtud del principio de especialidad.
- b) En el supuesto de que la acción vejatoria vaya acompañada de una agresión, el delito de lesiones se aplicará en concurso real con el delito previsto en el artículo 525 CP.

XVI. **Resoluciones destacadas del Tribunal Europeo de Derechos Humanos**

1.^a STEDH de 20 de septiembre de 1994 (Asociación Otto Preminger c. Austria) se considera ajustada a la legalidad la decisión de la autoridad judicial austríaca de secuestrar y confiscar la película basada en una obra de teatro de final del siglo XIX, por la que su autor fue condenado por blasfemia, en la que se presentaba al Dios cristiano como un idiota senil e impotente, a Jesucristo como un hijo malcriado y a la Virgen María como a una desvergonzada. El Tribunal entiende que el derecho a la libertad de expresión se ha extralimitado en su ejercicio (el tribunal austríaco precisó que la indignación es legítima cuando procede de un acto capaz de ofender los sentimientos religiosos de una persona normal con una sensibilidad religiosa también normal).

2.^a STEDH de 13 de febrero de 2003 (Refah Partisi y otros c. Turquía) concluye que la disolución del partido Refah Partisi por la autoridad judicial turca por haber declarado la intención de instaurar un sistema multijurídico y la ley islámica, dejando planear la duda sobre su posición en cuanto al uso de la fuerza para acceder y permanecer en el poder, se

ajusta a la legalidad. La «necesidad social imperiosa» justifica que el Estado implicado, pueda impedir un proyecto político incompatible con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, antes de que sea puesto en práctica.

3.^a STEDH de 11 de junio de 2007 (Mann Singh c. Francia) declara la legalidad de la norma que obliga a aparecer con la cabeza descubierta en la foto identificativa destinada a documentos oficiales.

4.^a STEDH de 3 de noviembre de 2011 (Lautsi c. Italia, demanda por la existencia de crucifijos en las aulas de una escuela pública) condena a Italia por violación del artículo 9 del Convenio Europeo de Derechos Humanos en el que se consagra la libertad de pensamiento, conciencia y religión. El Tribunal Europeo establece que: a) Las aulas deben favorecer la tolerancia y el pluralismo; y b) El Estado debe mantenerse neutral e imparcial.

5.^a STEDH de 1 de julio de 2014 (SAS c. Francia, demanda por la ley de prohibición de uso del burka y el niqab en espacios públicos). Según la Sentencia la ley francesa no vulnera el artículo 8 (derecho al respeto a la privacidad), artículo 9 (derecho a la libertad de pensamiento, conciencia y religión) ni 14 (prohibición de discriminación) de la Convención Europea de Derechos Humanos, con base en: a) La finalidad de la ley francesa es el respeto a la convivencia común y el velo integral impide la interacción interpersonal; y b) El Estado francés tiene un amplio margen de apreciación para aplicar la norma (la sanción es una multa de como máximo 150 € con la posibilidad de que el Juez decida que se siga un curso de ciudadanía junto con la multa o en sustitución de ésta).

XVII. Addenda. La STEDH de 20 de octubre de 2015 (Balazs v. Hungary)

Esta STEDH, en la que se considera que se ha producido una vulneración del artículo 14 en concordancia con el artículo 3 del Convenio y que ha sido publicada posteriormente a la redacción de la ponencia, es tan importante y trascendente en materia de delitos de odio, que merece esta Addenda a la misma.

En dicha Sentencia se pone de manifiesto que la violación del artículo 14 del Convenio deriva en que el Estado, en este caso Hungría, no ha cumplido su obligación positiva de llevar a cabo una investiga-

ción eficaz del incidente de violencia llevado a cabo con una motivación racista.

Estamos ante el pronunciamiento judicial emanado del TEDH, que va a convertirse en la principal herramienta jurisprudencial para luchar contra esta tipología delictual, toda vez que el anteriormente dicho Tribunal no se había pronunciado de una manera tan clara y contundente.

Se establece la importancia de las resoluciones dictadas por la Agencia de Derechos Fundamentales (FRA), las resoluciones dictadas por la Organización para la Seguridad y Cooperación en Europa (OSCE) y las de la Comisión Europea contra el Racismo y la Intolerancia del Consejo de Europa (ECRI).

Asimismo, se señala la obligación de los Estados Miembros de llevar a cabo las investigaciones efectivas para «*desenmascarar*» la discriminación y los delitos de odio.

Se señala que las autoridades del Estado tienen el deber adicional de tomar todas las «*medidas razonables para desenmascarar*» cualquier motivación racista y establecer si el odio o los prejuicios pueden haber influenciado la acción.

En la Sentencia ya se hace hincapié en la extrema dificultad de constatar y demostrar la motivación discriminatoria o de odio pero el Alto Tribunal insiste en investigar de manera eficaz todas las posibles connotaciones racistas, xenófobas o antisemitas de un acto violento, recopilando y asegurando las pruebas con la finalidad de descubrir la verdad de lo sucedido sin omitir hechos sospechosos que puedan ser indicativos de una violencia étnica o racial inducida.

Para lograr la máxima eficacia de la investigación, el TEDH establece por primera vez los «indicadores de polarización» más comunes para acreditar la comisión de un delito de odio.

«Los indicadores de polarización» que nos indican que estamos en presencia de un delito de odio, son los siguientes, según el Alto Tribunal:

- a. La percepción de la propia víctima/s es el primer indicador de la motivación. Esta percepción está basada en las propias circunstancias del ataque y su propia experiencia personal en relación a los prejuicios ya sufridos.
- b. La actitud del agresor. Los autores de delitos de odio muestran a menudo sus prejuicios antes, durante o después del acto. La mayoría de los delitos de odio, las palabras o los símbolos empleados por los propios agresores constituyen pruebas fundamentales. Generalmente, quienes cometen delitos de odio

desean enviar un mensaje a sus víctimas y a otros, y dichos mensajes, desde las injurias a las pintadas, constituyen pruebas sólidas del móvil.

c. Las características de la propia víctima y del agresor/es:

1.º Características de la víctima:

- La raza, religión, etnia, nacionalidad, discapacidad, género, orientación sexual de la víctima/s diferente del autor/es.
- Pertenencia de la víctima/s a un grupo diferente/ minoritario del que pertenece el autor/es.
- La víctima/s es miembro/s de una comunidad y es atacado justo cuando abandona la zona donde está establecida dicha comunidad.
- El incidente se ha producido durante una incursión de miembros de un colectivo mayoritario en una zona poblada principalmente por miembros de minorías.
- Pertenencia de la víctima/s a un grupo minoritario y han sido agredida/s por un grupo formado por miembros de otro colectivo.
- Una histórica y conocida animadversión entre el grupo al que pertenece la víctima/s y al que pertenece el agresor.
- Personalidad de la propia víctima en la que debe incluirse: (i) Que la víctima/s sea considerada por el agresor/es «diferente» por su apariencia física, su vestimenta, su lenguaje o su religión. (ii) Que la víctima/s sea/n una figura destacada dentro de la comunidad, como un líder religioso, un militante o portavoz de un colectivo víctima de discriminación constante. (iii) Que la víctima estuviera casada o fuera pareja de un colectivo minoritario.

2.º Características del agresor/es:

- El lenguaje, los gestos u otras actitudes mostrados antes, durante o después del incidente pueden mostrar un perjuicio o un sentimiento negativo hacia el grupo o el colectivo de la víctima.
- La vestimenta, los tatuajes o la simbología representativos de movimientos extremistas tales como cruces esvásticas u otra simbología nazi o los uniformes de estilo paramilitar.
- El comportamiento del agresor/es (como realizar un saludo nazi o participar en concentraciones o manifestaciones organizadas por grupos de odio) que sugiera su posible pertenencia a un grupo u organización criminal.

- Que el agresor/es tuviera antecedentes por delitos con un *modus operandi* similares y cuyas víctimas perteneciesen al mismo colectivo minoritario o a otros colectivos minoritarios.
- d. Indicadores previos a la comisión del delito de odio:
- Similares acciones llevadas a cabo en la misma área en cuyos miembros de un mismo grupo sean objetivos potenciales.
 - Que la víctima/s haya/n recibido previas amenazas directamente o vía telefónica o por correo debido a la pertenencia a un colectivo.
 - Que hayan habido incidentes o disturbios previos entre miembros del grupo al que pertenece la víctima/s y el grupo al que pertenece el agresor/es lo cual provoca la comisión de un delito de odio como represalia contra miembros del colectivo considerado responsable.
- e. Motivos múltiples: La investigación que debe llevarse a cabo de una manera exhaustiva porque en la motivación de una acción delictiva pueden confluir distintos motivos. En la Sentencia se pone el ejemplo de un robo que puede tratarse de una simple sustracción con el único ánimo de obtener un beneficio patrimonial inmediato o bien que la acción delictiva llevada a cabo tenga un componente de discriminación hacia la víctima, en cuyo caso si estaríamos ante un delito de odio.

Por tanto, esta Sentencia es fundamental para orientar las investigaciones de los delitos de odio, que deben caracterizarse por ser exhaustivas y eficaces. El Tribunal considera que una investigación habrá sido eficaz cuando se ha logrado determinar los antecedentes de hecho del caso e identificar y castigar a los responsables. No se trata de una obligación de resultado, sino de medios. Las autoridades deben haber tomado todas las medidas razonables vistas las circunstancias concurrentes, para recoger y conservar los elementos de prueba, estudiar el conjunto de los medios concertos para descubrir la verdad, y dictar decisiones plenamente justificadas, imparciales y objetivas, sin omitir hechos dudosos reveladores de un acto de violencia, justificado por consideraciones racistas.

