

---

# CÓDIGO PENAL

## Comentarios y jurisprudencia

---

Adenda a la edición de octubre de 2018

*Leyes Orgánicas 1/2019, 20 febrero  
y 2/2019, 1 marzo*

*Director:*

ANTONIO DEL MORAL GARCÍA

*Coordinador:*

RAFAEL ESCOBAR JIMÉNEZ



COMARES  
editorial

**Art. 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.  
a bis) Delitos de tráfico de órganos.
- 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 16 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.
- 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.**

La redacción original del precepto proviene de la LO 1/2015, 30 mar., y ha sido modificado por la LO 1/2019, 20 feb., que ha añadido en el listado de delitos del apartado 1 el nuevo apartado a) bis. El precepto regula el denominado «decomiso ampliado» que se caracteriza porque los bienes o efectos decomisados provienen de otras actividades delictivas del sujeto condenado, distintas a los hechos por los que se le condena y que no han sido objeto de una prueba plena.

Dicha figura se introdujo en el Código por primera vez mediante la reforma de la LO 5/2010 en el art. 127.1 párr. 2.º, estando prevista en la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, 24 feb. 2005, si bien se limitó para las actividades de la delincuencia organizada y el terrorismo.

La Directiva 2014/42/UE estableció la obligatoriedad para los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para poder proceder al decomiso de bienes pertenecientes a una persona condenada, cuando un órgano jurisdiccional haya resuelto que el bien de que se trata procede de actividades delictivas, considerando las circunstancias del caso, incluidos los hechos específicos y las pruebas disponibles, tales como que el valor del bien no guarda proporción con los ingresos lícitos de la persona condenada.

En base a ello, se regula el decomiso ampliado en el art. 127 bis, que no necesita una prueba plena que conecte la actividad delictiva y el enriquecimiento del sujeto responsable, siendo suficiente una constatación por parte del juez, basándose en «indicios objetivos fundados», de que han existido otras actividades delictivas de las que deriva el patrimonio que se pretende decomisar. Es decir, se trata de una presunción de comisión delictiva que produce efectos únicamente para la consecuencia accesoria del decomiso. El Preámbulo de la LO 1/2015 señala que no es una sanción penal, lo que es obvio al encontrarse entre las consecuencias accesorias, pero su naturaleza se aproxima a la misma, pues tiene una finalidad de prevención general más que evidente. Y se establece en la nueva regulación una serie de presunciones en base a las cuales se considera que los responsables de una serie de delitos acumulan un importante patrimonio debido a su actividad ilícita, no siendo por tanto necesaria una prueba plena para demostrarlo, sino únicamente indicios fundados que relacionen la actividad de alguien ya condenado con los bienes de que disponía.

El Código establece los siguientes requisitos para poder apreciar el «decomiso ampliado»: 1) se ha de referir a una persona condenada; 2) la condena tiene que haber sido por alguno de los delitos contemplados en el catálogo cerrado del ap. 1 del precepto, sin

necesidad de que se trate de delincuencia organizada; y 3) el decomiso se ha de basar en indicios objetivos y, por ello, a título ejemplificativo enumera en el ap. 2 del precepto tres tipos de indicios: a) desproporción entre bienes e ingresos lícitos; b) ocultación de bienes mediante testaferreros o en paraísos fiscales; y c) transferencias injustificadas.

En el nuevo art. 127 bis el decomiso ampliado se limita a una serie de delitos, sin tener que tratarse obligatoriamente de delitos cometidos en el seno de organizaciones o grupos criminales o de terrorismo, como ocurría en el anterior art. 127.1 CP. La razón de la extensión a otros delitos estriba, según el Preámbulo de la LO 1/2015, en que se trata de supuestos en los que es frecuente que se produzca una actividad delictiva sostenida en el tiempo de la que se pueden derivar importantes beneficios económicos. La lista inicial de la LO 1/2015 se ha ampliado, en virtud de la LO 1/2019, 20 feb., de reforma del CP, a los delitos de tráfico de órganos para adaptarlo a las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos que se abrió a la firma en Santiago de Compostela el 25 mar. 2015 y, en especial, para perseguir la obtención de beneficios económicos por parte de organizaciones criminales que se dedican a dicha actividad. A pesar de ello, se echan en falta delitos como el tráfico de influencias, los delitos contra la salud pública de los arts. 358 a 367, los delitos de falsificación de tarjetas de crédito y débito o el tráfico de armas, en los que la actividad delictiva suele ser continuada y también genera importantes beneficios.