VIII. Bibliografía consultada

- AGUILAR GARCÍA, M.A.: Ponencia «Racismo y Discriminación por razón de cultura y/o religión», Septiembre 2.012.
- AGUILAR GARCÍA, M.A.: Ponencia «Modelo de actuación penal frente a los delitos de odio: criterios de actuación del servicio de delitos de odio: criterios de actuación del Servicio de delitos de odio y discriminación de la Fiscalía Provincial de Barcelona», Octubre 2.013.
- AGUILAR GARCÍA, M.A. *et al.*: *Manual Práctico para la Investigación y Enjuiciamiento de los delitos de odio y discriminación*. Centre d'Estudis Jurídics i Formació Especialitzada de la Generalitat de Catalunya, Barcelona 2.015
- ALONSO ALAMO, M.: «La circunstancia agravante de discriminación», en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo: libro homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*. Tecnos, Madrid, 2.003.
- GÓMEZ MARTÍN, V.: «El Derecho Penal ante la mentira de Auschwitz. Comentario a la STC 235/2.007, de 7 de noviembre», en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Vol. LXIII, 2.010.
- GÓMEZ NAVAJAS, J.: «Apología del genocidio y provocación a la discriminación en el Código Penal de 1.995 (algunas reflexiones al hilo de la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona, de 16 de Noviembre de 1.998)», en *La Ley*, Madrid, 1.999.
- LANDA GOROSTIZA, J.M.: «La llamada mentira de Auschwitz artículo 607.2 CP) y el delito de provocación (artículo 510 CP) a la luz del caso Varela: una oportunidad perdida para la cuestión de inconstitucionalidad (Comentario a la Sentencia del Juzgado de lo Penal número 3 de Barcelona)», en *Actualidad Penal*, 36, 1.999.
- LANDA GOROSTIZA, J.M.: *La intervención penal frente a la xenofobia: problemática general con especial referencia al delito de provocación, artículo 510 del Código Penal*. Servicio Editorial Universidad del País Vasco, Bilbao, 1.999.
- LANDA GOROSTIZA, J.M.: *La política criminal contra la xenofobia y las tendencias expansionistas del Derecho Penal (a la vez una propuesta interpretativa de la normativa antidiscriminatoria del Código Penal de 1.995 y un análisis crítico incipiente de Jurisprudencia)*. Comares, Granada, 2.001.
- MACHADO RUIZ, M.D.: *La discriminación en el ámbito de los servicios públicos*. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2.002.
- OSCE-ODHIR: *Hate Crimes Laws, a Practical Guide*. 2.009.
- PIÑUEL ZABALA, I.: «El mobbing o acoso en el trabajo», en *Estudios de Derecho Judicial*, Madrid, 2.006.
- PORTILLA CONTRERAS, G.: «La represión penal del discurso de odio», en QUINTERO OLIVARES, G. (Dir.), *Comentario a la reforma del Código Penal de 2.015*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2.015, págs. 717 a 753.
- RODRÍGUEZ MESA, M.J.: *Torturas y otros delitos contra la integridad moral cometidos por funcionarios públicos*. Comares. Granada, 2.000.

Los delitos informáticos

Eloy Velasco Núñez

Magistrado. Juzgado Central de Instrucción n.º 6

Sumario: I. Concepto. II. Clasificación de los delitos informáticos. III. Perfil de la delincuencia informática. IV. Tipos delictivos en concreto. 1. Cibereconómicos. a. Estafa (art. 248.2 CP). b. Defraudación (art. 255 CP). c. Hurto de tiempo (art. 256 CP). d. Daños informáticos, denegación de servicio (DoS), virus informáticos (art. 264 ss. CP). e. Contra la propiedad intelectual e industrial (arts. 270-274 CP). f. Espionaje informático de secretos de empresa (arts. 278-280 CP). g. Falsedad documental (art. 390-399 CP). h. Falsificación de tarjetas de crédito y débito (art. 399 bis). i. Blanqueo de capitales (art. 301 CP). 2. Delitos ciberintrusivos. a. Pornografía infantil (art. 189 CP). b. Abuso sexual (art. 183 bis CP). c. *Child grooming* (art. 183 ter CP). d. 183 quáter CP. e. Acoso —*stalking*— (art. 172 ter CP). f. Quebrantamiento de alejamiento (art. 468.3 CP). g. Descubrimiento y revelación de secretos —*hacking*— (art. 197 y ss. CP). h. Calumnias e injurias (arts. 205 y 208 CP). i. Amenazas, coacciones y extorsiones (arts. 169, 172 y 243 CP). j. Infidelidad en la custodia de documentos y violación de secretos para su venta (arts. 417 y 423 CP). k. suplantación y robo de personalidad. l. Contra el orden público (arts. 559 y 560 CP). m. Incitación al odio y violencia contra grupos/diferentes (art. 510 CP). 3. Ciberterrorismo.

I. Concepto

Son delitos informáticos —más bien tecnológicos— los cometidos «contra» o «a través» de las nuevas tecnologías, encerrando por tanto su concepto dos realidades distintas: 1) la de aquellos delitos propiamente contra las nuevas tecnologías, como el de daños informáticos que nunca podrían producirse al margen de la existencia de Internet

Cuadernos penales José María Lidón

ISBN: 978-84-15759-81-2, núm. 12/2016, Bilbao, págs. 377-407

o las nuevas tecnologías, que, si fueran suprimidas mentalmente, llevarían a la inexistencia de la posibilidad misma de que se manifestaran este tipo de delitos, pues en ellos el delincuente lo que pretende es incidir o atacar en sí mismo las nuevas tecnologías, y 2) delitos tradicionales cometidos a través de Internet o de las nuevas tecnologías, (por ejemplo, las amenazas a través de correo electrónico, que sólo difieren de las clásicas amenazas en el medio —tecnológico— a través del cual se realizan) delitos clásicos que con la irrupción de las nuevas tecnologías ahora se cometen principalmente a través de ellas, en los que el delincuente sólo las utiliza como medio de comisión delictiva, pretendiendo el ataque a bienes jurídicos que tradicionalmente se han afectado por otros medios diferentes.

Muestra de la enorme evolución de su irrupción en los Juzgados y Tribunales españoles es el dato ofrecido por la Fiscalía General del Estado de que frente a los 6.500 procedimientos por delitos informáticos incoados en 2011, ya en 2014 eran 20.500.

II. Clasificación de delitos informáticos

El profesor alemán Ulrich Sieber, distinguió lo que llamaba:

1.º Ciberdelincuencia económica: aproximada y afortunadamente el 65% de los delitos informáticos que se denuncian en nuestros Juzgados y Tribunales en la actualidad, que se caracterizan porque en ellos el delincuente busca el apoderamiento de dinero, activos o patrimonio ajeno, en definitiva de un beneficio lucrativo, a través de técnicas principalmente, informáticas. En ellos se incluyen las estafas sociológicas y las mecánicas, la defraudación, el hurto de tiempo, los daños, la denegación de servicio dañina, el sabotaje informático, los delitos contra la propiedad intelectual e industrial por medios tecnológicos, el espionaje de secretos de empresa, el blanqueo informático de capitales y activos, la falsedad de tarjetas y documentos electrónicos, etc.

2.º Ciberdelincuencia intrusiva: aproximadamente el 33% de los denunciados, caracterizados por la intención del delincuente informático de apoderarse de información, secretos, privacidad o intimidad ajena, también a través de técnicas entre las que destaca la informática. En ellos se incluyen las amenazas y coacciones, la pornografía infantil, el acoso y el realizado con fines sexuales a menores o *child grooming*, el acceso no consentido o allanamiento informático, el descubrimiento y revelación de secretos o *hacking*, las injurias y calumnias tecnológicas,

la cesión in consentida de datos, el quebrantamiento de tecnologías de control del alejamiento, alguna modalidad de delitos contra el orden público, delitos de odio, etc.

3.º Ciberespionaje y ciberterrorismo: aproximadamente el 2% restante de los denunciados, caracterizados por la intención del delincuente informático de alterar la paz social, subvertir el orden político y social establecido, y en definitiva, atemorizar amplios sectores de la población mediante ataques informáticos, bien a infraestructuras básicas o bien usando Internet y las nuevas tecnologías para la consecución de sus objetivos desestabilizadores. En ellos se incluyen la usurpación informática de funciones públicas, la revelación tecnológica de secretos de defensa y el terrorismo informático, etc.

III. Perfil del delincuente informático

Delincuencia en sus días iniciales con enorme proyección de futuro, en la actualidad es la delincuencia del presente, del ahora mismo, en la que, como en todas, cada caso es un aparte, pero especialmente dada a la confección de patrones de conducta y pautas que, por obra de la estadística, nos permiten emitir el perfil del atacante tipo o estándar, que responde principalmente, a los siguientes parámetros:

Sus autores, normalmente son personas en la decena de los 40 o menos años de edad, especialmente gente muy joven, nativos digitales o casi, más habituados a teclear que a grafiar, y que en consecuencia, a la hora de delinquir usan el medio de expresión con el que están más familiarizados, aquel, precisamente con el que otros más mayores no lo están, formando el grupo de sus víctimas más comunes, junto con los menores de edad y desvalidos.

Aunque al principio tuvo mucho predicamento la figura del delincuente travieso y solitario que nos enseñaba que cualquier sistema informático es de por sí inseguro y penetrable —incluidos, por ejemplo, los de la NASA o los del ejército—, con el transcurso del tiempo, en la actualidad, junto con el *hacker* solitario que delinque en venganza o reivindicación en su carácter de empleado (*insider*) descontento o recién despedido, el delincuente informático más habitual es el que busca en grupo criminal organizado cómo quedarse con el dinero de los demás (*hacking by dollar*), mediante tramas puras y duras que sólo buscan nuestro dinero, muchas veces en ataques dirigidos a objetivos concretos (*whales*) y otras constituyendo lo que se han dado en llamar «apt» —*advanced permanent threats*— esto es amenazas permanentes avanzadas.

Y aunque es cierto que el grupo más numeroso de autores delictivos son personas que no sabiendo informática ni aun programar, son buenos en aquello a lo que dedican muchas horas, esto es navegar y usar la informática, llama poderosamente la atención que, como en pocas, en este tipo de acciones delictivas se vaya deteniendo no ya sólo a gente nada desestructurada socialmente hablando, sino incluso a gente con carrera universitaria de ciencias, como son informáticos, ingenieros, físicos, etc., que no suelen ser profesionales implicados de manera numerosa en ningún otro tipo de delitos.

IV. Tipos delictivos en concreto

1. Cibereconómicos

Aquellos en los que el delincuente principalmente busca apoderarse de activos económicos de terceras personas mediante el uso torticero de las nuevas tecnologías.

a. ESTAFA (ART. 248.2 CP)

El 62'8 % de los delitos informáticos que se denuncian ante nuestros Juzgados y Tribunales en España —45 % de los escritos de acusación del Ministerio Fiscal— son estafas informáticas, delito clásico que ante la cobardía del delincuente se comete mejor realizando los engaños sin contacto físico, a través de las nuevas tecnologías, y símbolo claro de que el *hacker* prioritariamente busca el dinero ahora a través de los medios en que este se mueve, tal y como un detenido por estafa en la Red dijo cuando se le preguntó por qué había optado por usar Internet para estafar: «porque ahí es donde se encuentra el dinero».

En efecto, el art. 248 CP pena la obtención de lucro mediante dos modalidades:

1.^a La sociológica, que precisa del engaño a otro ser humano, mediante cualquier fórmula de ingeniería social, que con cierta entidad («engaño bastante», y no mera exageración o retruécano comercial, o simple *dolus bonus*) produciendo error en su víctima de manera que le induzcan a realizar un acto de disposición con contenido económico no querido en perjuicio propio o de tercero. En este grupo se enmarcan conocidos timos que antaño se hacían dando la cara mediante el correspondiente contacto físico entre víctima y autor, que ahora se reproducen a distancia, sin contacto directo a través de las nuevas tecno-

logías: los timos de las cartas nigerianas, el de la lotería española, algunas ventas de segunda mano, compras sin (pre)pago, falsas subastas en portales tipo E-Bay, los *phishing* —falsos reclamos en que masivamente se pide la entrega de contraseñas informáticas en base a informaciones incorrectas—, timos haciéndose pasar por ONGs, la compra de bienes sin pagarlos, etc., todos ellos con la característica común de bascular en torno al engaño suficiente sobre una víctima humana que produce el desplazamiento del activo económico que busca el delincuente en cuanto aquel sufre el error que este propiciaba.

2.^a La mecánica, modalidad en la que el desplazamiento patrimonial in consentido se produce más que mediante engaños a personas, mediante manipulaciones maquinales o artificios técnicos semejantes, que derivan en él. Aunque esta modalidad entra en nuestro CP en 1995 para reproducir las conclusiones de la dogmática alemana que proclamaban que las máquinas no eran susceptibles de ser engañadas y que, en consecuencia, era necesaria esta segunda tipificación para recoger las actuaciones en que más que engaño se producían esas maniobras sobre la programación en las máquinas expuestas al movimiento del dinero, en la realidad hay pocas manifestaciones puras de manipulaciones maquinales en sí, y entre ellas puede destacar el *pharming* —manipulación sobre el DNS —servidor de número de dominio— que lleva informaciones como las claves a webs distintas de aquellas que la víctima pretende, en favor del delincuente—, de escasa entidad estadística en la vida real. En definitiva, se trata de una asimilación para poder recoger y penar exactamente con idéntica pena, esas modalidades de estafa en que más que al engaño sobre una persona, el desplazamiento in consentido de activos se debe a tramas maquinales, a incidencias sobre la cadena de programación.

También el segundo párrafo del art. 248 CP asimila y fija idéntica pena al fabricante, facilitador, introductor o incluso poseedor de programas específicamente —esto es que no tengan un posible doble uso lícito— destinados o creados para estafar. Aquí el legislador altera *motu proprio* y *ope legis* lo que son inicialmente meros actos exteriores de preparación de la ejecución que podrían dar lugar a formas imperfectas de ejecución —tentativa—, con la ejecución consumada del delito, pues equipara —imponiendo la misma pena— la mera detención de *software* que no tiene otra finalidad que la de estafar, con la estafa misma, aunque no haya habido tiempo de desarrollarla, en la doble consideración de que la finalidad sin alternativa legal de su posesión supone y equivale a la consumación misma ante la imposibilidad de otro uso lícito y porque esta es la única manera de penar a

los programadores, creadores e inventores de *software* estafador que —normalmente venden anónimamente para que otros se bajen de Internet— difícilmente pueden ser sorprendidos de otra manera con esa parte tan estratégica en la confección del delito sin la cual no habría infracción, dado que estas infracciones suelen realizarse masivamente a través de estructuras criminales organizadas en las que, atomizando la acción penal, cada componente aporta a la cadena delictiva —creación de *software*, emisión del reclamo, recopilación del dinero estafado, blanqueo del producto ilícito, etc.—, una tarea, muchas veces incluso desconociendo quién hace cada parte, del conjunto final que es el delito.

El parágrafo c) de ese 2.º epígrafe del art. 248 CP tipifica las estafas por Internet *ex profeso*, al indicar que lo son la utilización de tarjeta de crédito o débito/cheque de viaje o —cosa más usual en la práctica— datos legítimos, auténticos obrantes en las mismas, en perjuicio de titular o tercero. Se trata de la común modalidad del robo de datos de tarjetas —normalmente en duplicaciones o copiadados de los datos de su banda magnética aprovechando transacciones reales— que luego son usados en operaciones donde se reproducen inconsentidamente en perjuicio de su verdadero titular, y que hay que diferenciar de las falsificaciones de tarjetas —mucho más penadas en el art. 399 bis CP—, que no solo exigen su construcción física sobre soportes reales alternos, sino que sólo se producen en el mundo no virtual, pues el uso en Internet de datos reales o irreales de tarjetas son la mecánica del engaño que toda estafa precisa.

Como muchas de las estafas informáticas son estafas masivas —un solo reclamo es usado en ejecución de un plan preconcebido contra el máximo número posible de víctimas, muchas veces mediante mecanismos que automatizan y facilitan el ataque plural—, se debe tener en cuenta a los efectos de las agravaciones penológicas específicas sentadas en el art. 250 CP de su párrafo 5.º.

La última característica importante de este delito es que conforme dispone el art. 251 bis CP, la estafa es delito comisible por persona jurídica.

b. DEFRAUDACIÓN (ART. 255 CP)

La defraudación es una modalidad de la estafa en la que la especificidad suele consistir en que mientras unos pagan sin saber y sin querer por un servicio o prestación —energía, gas, agua, wifi...—, otros se benefician adrede del mismo, o temporalmente lo fagocitan o usan ignorándolo quien lo sufra.

Uno de esos servicios son las telecomunicaciones, cuya modalidad del disfrute in consentido puede producirse:

- valiéndose de la instalación de mecanismos para realizar la defraudación
- alterando maliciosamente las indicaciones o aparatos contadores
- o empleando cualquier otro medio clandestino.

Es decir que exige una actividad específica constructora de la defraudación que hace impune el disfrute de un servicio ajeno no consentido —por ejemplo, el wifi—, cuando no esté protegido específicamente por su dueño, o cuando sabiéndolo este, lo tolere.

Modalidades de defraudación que se vienen usando, tales como enganches, *dialers*, redireccionadores, etc., que además deben combinarse con —como es un delito económico—, la persecución de la obtención de lucro —lo que haría impune, por ejemplo una defraudación realizada para posibilitar una llamada de socorro—.

La dificultad de dar con ellos y la de encontrar pruebas que lleven a desenmascarar su autor o beneficiario real, unida a la figura comercial de la tarifa plana, hacen que, en la práctica, no estén apenas llegando denuncias sobre este delito a nuestros Juzgados, salvo en la modalidad del segundo párrafo cuando lo defraudado no supera los 400 euros de perjuicio.

C. HURTO DE TIEMPO (ART. 256 CP)

El delito consiste no sólo en usar de forma no autorizada terminales telecomunicativos ajenos, —o principalmente hacerlo en contra del uso para el que estaban siendo exclusivamente autorizados—, sino además causando un perjuicio económico que, al admitir perjuicios delictivos inferiores a los 400 euros, y encontrarnos en la esfera penal, en cuya subsidiaridad recalca la alternatividad de otras soluciones menos gravosas, deben entenderse graves y no justificados en otras conductas que los toleren, conforme a interpretaciones propias de su uso social, de manera que el Derecho laboral tenga sus reglas y el penal, más estricto, las suyas.

Conforme a lo anterior, el uso de terminales —portátiles, tablets, móviles, etc.— y sobre todo de los costosos servicios a que dejan acceder —piénsese en el correo electrónico, por ejemplo— cuando quien los sufraga es la empresa, para fines indiscutiblemente particulares, liberando de los costes oportunos, no puede entenderse de entrada como delictivo si no se trata de usos evidente y socialmente abusivos, o cuando queden tolerados por las reglas sociales normales entre em-

pleadores y empleados, pues la propiedad de los medios no puede extenderse a la de las personas que los usan.

Influirán en determinar la respuesta laboral —despido— o, por el contrario, la penal —multa—, o incluso la exclusión de ambas, la política marco empresarial sobre el uso de tecnologías de la empresa —pues hay empresas que incluso ni la tienen o hay otras en que la política es «traer tu propio aparato»— y el uso moderado, esporádico, aceptable o no y la confidencialidad en medios de vida privada y secretos telecomunicativos que se expresen por esos medios tecnológicos propiedad del empleador, pues los usos sociales toleran llamadas privadas en depende qué circunstancias, haciendo que muchas veces el uso privado de terminales o servicios empresariales se compense con tareas particulares que fuera del trabajo hace el empleado, máxime en la época actual en que se puede trabajar desde ubicaciones muy diferentes —gracias a las impagables técnicas «*wireless*»—«sin cable»—, destacando el criterio —de ahí la denominación técnica de este delito— sobre si al final, en una u otra ubicación, se ha desplegado razonablemente la actividad requerida en el tiempo real contratado, o por el contrario no —piénsese, por ejemplo, en el vigilante jurado que usa las terminales de la empresa en vez de para vigilar, para entretenerse viendo pornografía—.

d. DAÑOS INFORMÁTICOS, DENEGACIÓN DE SERVICIO (DoS), VIRUS INFORMÁTICOS (ART. 264 Y SS. CP):

El precepto distingue varias modalidades delictivas diferentes:

1.º Conductas del art. 264: pena al que daña, borra, deteriora, altera, suprime o hace inaccesibles, programas, datos y documentos electrónicos (*cracking*), siempre que lo haga, sin autorización, por cualquier medio y para distinguirlos de los de entidad no penal, pues no se pena el mero daño molesto, sólo al que lo es de manera grave (esto es, que tanto el ataque como su resultado, sean graves) —por lo que no contempla modalidades culposas de comisión— y «ajenos» (de manera que destruir lo propio no es delito, salvo que sea de alguien más a la vez, piénsese en programas diseñados por quien los destruye, pero vendidos a otros, que no son meramente un autodaño, al haber trasvasado a tercero la propiedad intelectual).