Se prevé también en el «decomiso ampliado» la aplicación del decomiso sustitutivo o por valor equivalente previsto en el art. 127.3 CP.

El «decomiso ampliado» es obligatorio, y permitirá a Jueces y Tribunales en los casos de condenas por delitos que normalmente generan una fuente permanente de ingresos, como ocurre con el tráfico de drogas, terrorismo o blanqueo de capitales, ordenar el decomiso de bienes y efectos del condenado procedentes de otras actividades delictivas, pero siempre que existan indicios objetivos fundados de la procedencia ilícita de los efectos decomisados. El catálogo de indicios es abierto, y aunque estén basados en los principios de culpabilidad y presunción de inocencia, la prueba exigida es menor, pues no se trata de fijar una pena, sino de establecer una expropiación de bienes basándose en la existencia de una condena. Precisamente, debido a dicho principio de culpabilidad se establece en el ap. 4 del precepto que si el condenado lo fuera de nuevo por hechos delictivos similares, el órgano judicial deberá valorar el alcance del decomiso anterior al resolver sobre el decomiso del nuevo procedimiento.

La Sala 2.<sup>a</sup> del TS en Pleno de 5 oct. 1998, ya se pronunció sobre las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la concreta operación descubierta y enjuiciada, y acordó:

«El comiso de las ganancias a que se refiere el art. 374 del CP debe extenderse a las ganancias procedentes de operaciones anteriores a la con-

creta operación descubierta y enjuiciada, siempre que se tenga por probada dicha procedencia y se respete en todo caso el principio acusatorio...».

La STS 1061/2002, 6 jun. 2002, en aplicación del citado Acuerdo declaró que no se requería que los bienes que resulten objeto del decomiso se acredite con exhaustividad

que proceden directamente de los concretos hechos objeto de enjuiciamiento, siempre que pertenezcan al acusado cuya responsabilidad ha quedado suficientemente acreditada, se acuerde sobre solicitud expresa de la acusación, la cuestión haya quedado sometida a debate en el enjuiciamiento y se motive en la sentencia la decisión al respecto. La STS 1049/2011, 18 oct. 2011, declara que en cuanto a la procedencia del decomiso no se exige identificar las concretas operaciones de tráfico ilegal de drogas, bastando con que quede suficientemente probada la actividad delictiva. Y la STS 209/2014, 20 mar. 2014, establece que el decomiso podrá decretarse contra bienes poseídos con anterioridad al acto por el que fue condenado, siempre que se tenga por probada la procedencia de los bienes del tráfico de droga (o de cualquier otro delito), y que se respete el principio acusatorio.

Así pues, se requiere: 1) exigencia de motivación, tanto fáctica, consignándose en los hechos probados, como jurídica, en los razonamientos jurídicos; 2) respecto al principio acusatorio, la individualización de bienes y la consignación de su origen en previos delitos; y 3) no se exige demostración de concretos delitos anteriores, sino sólo una demostración genérica de actividad delictiva anterior al hecho concreto enjuiciado, bastando la prueba indiciaria (STS 450/2007, 30 may. 2007).

Por otra parte, la prueba para acreditar la actividad delictiva previa puede ser prueba indirecta o indiciaria, tal y como reconoce la STS 600/2012, 12 jul. 2012, según la cual:

«La demostración del origen criminal —presupuesto imprescindible para decretar el comiso— no requiere la identificación de las concretas operaciones delictivas, bastando a tales efectos

que quede suficientemente probada la actividad delictiva de modo genérico. Así lo ha entendido esta Sala en el delito de blanqueo respecto del delito antecedente o determinante».

Debe tenerse en cuenta que el ap. 5 del art. 127 bis ha añadido una importante limitación al decomiso ampliado, pues excluye expresamente los bienes que procedan de actividades delictivas prescritas, respecto a las que el investigado haya sido absuelto o para las se haya dictado un sobreseimiento con efectos de cosa juzgada. Precisamente, la existencia de actividades delictivas antiguas pero respecto a las que ya no se podía iniciar un procedimiento penal debido a su prescripción o hechos concretos que habían sido objeto de sentencia absolutoria podían servir de indicios a los efectos de acreditar una actividad delictiva continuada para acordar el decomiso.

PABLO LANZAROTE MARTÍNEZ

**Art. 142. 1. El que por imprudencia grave causare la muerte de otro, será castigado, como reo de homicidio imprudente, con la pena de prisión de 1 a 4 años.**

**Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de 1 a 6 años. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concu-**

rrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho.

Si el homicidio imprudente se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de 1 a 6 años.

Si el homicidio se hubiera cometido por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de 3 a 6 años.

2. El que por imprudencia menos grave causare la muerte de otro, será castigado con la pena de multa de 3 meses a 18 meses.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de 3 a 18 meses. Se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de ésta por el Juez o el Tribunal.

Si el homicidio se hubiera cometido utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de 3 a 18 meses.

El delito previsto en este apartado sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.

SUMARIO. 1. CUESTIONES GENERALES. 2. LA REFORMA DE 2015: LA NUEVA CATEGORÍA DE LA IMPRUDENCIA MENOS GRAVE. 3. LA IMPRUDENCIA PROFESIONAL.

## 1. CUESTIONES GENERALES

Señala el art. 12 CP que «Las acciones u omisiones imprudentes sólo se castigarán cuando expresamente lo disponga la ley». Con este artículo se rompió con el tradicional concepto de la imprudencia dentro de nuestro derecho, al haberse abandonado las cláusulas generales reguladoras de la misma, para pasar a contemplar de forma individualizada cada uno de los tipos susceptibles de ser cometidos como tales.

La reforma operada por la LO 1/2015 suprime las faltas y, con ellas, la imprudencia leve, graduando actualmente la imprudencia en grave y menos grave. Y si la imprudencia grave se caracteriza por la omisión de las precauciones más elementales y la leve se equiparaba al mero descuido o distracción, la imprudencia menos grave, como categoría intermedia entre una y otra, apuntará a la omisión de la diligencia media acostumbrada en una especial esfera de actividad. Junto a las anteriores, el Código también castiga la imprudencia profesional que aparece configurada como una modalidad de imprudencia grave en sus dos manifestaciones de imprudencia profesional propiamente dicha e impericia.

Como es sabido toda infracción imprudente responde a la siguiente estructura: de un lado, el aspecto objetivo integrado por el desvalor de la acción (infracción de la norma de

cuidado) y el desvalor del resultado (la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido), y de otro lado, el aspecto subjetivo, integrado por el elemento positivo de querer realizar la conducta descuidada, bien sea con conocimiento del peligro que entrañaba (culpa consciente) o sin él (culpa inconsciente) y por el elemento negativo de no querer el autor la producción del resultado.

A la vista de esta estructura, se han venido distinguiendo en el tipo de la imprudencia los siguientes requisitos: a) una acción u omisión voluntaria, no intencional o maliciosa; b) un factor psicológico o subjetivo, consistente en la imprevisión de las consecuencias nocivas de la acción u omisión; c) un factor normativo o externo, consistente en la infracción de un deber objetivo de cuidado; d) la causación de un daño y e) la adecuada relación de causalidad entre el proceder descuidado y el daño o mal sobrevenido

En relación con este último elemento comprobada la causalidad material, la imputación del resultado requiere, además, verificar: a) si la acción del autor ha creado un peligro jurídicamente desaprobado para la producción del resultado; b) si el resultado producido por dicha acción es la realización del mismo peligro (jurídicamente desaprobado) creado por la acción.

De acuerdo con una doctrina jurisprudencial muy reiterada, cuya cita resulta innecesaria, para distinguir la imprudencia grave de la leve, hay que atender: 1.º A la mayor o menor falta de diligencia mostrada en la acción u omisión. 2.º A la mayor o menor previsibilidad del evento que sea el resultado. 3.º A la mayor o menor intensidad de la infracción del deber de cuidado, quedando tal intensidad referida a que las normas de cuidado infringidas sean o no tan elementales como para entender que las respetaría el menos diligente de los ciudadanos (grave) o un ciudadano cuidadoso (leve).

Sobre la base de tales premisas la Sala 2 del TS ha definido la imprudencia grave como «la ausencia absoluta de cautela causante de un efecto lesivo o dañino fácilmente previsible», «el olvido total y absoluto de las más elementales normas de previsión y cuidado, aquellas que la persona menos cuidadosa hubiera adoptado» o «aquella que se caracteriza por imprevisiones que eran fácilmente asequibles y vulgarmente previsibles»; y en relación con el tráfico rodado, como «la más grave infracción de las normas de cuidado formalizadas en la Ley de tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial» o la «vulneración de las reglas más elementales de cautela o diligencia exigibles en la conducción». En tanto que en la imprudencia simple se acusa la «omisión de la atención normal o debida en relación con los factores circunstanciales de todo orden que definen el supuesto concreto» o «la infracción de un deber de cuidado de pequeño alcance».