Agrava la conducta:

—el realizarla en el seno de una organización criminal (no dice nada, sin embargo, del grupo criminal),

- causar daños de especial gravedad o que afecten a un gran número de sistemas informáticos,
- perjudicar servicios públicos esenciales o la provisión de bienes de primera necesidad,
- afectar al sistema informático de una infraestructura crítica —elemento, sistema o parte esencial para mantener las funciones vitales de la sociedad: salud, seguridad, protección, bienestar económico y social de una población, cuando y además su perturbación o destrucción la impactaran significativamente al no poder mantener esas funciones— o crear una situación de peligro grave a la seguridad del Estado, la Unión Europea o un Estado miembro de esta, o
- usar un programa dañino o interruptor de servicio, o contraseña o código de acceso o datos similares que permitan acceder a todo o parte de un sistema de información (en el caso de que el programa que sirve para dañar/interrumpir el servicio no haya o no se pueda probar que haya sido usado, parece preferente a la forma imperfecta de ejecución de la tentativa mucho más penada— la imputación más especial —Art. 8.1 CP— del Art. 264 ter CP, que pretende adelantar la barrera penal de protección, aunque impone pena menor).

Si se produjera un daño de extrema gravedad —hiperagravante—, la ley permite la imposición de la pena superior en grado y se pondrá en su mitad superior en los supuestos en que se utilicen ilícitamente datos personales de otra persona —lo que supone una auténtica suplantación a la hora de dañar, que conlleva un plus delictivo si carece de justificación— para facilitarse el acceso al sistema informático o ganarse la confianza de un tercero.

2.º Conductas del art. 264 bis: DoS o denegación de servicio: penando obstaculizar o interrumpir el funcionamiento informático ajeno —o el propio si es compartido—, de forma grave —porque el muy breve o leve no es penal—, sin estar autorizado, como ocurre, por ejemplo, con el *mail bombing*, o bombardeo simultáneo de un correo electrónico que deriva en bloqueo del servicio atacado y siempre que su finalidad no sea interferir el orden público, en cuyo caso podría mejor imputarse el delito previsto en el art. 560.1 CP.

Añade a las mismas agravantes que para la modalidad anterior, la específica que puede alcanzar la pena superior en grado de perjudicar de manera relevante la actividad normal de una empresa, negocio o Administración pública.

3.º Conductas del art. 264 ter: sanciona con pena inferior —incluso de multa— a las modalidades anteriores, pero siempre que la finalidad sea facilitar cometerlos: producir, adquirir para usar —que no meramente detentar—, importar o facilitar a tercero, sin estar debidamente autorizado:

- Programa informático, concebido o adaptado principalmente para dañar/interrumpir o
- Contraseña, código de acceso o datos similares que permitan acceder a todo o parte de un sistema de información con esa intención.

La responsabilidad civil derivada de esta infracción —ex art. 116 CP—, que alcanza, además de al lucro cesante con la interrupción/dañado ocasionados, a cálculos sobre el lucro cesante en función del tiempo de interrupción con el oportuno resarcimiento de las horas de trabajo afectadas, tipo de actividad y pérdidas en la cartera de clientes, época comercial del año, campañas en desarrollo, posibilidad o no de recuperar borrados, etc., es el gran caballo de batalla civil de esta infracción, en que devolver a la situación previa a la interrupción no es suficiente indemnización.

La última característica importante de este delito es que conforme dispone el art. 264 quáter CP, las indicadas modalidades de daño o interrupción son delito comisible por persona jurídica, donde a las empresas «borradoras», además de las multas a que se refiere este precepto, se les pueden añadir las medidas del art. 33 CP —disolución, suspensión de actividades, clausura de locales, inhabilitación de subvenciones, intervención judicial,...— la segunda, tercera y quinta de las cuales se pueden aplicar incluso en fase de instrucción —art. 33.7 in fine CP—

e. CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL E INDUSTRIAL (ARTS. 270-273 CP)

Pese al enorme desarrollo punitivo de estos delitos que en cada reforma del CP son ampliados y remodificados, debe predicarse su tratamiento alternativo en otras soluciones jurídicas previas menos gravosas, para no conformar la *ultima ratio* a las primeras de cambio, máxime teniendo en cuenta las enormes penas privativas de prisión que pueden alcanzar, de modo y manera que siga en torno al 0'4 % de los delitos informáticos que se denuncian en nuestros juzgados y tribunales.

Las simples descargas puntuales de música/películas o la realización de copias particulares, no son delito y no hay que olvidar que, para alcanzar el horizonte del Derecho penal, se debe tratar de ataques a la

propiedad intelectual/industrial con entidad masiva y claro ánimo de lucro —directo o indirecto—.

1.º Conductas del art. 270: el delito básico pena a quien con ánimo de beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, reproduzca, plagie, distribuya, comunique o explote públicamente, en todo o parte, una obra, prestación literaria, artística o científica o su transformación, interpretación o ejecución artística, en cualquier soporte o a través de cualquier medio, sin autorización de los titulares de derechos de propiedad intelectual o sus cesionarios.

Se trata de una infracción mercantil criminalizada en la que la deslealtad penada surge de explotar —con idea comercial, no de consumo menor o propio— algo ajeno o no cedido, es decir, no autorizado, en consideraciones más sobre la competencia que sobre el esfuerzo intelectual o la desmotivación creadora que puede suponer no alcanzar réditos económicos a la creación misma, pues de lo contrario no se protegerían los derechos intelectuales de los no creadores.

Con los mismos fines y requisitos se pena en la prestación de servicios de la sociedad de la información, facilitar de modo activo —no neutral, ni meramente técnico— el acceso o la localización en Internet, de obras o prestaciones objeto de propiedad intelectual sin autorización de sus titulares/cesionarios, en particular, ofrecer listados ordenados y clasificados de enlaces a obras y contenidos protegidos.

Se pena en consecuencia prestar servicios de referenciación de contenidos en Internet que faciliten localizar contenidos protegidos ofrecidos ilícitamente en la Red, esto es, sin autorización del propietario o cesionario de los derechos, y excluyendo la mera intermediación tecnológica (motores de búsqueda, arañas...) o los enlaces ocasionales neutrales, además de los que claramente no persigan fines comerciales.

Es uno de los pocos delitos que, al margen de las mismas posibilidades que pueden usarse para otros —estafa, daños, DoS, etc.— conforme a las disposiciones de los arts. 11 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y el comercio electrónico y 13 de la LECrim, tiene específicamente previsto en el Código Penal —art. 270.3 CP— también la posibilidad de que el Juez pueda ordenar las medidas restrictivas de Internet: retirando contenidos —obras o prestaciones objeto de la infracción «piratas»—, interrumpiendo servicios preponderante o exclusivamente dedicados a esto o, si hay reiteración o si es proporcional, el bloqueo de acceso a los mismos, siempre además de cualquier medida cautelar que tenga por objeto la protección de los derechos de la propiedad intelectual.

Si la conducta básica es ocasional o ambulante, la pena procedente es la de prisión, salvo que por las características del autor, distribución al por menor, con escaso beneficio —no perjuicio para víctima— económico de la actividad, no hacerlo en el seno de organización/asociación, ni usar menores de 18 años, la misma sea de menor relevancia, como ocurre con el fenómeno del «top manta» en que se caracteriza como delito leve y se pena con mera multa.

El artículo también impone las mismas penas a almacenar, importar, exportar y favorecer las conductas anteriores o facilitar a terceros eludir las medidas tecnológicas de protección eficaz de la propiedad intelectual —incorporadas por sus explotadores legales con la finalidad de impedir o restringir su realización—, siempre que haya lucro directo/indirecto, no se cuente con la oportuna autorización y se pretenda destinarlos a la reproducción, distribución o comunicación pública.

Además se pena también fabricar, importar, circular o poseer con fin comercial cualquier medio ideado para suprimir/neutralizar medidas tecnológicas impuestas para evitar delitos contra la propiedad intelectual incluidos los programas de ordenador.

Se configuran como agravantes en el art. 271 CP:

- Especial trascendencia económica
- Especial gravedad por el número de obras
- Pertenecer a organización/asociación aun transitoria para hacerlo
- Usar menores de 18 años

2.º Conductas del art. 274 CP: el tipo penal básico pena a quien con fin industrial/comercial y sin consentimiento del titular del derecho de propiedad industrial registrado conforme a la legislación de marcas, con conocimiento del registro, fabrique, produzca, importe productos que incorporen un signo distintivo o confundible u ofrezca, distribuya, comercialice al por mayor lo anterior, o lo almacene con ese fin, si el producto está registrado.

Si es al por menor, el CP impone pena menor, igual que en los supuestos de venta ocasional/ambulante.

También sanciona las conductas anteriores sobre material vegetal de reproducción/multiplicación de variedad vegetal protegida, o el uso, conociendo la protección, de una denominación de origen o indicación geográfica representativa de una calidad determinada, las mismas agravantes que en la propiedad intelectual, castigando finalmente a quien haya divulgado intencionalmente la invención objeto de una solicitud de patente secreta en perjuicio de la defensa nacional.

Las infracciones contra sendas propiedades intelectual e industrial, conforme dispone el art. 288 CP, son delitos comisibles por persona jurídica.

f. ESPIONAJE INFORMÁTICO DE SECRETOS DE EMPRESA (ARTS. 278-280 CP)

Delito que protege el carácter *intuitu personae* de ciertos componentes significativos y diferenciales de cada empresa —en forma de datos, documentos escritos o electrónicos, soportes informáticos u otros objetos a ellos referidos—, que no hay que confundir con el *know-how* —que se hereda necesariamente con el cambio de empleador—, ni con los atributos de la libre competencia —propios del estar en el mercado—, que hacen a quien se los apodera clandestinamente, usando los medios o instrumentos a que se refiere el delito de descubrimiento de secretos, cometer este delito que aumenta la pena si se difunden, revelan o ceden a terceros.