Por debajo de ésta última clase de imprudencia, se plantearía la distinción entre el ilícito penal y el civil, ya que no toda conducta imprudente es merecedora del reproche que implica la sanción penal, debiendo limitarse su aplicación en virtud de los principios de intervención mínima y subsidiariedad del Derecho penal, como expresa la SAP Toledo 104/2014, 18 sep. (Sec. 1.ª):

«A aquellos casos en que la negligencia, pese a su levedad, por atentar contra valores básicos para la convivencia legalmente tutelados, tenga entidad suficiente para ser merecedora del expre-

sado reproche punitivo, y no se estime suficiente el amparo de los derechos del perjudicado a través de la responsabilidad civil»

Sobre este último punto, la doctrina ha considerado que en el caso de ligeras desviaciones respecto del riesgo permitido, la acción no merece reproche penal.

— *Supuestos ex lege de imprudencia grave tras la reforma de 2019.*

La reforma de la LO 2/2019, 1 mar., ha introducido un criterio de interpretación auténtica de la imprudencia grave al añadir un inciso en el ap. 2.º del art. 142.1 al decir que: «a los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho».

En este punto, la reforma no hace más que recoger un criterio ya reiterado y consolidado en la jurisprudencia, —como se reconoce en la propia exposición de motivos—, que venía entendiendo que la producción de un resultado como consecuencia de la previa comisión de uno de los delitos de riesgo recogidos en el art. 379 CP determina su imputación a título de imprudencia grave. Resulta indiscutible que conducir influenciado por el alcohol o las drogas o con un exceso de velocidad punible supone la omisión de los más elementales deberes de cautela que han de ser observados en el tráfico viario y que por tanto cualquier resultado que se produzca como consecuencia de una conducción en tales condiciones hará a su autor responsable del mismo por imprudencia grave. Así, por todas, la STS 22/2018, 17 ene., que considera el caso enjuiciado subsumible:

«En la modalidad imprudente de tal tipo penal, en el grado de imprudencia grave consciente, por cuanto tanto la influencia de bebidas alcohólicas como la velocidad excesiva fueron determinantes

de que el acusado no se apercibiera a tiempo del control y de la presencia del agente de la autoridad, y de su desafortunada maniobra que culminó con el atropello mortal».

Por lo demás, la expresión «en todo caso» utilizada por el nuevo inciso permite no excluir de la calificación de imprudencia grave a los resultados que sean consecuencia de otras conductas distintas de las recogidas en el art. 379, como la conducción con temeridad manifiesta (art. 380) o la conducción con consciente desprecio para la vida de los demás (art. 381) o la comisión de una infracción grave o muy grave a la legislación de tráfico a la vista de la circunstancias concurrentes en el hecho.

## 2. LA REFORMA DE 2015: LA NUEVA CATEGORÍA DE LA IMPRUDENCIA MENOS GRAVE

La LO 1/2015, 30 mar., de reforma del CP introdujo importantes modificaciones en la regulación de la imprudencia punible: eliminó, de un lado, la imprudencia leve y, de otro, creó una nueva categoría de imprudencia, la menos grave.

La novedosa regulación repercutió exclusivamente en el homicidio y las lesiones. Ningún otro delito que admita la comisión imprudente, dentro del sistema de incriminación cerrada y excepcional vigente desde el CP de 1995 (art. 12), autoriza la imputación a título de imprudencia menos grave. Solo se contempla para aquellos delitos. Precisamente allí donde de forma excepcional se admitía la posibilidad de la comisión por imprudencia leve, prevista en las derogadas faltas del art. 621 CP. Esta regulación encontraría su justificación en la necesidad de proteger los bienes jurídicos más esenciales de la persona con la penalización de su lesión o puesta en peligro mediante las formas más leves de la culpabilidad penal.

Al incidir la reforma de la imprudencia en los delitos de homicidio y lesiones, especial repercusión habrá de tener en el ámbito del tráfico viario, por cuanto la mayor parte de las muertes y lesiones imprudentes se producen con ocasión de la circulación de vehículos a motor. Aunque, lógicamente, no de forma exclusiva: también tendrá relevancia, obviamente, en los supuestos de imputaciones de resultados imprudentes en el campo sanitario o de la siniestralidad laboral.

La modificación se enmarcó en la decisión general de la supresión definitiva del catálogo de faltas regulado en el Libro III del CP, algunas de las cuales son reconvertidas en delitos leves para el caso de infracciones que el legislador ha estimado necesario mantener, mientras que otras son relegadas al ámbito civil o administrativo al carecer de la gravedad suficiente para merecer el reproche penal.

Esta novedosa regulación en nuestra legislación penal trae consigo dos importantes consecuencias: de una parte, supone la quiebra con el tratamiento tradicional en nuestros Códigos de los llamados *crímenes culpae* donde, desde el CP de 1848 (art. 480), se ha venido invariablemente distinguiendo entre una imprudencia temeraria o grave y una imprudencia leve o simple, y dentro de ésta última y hasta el CP de 1995 distinguiendo según llevara o no aparejada la conducta negligente una infracción de reglamentos. De otra parte y al mismo tiempo, la nueva regulación sigue una marcada tendencia despenalizadora en el ámbito de la imprudencia leve o simple, cuyo alcance se ha venido reduciendo progresivamente desde la reforma de la LO 3/1989, que extrajo la imprudencia simple con infracción de reglamentos del art. 565, hasta la actualidad en que, como vimos, desaparece para quedar relegada al ámbito de la culpa civil, como culpa ínfima o levísima.

Siguiendo la distinción de la doctrina entre *culpa lata*, *culpa levis* y *culpa levissima*, ésta última con operatividad solo en la esfera civil, el CP ha venido regulando esas tres clases de imprudencia (la temeraria y la simple con y sin infracción de reglamentos) y castigando siempre la simple, sin excepción, bien como delito, bien como falta. El CP de 1995 quiebra con el sistema de incriminación abierta de la imprudencia y lo sustituye por un sistema de tipificación cerrada y excepcional (art. 12), distinguiendo, dentro de los *crimines culpae*, para graduar la gravedad de la imprudencia entre la negligencia grave y la leve, en un cambio exclusivamente terminológico en relación con la anterior distinción entre imprudencia temeraria e imprudencia simple, siendo la primera la manifestación más grave de la infracción de los deberes de cuidado y representando la segunda un criterio de menor gravedad en la infracción de las normas de cuidado que solo adquiere rango de falta.

Así, con anterioridad a la reforma del CP por la LO 1/2015, eran constitutivos de delito el homicidio (art. 142 CP) y las lesiones graves cometidos por imprudencia grave (art. 152 CP) mientras que eran tipificados como falta el homicidio y las lesiones constitutivas de delito cometidos por imprudencia leve (art. 621) y excepcionalmente también como falta las lesiones atenuadas del art. 147.2 CP cometidas por imprudencia grave. Tras la citada reforma se mantiene el homicidio y las lesiones causadas por imprudencia grave, se introduce una nueva categoría de imprudencia, la menos grave, para los resultados de

muerte y lesiones de los arts. 149 y 150 (y que tras la reforma de 2019 se extiende a las lesiones del art. 147,1.º), y se despenalizan las faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve así como las lesiones atenuadas (art. 147.2.º) causadas por imprudencia grave tipificadas en el art. 621 que son suprimidas al derogar el Libro III del CP la Disposición Derogatoria Única, párr. 1.º LO 1/2015.

Las distintas posibilidades interpretativas sobre el nuevo concepto son sintetizados en la STSJ de Extremadura 4/2017, 5 jul., al decir:

«Unos identifican la imprudencia menos grave como un tipo de imprudencia intermedia más intensa que la leve anterior, por lo que se desgajaría de esta última, nutriéndose de sus supuestos más graves y sin detraer ninguno de la imprudencia grave. Para otros, la nueva imprudencia menos grave se desgajaría de la grave, alimentándose de sus conductas más leves, con las consiguientes repercusiones en el Derecho transitorio centradas en la posibilidad de aplicación retroactiva de la nueva categoría como más beneficiosa (art. 2.2

CP y DT 1.ª LO 1/2015) y la revisión consecutiva de condenas dictadas conforme a los arts. 142.1 y 152.1 CP (DT 2.ª y 3.ª). Otros construyen la imprudencia menos grave como punto de intersección entre la grave y leve previas, de forma que comprendería los casos de mayor gravedad de la segunda y los más leves de la primera. Una última tesis tiende a identificar la nueva categoría con la imprudencia simple antirreglamentaria anterior al CP de 1995».