Es delito comisible por persona jurídica, conforme dispone el art. 288 CP.

g. FALSEDAD DOCUMENTAL (ARTS. 390-399 CP)

Delito medio para cometer otros, la falsedad de documentos informáticos (*Spoofing*), se pena según el tipo de soporte y el carácter del documento que representa por su fin social.

h. FALSIFICACIÓN DE TARJETAS DE CRÉDITO Y DÉBITO (ART. 399 BIS CP)

A diferencia de la estafa informática que hemos analizado en el Art. 248.2.c) CP, más referida al uso de los datos y componentes que a la corporeidad en sí misma, la falsedad de tarjetas de crédito/débito y cheques de viaje, que es delito comisible por persona jurídica, se refiere a su fabricación (alteración, copiado o reproducción mediante su creación por programas informáticos o la incorporación de identidades ficticias, como suele ocurrir cuando se adosa el nombre del «pasador» usuario a la tarjeta inauténtica misma) y composición sobre soportes reales —plásticos— con suplantaciones de personalidad, por un lado o a su tenencia para su distribución/tráfico, que es igualmente equiparada a la falsificación misma.

Pena inferior tiene quien sin haber intervenido en su falsificación, pero conociéndola, las use en perjuicio de otro.

No hay que confundir la falsificación (que siempre supone mendacidad y alteración) con el uso de tarjetas auténticas (o falsas, ignoradas)

por otra persona diferente de su titular, que es una estafa penada en el Art. 248.2 CP.

Se equiparan a él la fabricación, recepción, obtención o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos, programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad u otros medios específicamente destinados a falsificar tarjetas, a quienes el art. 400 CP, adelantando la barrera penal de protección impone la misma pena que a sus autores, en la consideración de que no se puede poseer estos efectos sin estar involucrado de una u otra forma en su elaboración o fabricación mendaz.

Es delito comisible por persona jurídica (Art. 399 bis.1 in fine CP).

i. BLANQUEO DE CAPITALES (ART. 301 CP)

El uso del dinero electrónico (tarjetas de crédito, Banca *on-line*, *E-cash*, Casinos *on-line*, etc.) y de los sistemas-electrónicos de micro pagos con finalidades de retornar al mercado lícito, ganancias delictivas, blanqueándolas, es un signo distintivo de nuestros tiempos, gracias a las ventajas que todos estos elementos procuran por su:

- anonimato,
- despersonalización (no el cara a cara)
- rapidez de las transacciones
- facilidad del acceso Internet
- internacionalización
- monedas opacas (bitcoin, etc.)—

El blanqueo de capitales es un delito comisible por persona jurídica (Art. 302.2 CP).

2. Delitos ciberintrusivos

Aquellos en los que el delincuente principalmente busca apoderarse de privacidades, información o intimidades —especialmente sexo— de terceras personas, mediante el uso torticero de las nuevas tecnologías.

a. PORNOGRAFÍA INFANTIL (ART. 189 CP)

Denunciado, como delito informático, en un 13 % —incluyendo el *child grooming*— ante nuestros juzgados y tribunales y 23 % de los escritos de acusación del Ministerio Fiscal—, su bien jurídico protegido es

el crecimiento armónico de la sexualidad del menor, el desarrollo normal de la madurez sexual del individuo como una cierta forma de proteger finalmente la defensa de la inocencia/pureza de la infancia (que aquí se coloca en una especie de pedestal defendible *per se*, explicando así que se penen como pornografía infantil, conductas que no inciden sobre menores concretos, como son las referentes a cómics o montajes pornográficos, o la pornografía simulada, tras los cuales no hay ninguna persona real cuya sexualidad deba ser protegida).

La Decisión Marco 2004/68/JAI, del Consejo de 22/12/2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, pedía el endurecimiento de las penas para proteger al menor en base a su mayor vulnerabilidad y exposición a los delitos, a la mayor dificultad que tiene para transmitir a los adultos su sufrimiento y sus problemas y al mayor daño que estos delitos provocan tanto en su formación, como en su evolución sexual.

Está penado todo en relación con la pornografía del menor, desde su elaboración, hasta su difusión, favorecimiento o posesión, e incluso su visionado de propósito, aunque se penan según su intensidad y afección al menor, porque es la sexualidad armónica del menor lo que se protege, mediante muy heterogéneas conductas delictivas —unas con el menor y otras únicamente con su imagen— que van desde: captar, hasta usar menores/personas con discapacidad para participar en exhibiciones, crear pornografía, financiarla, producir, vender, distribuir, exhibir, ofrecer o facilitar la producción, venta, difusión o exhibición de la misma o poseerla con esos fines.

Se asimila a la pornografía de menores de 18 años, la de personas con discapacidad necesitadas de especial protección, obviamente aunque superen la barrera de esa edad.

Inspirada en la Directiva 2011/93/UE, se entiende por pornografía infantil la participación del menor o persona con discapacidad en una conducta sexual explícita —real o simulada—, o la representación de sus órganos sexuales con fin principalmente sexual —excluyendo el arte o el mero erotismo tolerado por las convenciones sociales, por ejemplo—, o la representación que parezca lo anterior, real o simulado, salvo que el representado al momento de su realización sea mayor de 18 años, y las imágenes realistas de la participación del menor o persona con discapacidad en una conducta sexualmente explícita o de sus órganos sexuales con fin principalmente sexual.

No importa que el origen del material sea el extranjero, o aún se desconozca.

La pornografía infantil exige, en consecuencia, la existencia de un menor de edad —18 años, los añados de más edad son mayores—,

real y la existencia de actos, imágenes o posturas no neutrales sexualmente (alcanzando la exhibición lasciva de genitales, por ejemplo) de modo que haya una acción sexuada ajena al propio menor o a su autoideación, y descartando el simple desnudo —STS 8/03/2006, pero no el material que exhiba lascivamente genitales o comportamientos sexuales—, la pornografía escrita y la oral, porque esta siempre debe ser visual.

Ofrece dudas de punibilidad, por su desconexión con un concreto menor o persona con discapacidad, y por lo tanto por la falta de bien jurídico concreto que proteger, la tipificación de las llamadas pornografías virtual y técnica, esto es, de imágenes realistas gráficas —comics, mantra, dibujos animados—, creaciones pornográficas artificiales, aunque sean muy parecidas a la realidad —hechas por ordenador—, y las simulaciones, pese a que lo diga el tipo penal, en que no habiendo exposición real de un menor, se construyen técnicamente —montajes—, pues alegar que de lo contrario se banalizaría o contribuiría a la explotación sexual, se acerca a penar conductas más amorales que penales —¿acaso alguien propondría penar las películas que simulan asesinatos u otros delitos?.

No lo ofrecen, sin embargo elementos como el número de contenidos que se transmiten, la estructura que se encuentre en el terminal, el número de veces en que se comparta la pornografía, la recepción de otros usuarios de la misma, la postura activa o meramente pasiva del enjuiciado, etc.

Son agravaciones específicas del delito básico: ser menor de 16 años, revestir los hechos un carácter especialmente degradante o vejatorio —cosificación o trato de la víctima como mero objeto—, representar los hechos con violencia física o sexual —porque si se lleva a cabo efectivamente procede aplicar la agravante específica del art. 189.3 CP, más penada—, poner en peligro la vida o salud de la víctima —aun por imprudencia grave—, tratarse de cantidad notoria —que deberán definir los tribunales—, hacerlo en el seno de una organización o asociación dedicada a esto aun transitoriamente o ser ascendiente o responsable de la custodia o educación —maestro— del afectado.

Además se pena con sanciones menores:

- Asistir a sabiendas a espectáculos con participación pornográfica infantil
- Adquirir o poseer pornografía infantil para uso propio
- Acceder a sabiendas a pornografía infantil por medio de las nuevas tecnologías —lo que supone la puición del mero visionado

- de pornografía, salvo si es en soporte papel o es fortuito, sin intención o imprudente, por ejemplo—
- No hacer lo posible para impedir situaciones de pornografía infantil —participar en espectáculos de esa clase, por ejemplo— al garante custodio del menor o persona con discapacidad —a quienes se puede acabar privando de la patria potestad o custodia de la víctima—.

El artículo autoriza al juez (aún en fase de investigación, de manera cautelar, y sólo a petición del Ministerio Fiscal, lo que excluye incluso al Acusador particular) a retirar/bloquear el acceso a páginas web/aplicaciones que contengan/difundan o donde se elabore pornografía infantil, opción que igualmente se puede procurar —por otros legitimados como la acusación particular— por las vías del art. 13 LECrim y la del art. 11 de la Ley 34/2012, de 11 de julio, de Servicio de la información y el correo electrónico.

Es delito comisible por persona jurídica, conforme dispone el art. 189 bis CP.

b. ABUSO SEXUAL (ART. 183 BIS CP)

Castiga como abuso a quien con fin sexual —cuyo propósito debe constar acreditado— determine —esto es, sea causante— a un menor de 16 años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, al que equipara hacer presenciar actos de esa naturaleza, aunque el autor no participe en ellos, lo que convierte el hacer ver películas o escenas sexuales en cualquier tipo de soporte tecnológico a un menor de 16 años en un abusador —por la corrupción que se consigue sobre el menor—, tipificando uno de los escasos delitos del código penal que se cometen a través de la vista.