La imprudencia menos grave debería ser definida en negativo o por exclusión y partiendo de los conceptos de imprudencia grave y leve ya elaborados por la jurisprudencia, de tal forma que la imprudencia menos grave sería aquella imprudencia que no pueda ser calificada de grave ni de leve. Es una especie menor de la imprudencia grave pero de mayor gravedad que la imprudencia leve. Y sustituye a ésta como grado o límite mínimo de imputación imprudente en la esfera penal. Pero en todo caso, como subraya el AAP Badajoz 51/2018, 5 feb., más cerca de la grave que de la leve.

Habría pues que graduar la importancia y relevancia del deber de cuidado infringido para calificar la conducta negligente de grave o menos grave. En suma, la imprudencia menos grave sería una imprudencia de grado medio (ni grave ni leve) que permitiría abarcar tanto supuestos antes considerados como leves como algunos otros que fueron calificados de graves. Y a su vez autorizaría a excluir del ámbito represivo otros casos que antes de la reforma fueron castigados como faltas de imprudencia leve. Por tanto, como dice el AAP Murcia 20 feb. 2018:

«Para concretar su contenido y determinar el alcance del nuevo concepto habrá que valorar, en el supuesto concreto, la relevancia del deber de cuidado infringido, como hasta ahora venía haciéndose para diferenciar la imprudencia grave o temeraria de la simple o leve. La grave vendría referida a la omisión de elementales normas de cautela cuya observancia es exigible a cualquier persona, el olvido de las medidas de previsión

más elementales; la menos grave se nutriría de la idea de la diligencia media y se definiría en negativo o por exclusión (todas las conductas negligentes que no puedan estimarse como graves o leves) y la leve que se identificaría con el simple descuido o con la infracción de un deber de escasa relevancia, que caería ya, tras la reforma de 2015, en el ámbito civil».

Abarcaría esta última los casos de vulneraciones del deber de cuidado que no alcancen la entidad o relieve de la imprudencia menos grave.

En este sentido concluye el Dictamen 2/2016 del Fiscal de Sala Coordinador de Seguridad Vial. La imprudencia ha de merecer la calificación de menos grave cuando la vulneración del deber normativo de cuidado, aun siendo relevante, no alcanza la suficiente gravedad o cuando constatada ésta las circunstancias concurrentes o infracciones de la víctima obliguen a la desvaloración o degradación. Se trataría de una diligencia de grado medio, que no utiliza la referencia al estándar del más previsor ni tampoco del menos cuidadoso, sino que deriva de la omisión de un deber de cautela y precaución medianamente exigible en las circunstancias del caso concreto. Este nivel de exigencia en el deber de prever y su inobservancia integraría la nueva categoría de la imprudencia menos grave. En la misma línea el AAP Badajoz 199/2017 (sec. Mérida), 16 may., al decir que:

«La diferencia entre la imprudencia grave y menos grave ha de buscarse en los criterios del TS: depende de la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido».

También el AAP Madrid 438/2017, 8 jun., entiende que el debate sobre los grados de la imprudencia, tradicional para distinguir la grave y la leve antes de la reforma de la LO1/2015 y que se ha trasladado hoy a la diferenciación entre la imprudencia grave y la menos grave:

«Es un debate casuístico y valorativo, pues deber objetivo de cuidado que permite calificar ha de valorarse la intensidad de la infracción del como tal la imprudencia penalmente relevante».

En esta mismo sentido apunta la STS 805/2017, 11 dic., al decir que:

«La imprudencia menos grave puede ser definida como la constitución de un riesgo de inferior naturaleza, a la grave, asimilable en este caso, la menos grave, como la infracción del deber medio de previsión ante la actividad que despliega el agente en el actuar correspondiente a la conducta que es objeto de atención y que es la causalmente determinante, única o plural, con el resultado producido, de tal manera que puede afirmarse que la creación del riesgo le es imputable al agente, bien por su conducta profesional o por su actuación u omisión en una actividad permitida social y jurídicamente que pueda causar un resultado dañoso. Así, mientras la imprudencia grave es la dejación más intolerable de las conductas fácticas que debe controlar el autor, originando un riesgo físico que produce el resultado dañoso, en la imprudencia menos grave, el acento se debe poner en tal consecuencia pero operada por el despliegue de la omisión de la diligencia que debe exigirse a una persona en la infracción del deber de cuidado en su actuar (u omitir)».

— *La incidencia de la LO 2/2019 en el concepto de la imprudencia menos grave: su interpretación auténtica.*

Junto con el criterio *ex lege* de interpretación de la imprudencia grave, antes analizado, la reforma de 2019 introduce también una interpretación auténtica del concepto de la imprudencia menos grave al añadir en el ap. 2 del párr. 2.º del art. 142 un nuevo inciso conforme al cual «se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de ésta por el Juez o el Tribunal».

Conforme a la literalidad del precepto, la comisión de una infracción tipificada de grave en el art. 76 de la LTSV determinará, de concurrir alguno de los resultados típicos de muerte o lesiones de los arts. 147. 1.º, 149 o 150, su calificación, al menos, de im-

prudencia menos grave, pero sin excluir la calificación de grave al referirse expresamente el precepto a este supuesto. Pero igualmente la concurrencia de una infracción administrativa de tráfico muy grave prevista en el art. 77 LTSV provocará la calificación de la imprudencia, en todo caso, de menos grave, sin perjuicio de la posible apreciación de la imprudencia como grave.

Aunque no dejan de existir razones basadas en una mayor seguridad jurídica en apoyo del nuevo precepto, parece evidente que el encorsetamiento derivado de criterios apriorísticos y predefinidos casa mal con la estructura del delito imprudente y con el juicio de valoración que requiere siempre la calificación de la gravedad de la imprudencia. El automatismo recogido ahora en los segundos párrs. de los arts. 142 y 152 resulta incompatible con la necesidad de atender, en todo caso, a las diversas circunstancias concurrentes para la calificación de la gravedad de la conducta imprudente. Como expresa la STS 805/2017, 11 dic.,

«La noción de imprudencia, grave o menos grave, no es un concepto administrativo, sino penal, que se interpreta como la infracción de las normas que obligan a tomar la diligencia debida

no observando el deber de cuidado, por encima de cualquier infracción reglamentaria, concepto este último que hoy ya no se proclama en el CP».

La configuración del deber normativo de cuidado o cautela cuya infracción es la esencia del injusto imprudente requiere examinar la relevancia del riesgo creado en el concreto ámbito de que se trate, analizando todas las circunstancias concurrentes. Aun cuando el ámbito del tráfico esté normativizado, el delito imprudente no está ligado inexorablemente a infracciones legales aunque su concurrencia sea muy significativa para valorar la gravedad de la imprudencia en que ha incurrido el autor de la conducta infractora de la norma de cuidado.

La comisión de una infracción administrativa de tráfico constituye sin duda un indicio de gravedad de la conducta imprudente. Sin embargo, la simple acreditación formal de las infracciones de las normas y deberes recogidas en la legislación administrativa de tráfico no debe conducir automáticamente a la declaración de la gravedad de la imprudencia. En este sentido concluye, entre otras muchas resoluciones, el AAP Madrid 438/2017, 8 jun., al afirmar que la calificación del grado de la imprudencia:

«No depende ni viene determinada, frente a lo que se viene a indicar en el recurso, por la calificación que tal conducta pueda merecer en el ámbito administrativo sancionador, sin que la

calificación de una conducta como grave en este último ámbito permita atribuir, sin más, la misma calificación en el ámbito penal».

Quizás una modulación de este automatismo se busque, con no demasiada precisión técnica, a través de la expresión con la que concluye el inciso «apreciada la entidad de ésta por el juez o tribunal», que posibilitaría apartarse de la calificación de la imprudencia como menos grave en el caso de que, no obstante la infracción normativa y la consecuencia lesiva típica, no alcance suficiente intensidad el riesgo generado con la infracción cometida o en atención a la menor previsibilidad de la consecuencia dañosa o a la mayor diligencia con que se haya comportado el autor no obstante su conducta infractora.