Si lo presenciado es un abuso sexual —y no cualquier otro delito sexual como la pornografía infantil—, la norma impone lógicamente pena mayor.

c. CHILD GROOMING (ART. 183 TER CP)

Del verbo inglés «groom» (cepillar), alcanza el 1'8 % de los delitos informáticos que se denuncian en nuestros juzgados y tribunales y comprende dos modalidades que combinan la acción virtual tecnológica con una posterior exteriorización de la conducta que pena el abuso de confianza, la explotación de la ingenuidad de los menores,

la captación de pornografía infantil y el intento de abuso sexual, que plantea difíciles problemas concursales:

- Contactar por Internet o a través de cualquier nueva tecnología con un menor de 16 años para propiciar un encuentro para intentar en él bien cualquier delito de abuso sexual, bien de pornografía infantil —parte de la acción que se realiza a través de las tecnologías en el llamado mundo virtual— más además actos materiales —ya en el mundo físico— encaminados al acercamiento.
Si únicamente se da la conducta en el mundo tecnológico sin siquiera acercamiento, puede pensarse en formas imperfectas de ejecución.
Si se consuman los delitos pretendidos de los arts. 183 o 189 CP, se penan en concurso real, y si el acercamiento se consigue mediante coacción, intimidación o engaño, reciben mayor pena.
- Contactar mediante nuevas tecnologías con un menor de 16 años —en el mundo virtual—, más además realizar actos dirigidos a embaucarle para (*sexting*) que:
 - Facilite material pornográfico —propio o ajeno— o
 - Muestre imágenes pornográficas —propias o ajenas— en que aparezca o en las que se represente a un menor.

El delincuente trata de generar una confianza impostada, conseguida seguramente mediante la permanencia temporal, insistente, de constantes contactos a través de las nuevas tecnologías, para obtener el resultado (a través del embaucamiento) de establecer un encuentro o varios —una relación—, un cierto control emocional sobre el menor con escasa madurez sexual, para preparar, en el mundo virtual, el terreno para el abuso sexual —en el mundo real— o el delito de pornografía infantil (*sextorsión*) en que el proveedor sea el propio menor.

Al castigarse en concurso delictivo el delito sexual, lo que este delito autónomo pena es el padecimiento psicológico, la intimidación de la cita, de la previa insistencia, del chantaje para cometer otro delito de naturaleza sexual, obligado, o mediante engaño.

d. ART. 183 QUÁTER CP

En los delitos de carácter sexual, si el autor es persona próxima en edad, grado de desarrollo o madurez a la víctima y se produce el delito con consentimiento libre de esta última, se excluye la responsabilidad

penal, al entenderse que no concurre el abuso, ni prevalimiento que la diferencia de circunstancias suele propiciar.

e. ACOSO —*STALKING*— (ART. 172 TER CP)

Pena una especie de acoso, a caballo entre la coacción y la amenaza que no es propiamente ni una ni otra —y si acaso concurre, se pena por concurso real ex art. 172 ter 3.º CP—, en la que se consiga alterar gravemente el desarrollo de la vida cotidiana de la víctima —resultado que debe probarse, principalmente mediante pericial psicológica, que no concurre ante ciertas personalidades fuertes indiferentes—, cuando de forma insistente y reiterada —descartando casos puntuales— y sin estar legítimamente autorizado —piénsese en padres sobre situaciones de riesgo de sus hijos (sectas), o policías en actuaciones profesionales de seguimiento y vigilancia de objetivos, que actúen proporcionalmente sin intención hostigadora—, le:

- Somete a vigilancias, persecuciones o busca su cercanía física.
- Contacte o intente contactar por cualquier medio de comunicación —llamadas jadeantes o llamadas que inmediatamente cuelgan o no hablan, o llamadas muy constantes— o mediante tercera persona —si hay orden de alejamiento comunicativo, por principio de especialidad, es aplicable el art. 468 CP—.
- Use indebidamente sus datos, contratando mercancías/servicios, o haciendo que terceras personas se pongan en contacto con ella —en una especie de suplantación que muchas veces se hará tecnológicamente— o
- Atente contra su libertad o patrimonio —rallándole el coche, por ejemplo—, o los de persona próxima a ella.

Se castigan a través de este precepto determinadas persecuciones obsesivas sibilinas como ciertas situaciones de acoso visual (voyeurismo), acosos de fans —seguidores— de famosos, competidores para desanimar a la concurrencia, curiosos, relaciones afectivas de quien no sabe acabarlas, etc., siempre que lleven al resultado lesivo alterador de la cotidianidad de su víctima.

El delito afecta a la libertad de obrar —normalmente determinando a conductas diferentes a las deseadas— y al sentimiento de seguridad, a través de esa atmósfera de presión que busca el derrumbe moral que puede llevar a deterioros psíquicos en la víctima que pueden incluso acabar en el suicidio.

Exige con la «insistencia y reiteración», la exteriorización de más de un acto —de la misma o distinta naturaleza de los descritos en el

tipo— y debe quedar probado que el hostigamiento de ese patrón de conducta, va dirigido a una víctima precisa con el resultado objetivo de generarla inquietud o desasosiego que afecte psíquicamente.

Agrava ser persona especialmente vulnerable por razón de edad, enfermedad o situación y también en los casos en que concurra en una circunstancia de violencia de género.

Es delito semipúblico que exige denuncia del agraviado o de su representante legal.

Permite, vía art. 57 CP, la aplicación de las penas accesorias de alejamiento e incomunicación previstas en el art. 48 CP, y por la vía del art. 13 LECrim caben las llamadas «*restraining orders*», o medidas preventivas disuasivas, además de la oportuna reparación delictiva civil, en su caso,— ex arts. 116 y 110 CP—.

f. QUEBRANTAMIENTO DE ALEJAMIENTO (ART. 468.3 CP)

Delito tecnológico por excelencia, consiste en inutilizar/perturbar —a sabiendas— el funcionamiento normal de algún dispositivo telemático conferido para controlar tanto la pena como la medida de seguridad o cautelar —propia o de tercero— de alejamiento —incluso fuera del ámbito de la violencia de género, en las pulseras para controlar la libertad provisional—, así como no llevarlos consigo —quien esté sometido a esa servidumbre, esto es, a su obligado— u omitir las medidas exigibles para mantener su correcto estado de funcionamiento —no ponerle pilas o no recargarlas, por ejemplo—, constando, como debe constar la existencia de la prohibición judicial y el ánimo de incumplirla o desatenderla.

g. DESCUBRIMIENTO Y REVELACIÓN DE SECRETOS —*HACKING*— (ARTS. 197 Y SS. CP)

Delito informático, medio para cometer otros (mediante virus troyanos, *botnets*, *spyware*, *keyloggers*, etc.) se denuncia ante nuestros juzgados y tribunales en un porcentaje del 4 %.

Es el delito tecnológico por excelencia —en el que no están penadas modalidades culposas— a través del cual se producen los mayores ataques a nuestra intimidad y privacidad almacenada actualmente en dispositivos tecnológicos —portátiles, tabletas o móviles— que sustituyen archivos, cajones, cartas, y otras privacidades en formatos convencionales más de otros tiempos y a los que los *hackers* acceden sin permiso no ya solo como al comienzo de la era tecnológica por reto o diversión, como hacían los intrusos que invadían tecnologías ajenas para «vigilar —sin que nadie se lo pidiera— por nuestra seguridad»,

sino también como los más modernos «*hackers by dollar*», que buscan y se apoderan de información, claves y datos ajenos para algo tan poco romántico como quedarse con nuestro dinero.

Protege frente a ataques a la privacidad, o incluso poner en peligro la misma, adelantando la barrera penal de protección, mediante la interdicción de intrusiones o inmisiones principalmente de carácter técnico, que la colocan en situaciones de riesgo evidente, pues la privacidad supone poder excluir a terceros de la órbita de lo que uno preserva como íntimo —es evidente que lo que Ana Frank mantenía al margen de terceros en su Diario, es lo que esconde una adolescente, muy diverso y diferente de lo que esconde un adulto, por ejemplo—

1.º Conductas del art. 197 CP (intimidad personal):

- Apoderamiento inconsentido de correspondencia, documentos o efectos personales, o interceptación de telecomunicaciones o uso de artificios de escucha / grabación / transmisión / reproducción de audio o video, para descubrir secretos de alguien o vulnerar su intimidad.
- Apoderamiento, uso o modificación inconsentidos, de datos reservados de ficheros, soportes, archivos, en perjuicio de tercero, o acceso o alteración de los mismos —conformando los delitos básicos de descubrimiento—Revelarlos, cederlos o difundirlos, aunque no se haya tomado parte en su ilícita obtención, si se sabe de su origen ilícito. Se agravan las penas para las intrusiones que afecten a datos ultraprotegidos —los que revelan ideología, religión, creencias, salud, raza, vida sexual—, personas especialmente protegidas —menores o personas con discapacidad— o cuando los realizan encargados /responsables de bases de datos o se ejecuten usando de forma no autorizada datos personales de la víctima o con fines lucrativos.
- Difundir, revelar o ceder imágenes o grabaciones audiovisuales sin autorización del afectado aunque se hayan obtenido con su anuencia inicial, obtenidas en un domicilio o lugar fuera del alcance de la mirada de terceros —sólo para la contemplación de determinada persona, no de cualquier persona, en el ámbito personal—, siempre que la divulgación menoscabe además gravemente su intimidad —piénsese, por ejemplo en filmaciones de tentativas de suicidio o borracheras domésticas—, —conformando los delitos básicos de revelación—.

Se protege en cierta forma la intimidad de quien la protege deficientemente porque confía en cesionarios indiscretos o inmaduros, pues el material personal se cede a quien al final no es capaz de mantenerlo sin revelarlo.

Es indiferente el móvil por el que se revela, —muchas veces será la venganza tras la ruptura de relaciones afectivas—.

El inicial consentimiento se trueca en mendaz —por el cambio radical de circunstancias contrario al principio «rebus sic stantibus», cuando cambia radicalmente el estado de una relación afectiva, por ruptura— de modo que es delictiva la divulgación de escenas de sexo explícito en que el divulgador es uno de los filmados, en lo que se refiere a los que no son él.

Comparte algunas de las agravaciones anteriores, a las que aquí se suma que el autor sea el cónyuge o persona con análoga relación de afectividad, por ser un ámbito, por la confianza que genera, de alto riesgo, como decimos, para estas inmisiones.

El ataque a la privacidad se produce en estos supuestos principalmente mediante apoderamientos de «secretos» o privacidades, —no conferidas exclusivamente a las de signo sexual, sino a toda aquella información, por escueta que sea o aunque tenga signo económico, por ejemplo, la contraseña de la Banca *on line*, que el afectado haya querido mantener razonable y socialmente fuera del alcance de terceros—, exigiendo, en consecuencia, la existencia de contenidos —con la excepción de la utilización de artificios de escucha, grabación o reproducción de sonido o imagen y la mera interceptación de telecomunicaciones— protegiendo una privacidad de carácter más material que formal —insisto, con las excepciones dichas—, incidiendo en el contenido más que en el medio en que se guarda tal contenido, lo que ha llevado a algunos Tribunales a absolver intrusiones clandestinas, subrepticias e inconscientes por no ser lo contenido en ellas nada remarcadamente íntimo, en consonancia con el bien jurídico que el título del CP quiere proteger.

2.º Conductas del art. 197 bis CP (privacidad como allanamiento informático):

- Acceder/facilitar el acceso a todo/parte del sistema de información:
- sin autorización —desconocida, ignorada, subrepticia —
- por cualquier medio/procedimiento (por encima del hombro)
- vulnerando las medidas de seguridad impuestas, o
- Mantenerse en un sistema informático ajeno contra la voluntad de su titular, o

- Usar artificios/instrumentos técnicos, sin estar autorizado, para interceptar transmisiones no públicas de datos informáticos, que se produzcan desde, hacia o dentro de un sistema de información, incluyendo en tal sus emisiones electromagnéticas —emisiones o transmisiones entre sistemas, diálogos entre máquinas, no humanas, transmisiones automáticas entre equipos, máquinas, cuyos rastros y datos pueden dar información sobre costumbres privadas de un usuario, por ejemplo, si hay conexión con un *router* o si se está con un aparato encendido, que pueden dar información locativa o temporal sobre las costumbres de una persona—.

Característica común a los tipos aquí incluidos y los del precepto anterior es la ausencia de consentimiento de la víctima que tolera las intrusiones —a veces mediante fórmulas tácitas— en consonancia con la renunciabilidad del derecho a la privacidad, imagen, secreto de las telecomunicaciones y protección de datos reservados del art. 18 CE, pues si el afectado lo presta, o la protección del dato o sistema informático es socialmente tenida por deficitaria —teoría de la expectativa razonable de privacidad—, no hay delito.

Sin embargo, en este segundo precepto, el ataque a la privacidad se produce a modo de «allanamiento informático» —que puede ser *hacking* blanco—, esto es, se pena la mera intrusión en esferas tecnológicas en donde normalmente se guardan privacidades e intimidades —eso sí, con dolo reduplicado, pues a la no autorización expresa para acceder o mantenerse, se suma la vulneración de las claves de protección impuestas al sistema, y aunque sean favorecedoras, facilitadoras de posibles ulteriores ataques inmisivos—, de modo que no es imprescindible que estas se hallen llenas de contenidos, ni que estos sean secretos *strictu sensu*, porque la protección legal de la privacidad es aquí meramente formal —no material—, y se hace al medio, por la antijuridicidad que revelan los medios y no tan sólo al contenido, lo mismo que el allanamiento de morada protege una realidad distinta de la propiedad que pueda haber dentro de una casa.

3.º Conductas del art. 197 ter CP:

Producir, adquirir para usar —y no meramente poseer o detentar, como en el Art. 248.2 b) CP—, importar o facilitar a terceros, sin estar debidamente autorizado:

- Programa informático concebido o adaptado principalmente para cometer cualquier delito de los anteriores.
- Contraseña, código de acceso o dato similar que permitan acceder a todo o parte de un sistema de información

Todas estas modalidades de protección contra ataques tecnológicos contra las diversas manifestaciones de nuestra privacidad, se conciben como delitos semipúblicos, y en consecuencia, exigen denuncia previa del ofendido —salvo que afecten a intereses generales ¿compatibles con lo privado? o a una pluralidad de personas— y su perdón sólo extingue la acción penal, no la pena.

De conformidad con lo recogido en el art. 197 quinquies CP, son delitos comisibles por Persona Jurídica.

Modalidades más concretas, no tan básicas, de otro tipo de secretos, se protegen en otros preceptos del Código Penal: secretos de empresa (arts. 278 CP), estatales (arts. 598 y ss. CP), funcionariales (art. 413 CP).

h. CALUMNIAS E INJURIAS, (ARTS. 205 Y 208 CP)

Delitos tradicionales vehiculizados a través de Internet, aunque en la actualidad suponían un 4'6 % de los que llegaban a nuestros juzgados y tribunales, cada vez se denuncian más, sobre todo una vez despenalizadas las faltas equivalentes, y eso que como delitos privados que son, sólo son perseguibles a instancia de parte legitimada, por lo que exigen las formalidades de los arts. 215 CP y 804 LECrim: querella y acto de conciliación, y si son vertidas en juicio, licencia judicial.

Desaparecida como falta, la que antes lo era —la leve—, en la actualidad, debe continuar siendo impune, quedando como delictiva, la que por su naturaleza, efectos y circunstancias, siga siendo tenida en el concepto público, por grave —art. 208.2 CP— o hecha con temerario desprecio a la verdad —art. 208.3 CP—

Las ofensas, vilipendios, vejaciones, escarnecimientos, menosprecios peyorativos, etc., que se producen a través de nuevas tecnologías, especialmente las que se publican en blogs, webs, redes sociales abiertas, inicialmente son delictivas, pues normalmente alcanzan gran difusión, reforzando el ataque contra la estimación social, fama, consideración, honor y dignidad inherente al ofendido, que requiere el delito.

La red permite divulgar cualquier mensaje en pocos segundos, lo hace a una multitud de usuarios de carácter muy diverso que están situados incluso en países lejanos, obteniendo una publicidad de los mensajes —y con ello un ataque reduplicado a la consideración social del afectado— impensable hace tan sólo unos pocos años.

Sin embargo, los exabruptos, chistes dañinos, comentarios vejatorios y menospreciantes, etc. cuando se vierten a distancia entre personas que no se conocen entre sí, y si no se reiteran, pueden ser tenidos como meros desahogos impunes, a modo de simples «comentarios de

café» que, pese a su difusión en entornos accesibles a mucha gente, no son tenidos como injuriosos, en la aplicación del principio de intervención mínima.

Si la acción se da en un contexto de violencia de género, aun cuando la injuria o vejación injusta sea leve, —ex art. 173.4 CP— es delictiva.

La reparación del daño generado por infracciones de esta entidad realizadas en medios de gran difusión pública —como son los digitales—, comprende también la publicación o divulgación de la sentencia condenatoria —art. 216 CP—, a costa del condenado en medios, horarios y circunstancias equivalentes a las que concurrían a la hora de vejear la dignidad ajena.

Si la finalidad menospreciante concurre con móviles que inciten a la violencia contra el injuriado, en razón de diferencias propias de la intolerancia, es de preferente aplicación el art. 510 CP.

Tanto en estos dos tipos de delitos, como en los de enaltecimiento, los comportamientos activos posteriores neutralizantes,— prolongados en el tiempo, con publicidad y emitidos en medios o foros semejantes— que exterioricen arrepentimientos visibles, deben poder valorarse para reducir o incluso evitar la condena.

i. AMENAZAS, COACCIONES Y EXTORSIONES (ARTS. 169, 172 Y 243 CP)

También delitos tradicionales vehiculizados a través de las nuevas tecnologías, denunciados en un porcentaje del 3'4 % ante nuestros tribunales, que tras la desaparición de las faltas, han pasado a ser delitos leves, las amenazas leves (art. 171.7 CP) y las coacciones leves (art. 172.3 CP), ambas perseguibles sólo mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal.

En ellas se ataca mediante las nuevas tecnologías el sosiego y la tranquilidad personal, afectando el desarrollo normal y ordenado de la vida del ofendido, o su libertad de obrar, y es la intensidad de las circunstancias anteriores, coetáneas y posteriores —expresiones específicas, ocasión en que se profieren, medio e insistencia con que se desarrollan...— lo que determinará si la gravedad del mal o la presión y la seriedad de su causación, modificando el obrar propio, en cada caso concreto, configura la infracción como leve o grave.

Capítulo significativo aparte merecen las modalidades extorsivas que se vienen detectando en los últimos años sobre usuarios informáticos a los que previamente se bloquean accesos, o roban informaciones importantes de sus sistemas informáticos que sólo se pueden recuperar mediante un pago económico claramente chantajista a quienes

se los inciden técnicamente o de quienes conociendo del uso de enlaces o contactos sexuales en un usuario, se hacen pasar por policías (*ransomware*) en sus mensajes extorsionadores, solicitándoles dinero a cambio de no denunciarles o no contarlos.

Evidentemente son delitos en que se ataca la libertad del afectado y en que hay intrusiones previas que llevan al chantajista a conocer datos privados del afectado, pero como su intención final es obtener a cambio dinero, se configuran, absorbiendo las conductas menores, como auténticos delitos contra la propiedad del art. 243 CP.

j. INFIDELIDAD CUSTODIA DOCUMENTOS Y VIOLACIÓN SECRETOS PARA SU VENTA
(ARTS. 417 Y 423 CP)

Delito propio de funcionarios, equivalente al que para quienes no lo son se refiere el art. 199 CP, que sanciona a los que realicen la cesión inconsentida de datos que se haga por vía diferente a las diversas modalidades del art. 197 CP, pues si no, es de preferente aplicación lo dispuesto en el art. 198 CP.

k. SUPLANTACIÓN Y ROBO DE LA PERSONALIDAD

La suplantación de la personalidad ajena, en la que uno se hace pasar por otro —muy propia de la cobardía de ciertos delincuentes informáticos— no es delito autónomo en España, como lo es en otros sistemas jurídicos en Derecho comparado, al no conformar en sí misma, la suficiente entidad penal.

No se puede confundir con el delito de usurpación del estado civil del art. 401 CP, pues esta exige una clara suplantación constante de alguien por otro mediante acciones no sólo virtuales y esporádicas, —casi siempre puntuales en las estafas— con intención total de permanencia temporal.

Sin embargo el hacerse pasar por otro suele formar parte de la descripción de ciertos elementos de otros tipos penales, en operaciones concretas, formando parte del delito: como es el caso del engaño bastante en los *phishing*, o en algunos ofrecimientos sexuales de tercero, o en algunas maneras de conseguir el contacto preciso para el delito de *child grooming* o el acoso del *stalking*, etc.

Por otra parte el código penal considera ciertas suplantaciones específicas, como son:

- Art. 402 CP: la usurpación de función pública —muchas veces realizada a través de correo electrónico—, que exige acciones propias del funcionariado, y
- Art. 589/603 CP: descubrimiento y revelación de secretos relativos a la Defensa Nacional.

I. CONTRA EL ORDEN PÚBLICO (ARTS. 559 Y 560 CP)

Pena dos modalidades que tiene alta relación con las nuevas tecnologías:

- Difundir/distribuir públicamente mensajes/consignas que inciten a cometer delitos agravados de alteración del orden público o que sirvan para reforzar la decisión de llevarlos a cabo (59). Se refiere exclusivamente a aquellos en los que se portan armas, o instrumentos peligrosos, o se exhiben armas de fuego simuladas; los que supongan potencial peligro para la vida, como lanzar objetos contundente, líquido inflamable, el incendio o el uso de explosivos; se ejecuten durante reunión /manifestación numerosa; se lleven a cabo actos de pillaje; su autor sea autoridad o funcionario; o se ejecuten con ocultación del rostro, dificultando la identificación de sus autores.
- Causar daños que interrumpan/obstaculicen el funcionamiento de servicios de telecomunicación o destruyan sus líneas o instalaciones, (art. 560)

m. INCITACIÓN AL ODIIO Y VIOLENCIA CONTRA GRUPOS/DIFERENTES (ART. 510 CP)

El odio es un sentimiento interno que queda en sí fuera del reproche penal —el pensamiento no delinque—, no así su exteriorización, con mensajes inequívocos de apoyo a la violencia contra otros colectivos/individuos diferentes, que sobrepasa el límite de la libertad de opinión, la ironía, la polémica o la mera crítica, incidiendo en actuaciones que causan grave daño a los colectivos afectados. Es delito, en consecuencia:

- Fomentar, promover, incitar
- Directa o indirecta, pero públicamente
- Al odio, hostilidad, discriminación o violencia
- Contra un grupo, parte de él o un individuo determinado

- En razón a su pertenencia a él por racismo, antisemitismo, ideología, religión, creencias, situación familiar, pertenencia a etnia, raza, nación, origen nacional, sexo, orientación/identidad sexual, género, enfermedad o discapacidad.

También lo es:

- Elaborar, poseer para distribuir, mover escritos u otro material idóneo para fomentar/promoverlo.
- Negar públicamente, trivializar gravemente o enaltecer el genocidio, la lesa humanidad, los delitos en conflicto armado, ya cometidos, si promueven o favorecen un clima de violencia, hostilidad, odio o discriminación.
- Lesionar la dignidad de personas mediante acciones de humillación, menosprecio, descrédito de los grupos o individuos anteriores o posean material idóneo para hacerlo.
- Enaltecer o justificar por medio público o de difusión los delitos anteriores cometidos, o a sus autores.

Configura como agravantes: cometerlo a través de medio de comunicación social, Internet —tras la derrota del Real Madrid en la Final Four de baloncesto de 2014 ante el Maccabi de Tel Aviv, se denunciaron 17.500 tuits de cariz racista en las redes sociales en un solo día—o tecnologías de la información, si además lo hace accesible a un elevado número de personas, o según las circunstancias, ser idóneo para alterar la paz pública o crear un grave sentimiento de inseguridad/temor en los integrantes del grupo.

La pena se acompañará en todos los casos, de la de inhabilitación para profesiones relacionadas con la docencia, ocio, educación o deporte.

El juez o tribunal acordará la destrucción, borrado, inutilización del material y soporte objeto del delito, o del medio de comisión y la retirada de contenido, si informático, pudiendo bloquear el acceso o interrumpir la prestación si el servicio preponderante o exclusivamente se dedica a esta actividad delictiva.

Aunque el delito no permite específicamente esas medidas informáticas judiciales restrictivas expresamente en la fase de instrucción al modo como lo hacen ex profeso los arts. 189.8.2, 578.5 y 579.4 CP, se puede entender por su contexto que esta no es una facultad exclusiva del juez del fallo, como ocurre en el art. 270.3 CP. De cualquier forma ya hemos expresado más arriba otras dos vías legales para hacerlo en este como en otros delitos informáticos.

De conformidad con lo prevenido en el art. 510 bis CP, este es delito comisible por persona jurídica.

3. *Ciberterrorismo*

Aquellos en los que el delincuente principalmente busca crear terror y atemorizar a amplios sectores de la población, mediante el uso de las nuevas tecnologías.

- Conductas de los arts. 573.2 y 573 bis CP: imponen pena superior en grado a los delitos de los arts. 197 bis CP —acceso inconsentido o mantenimiento en sistema informático ajeno e interceptación de transmisiones de datos no públicos— y 197 ter CP —facilitación de programas, contraseñas o códigos de acceso facilitadores de la comisión de los delitos del art. 197, 197 bis y 197 ter CP— y a los de los arts. 264-264 quáter CP —borrado/dañado/hacer inaccesible datos, programas y documentos electrónicos ajenos, obstaculización/interrupción del funcionamiento de un sistema informático ajeno, facilitación de programas, contraseñas o códigos de acceso facilitadores de la comisión de los delitos de los arts. 264 y 264 bis CP, aun cometidos por persona jurídica— cuando se hagan con fin terrorista, que pueden ser:
- Subvertir el orden constitucional, suprimir /desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas/estructuras económicas/sociales del Estado u obligar a los poderes públicos a hacer o no hacer un acto.
- Alterar gravemente la paz pública.
- Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.
- Provocar un estado de terror en la población o parte de ella.

Estas modalidades terroristas incluyen ataques a infraestructuras críticas con fines subversivos (redes de aeropuertos, tráfico rodado en grandes ciudades, centrales nucleares, juzgados, hospitales, ministerios, empresas telecomunicación, etc.)

Además es posible la punición por esta vía de la ejecución de redireccionamientos o del control a distancia de equipos ajenos o equipos «zombie» (manipulados en remoto por un tercero) a través de *botnets* (redes de ordenadores robotizados) si con su manipulación se pretenden ataques —normalmente de denegación de servicio, blo-

queo e interrupción— para conseguir cualquiera de los fines terroristas indicados.

La Red aporta hasta el 80% de la información necesaria para planificar y cometer un atentado, e igualmente es usada por los terroristas para comunicarse, hacer difusión de su propaganda, buscar sus objetivos, etc.

- Conducta del art. 575.2 CP: quien con la finalidad de capacitarse para cometer cualquier delito terrorista lleve a cabo por sí mismo labores de autoadoctrinamiento o autoadiestramiento. Comete este delito quien acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación públicos *on line* o contenidos de Internet, o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o sean idóneos para incitar a la incorporación a una organización/grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Se entienden cometidos en España si se accede desde España. También quien adquiera o tenga en su poder documentos dirigidos o con contenido idóneo para incitar a la incorporación a una organización/grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o sus fines.
- Conductas del art. 578 CP: enaltecimiento o justificación pública de delitos terroristas o de sus participantes, o actos que entrañen descrédito, menosprecio o humillación de sus víctimas o familiares. Si se ejecutan mediante servicios o contenidos accesibles por medios de comunicación, Internet, servicios de comunicaciones electrónicas o usando tecnologías de la información, se impone la pena en su mitad superior. La razón es la difusión de estos contenidos a una gran potencialidad de personas, pero no está claro que esa sola razón por sí misma sea fundamento suficiente para tal agravación, aunque lo sea para configurarla como delito o fijar la concreta indemnización resultante. A modo de ejemplo, en 2013 cada mes usaron la red social Facebook 1.230 millones de usuarios.
- Conductas del art. 579 CP: difundir, por cualquier medio, públicamente mensajes o consignas, cuyo fin o contenido sea idóneo para incitar a terceros a cometer delitos terroristas —muy típico, por ejemplo, de la llamada «yihad mediática»—.

En estos dos últimos tipos delictivos el Juez puede acordar: la destrucción, borrado, inutilización de libros, archivos, documentos, artículos o de cualquier soporte por el que se haya cometido delito. Si se ha hecho mediante tecnologías de la información/comunicación se debe-

rán retirar los contenidos. Si se ha ejecutado mediante servicios o contenidos de Internet o comunicaciones electrónicas, el juez puede ordenar retirada de contenidos/servicios ilícitos.

Subsidiariamente puede ordenar a los prestadores de servicios de alojamiento: la retirada de contenidos ilícitos, a los motores de búsqueda: que supriman enlaces y a los proveedores de servicios electrónicos: que impidan el acceso a esos contenidos o servicios si:

- La medida resulta proporcional a la gravedad de los hechos/relevancia de la información y es necesaria para evitar la difusión
- Cuando se difundan exclusiva/preponderantemente ese tipo de contenidos

Estas medidas restrictivas las puede acordar el juez instructor, como medida cautelar, mientras dure la instrucción de la causa.

Cuadernos penales

José María Lidón

Los *Cuadernos penales José María Lidón* tienen un doble objetivo. Pretenden mantener viva la memoria del profesor y magistrado José María Lidón, asesinado por ETA, ya que relegarlo al olvido sería tanto como permitir que la insoportable injusticia de su muerte viniera a menos y, en cierta forma, hacerse cómplice de ella. Asimismo pretenden que su memoria sea un punto de encuentro para quienes desde cualquier profesión relacionada con el Derecho penal compartan, como compartimos con él, el anhelo por un Derecho penal que contribuya a crear cada vez más amplios espacios de libertad e igualdad y a que éstos sean reales y efectivas para todos. De este modo su memoria será doblemente enriquecedora.



CONSEJO GENERAL
DEL PODER JUDICIAL
AGINTE JUDIZIALAREN
KONTSEILU NAGUSIA



EUSKO JAURLARITZA
GOBIERNO VASCO

HERRI ADMINISTRAZIO
ETA JUSTIZIA SAILA
DEPARTAMENTO DE
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y JUSTICIA



Deusto

Publicaciones