### 3. LA IMPRUDENCIA PROFESIONAL

Por lo que se refiere a la imprudencia profesional, ésta se introdujo en el CP de 1944, referida a las infracciones cometidas con vehículos de motor, pero la revisión del CP por la L. de Bases de 23 dic. 1961, otorgó carácter general a esta forma imprudente para todos los supuestos de producción de muerte o lesiones graves a consecuencia de impericia o negligencia profesional, sancionando la conducta gravemente con la imposición de la pena señalada en el art. 565 en su grado máximo.

Una primera interpretación del precepto de carácter excesivamente estricto, aplicó la agravación a todos los supuestos en los que interviniera un profesional, por el mero hecho de serlo. Sin embargo, la posterior evolución en la interpretación jurisprudencial, restringió su aplicación, fijándose más en la naturaleza de la imprudencia, que en la condición del sujeto, debiendo la conducta de patentizar un desconocimiento de las elementales normas profesionales exigibles. Se distinguía así entre la «imprudencia profesional» y la «imprudencia del profesional».

Así la STS 18 nov. 1991 señala que:

«La culpa del profesional es la imprudencia o negligencia comunes cometidas por un profesional en el ejercicio de su arte u oficio, mientras que la culpa profesional es equivalente a impericia porque descansa en el defectuoso cumplimiento de las reglas de la *lex artis*, si bien en cualquier caso no se desconoce la a veces difícil delimitación de los dos contenidos imprudentes.

El plus de penalidad en el subtipo corresponde pues a una mayor responsabilidad y exigencia siempre que los actos realizados pertenezcan a la esfera de su actividad y se efectúen de modo habitual. La culpa profesional viene a ser la incapacidad técnica para el ejercicio de la profesión de que se trate, como consecuencia o por las causas

antes referidas. Mas si el profesional actúa dentro de los límites de su especialidad, la distinción entre la culpa del profesional y la culpa profesional se hace difícil, indecisa y confusa, a menos que se eleve lo que tenía que ser excepcional y por tanto circunstancial, al rango de actividad normal y ordinaria (S. 14-9-90). El mayor reproche penal tiene que apoyarse en un incumplimiento extraordinario de la precaución y cautela, basado en una impericia inexplicable, inaudita, también extraordinaria. Las exigencias del art. 9.3 CE en orden al principio de legalidad, impide elevar a la categoría de ordinaria, de fácil aplicabilidad, una agravación que legalmente aparece como excepcional (S. 24-11-89)»

**Art. 142 bis.** En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido, y hubiere provocado la muerte de dos o más personas o la muerte de una y lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º en las demás, y en dos grados si el número de fallecidos fuere muy elevado.

Una de las novedades de la reforma de la LO 2/2019 ha sido el incremento del castigo de las conductas imprudentes en atención a la notoria gravedad del hecho y al número de personas fallecidas o lesionadas. Se ha estimado que la pena imponible, a la vista de

la gravedad del hecho, puede resultar en esos casos de corta duración, con merma del fin retributivo que también aquella debe cumplir. La respuesta sancionadora que en estas ocasiones puede ser insuficiente es consecuencia de los límites derivados de la aplicación de las reglas del concurso ideal que obliga a imponer solo la pena prevista para la infracción más grave en su mitad superior al derivar de una sola acción imprudente que en el supuesto de más de un fallecido, con o sin otros resultados lesivos, no podía exceder de cuatro años de prisión (arts. 142 y 77 CP). Desde este punto de vista se entiende que el juez en la determinación de la pena se ve obligado a moverse en unos márgenes punitivos excesivamente estrechos para lograr una respuesta proporcionada a la gravedad del delito cuando el número de víctimas es elevado y especialmente intenso resulta el riesgo generado con la acción imprudente.

El texto primigenio de la Proposición de Ley (BOCG de 30 jun. 2017), origen de esta última reforma del CP, pretendía cumplir ese propósito de exasperación punitiva con la introducción de un nuevo párr. 3.º en los arts. 142 y 152, de idéntico contenido en ambos preceptos, en el que se disponía que «en estas infracciones el Juez o Tribunal podrá imponer, motivadamente, la pena superior en uno o dos grados, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad y hubiere afectado a la integridad física de una pluralidad de personas con un resultado constitutivo de delito».

Era más que evidente la defectuosa ubicación sistemática de este nuevo párrafo en los arts. 142 y 152 al situarlo después de la regulación de la imprudencia menos grave, a la que nunca será aplicable la agravación salvo que se incurra en una *contradictio in terminis*, al suponer un plus de gravedad incompatible con ese nuevo grado de imprudencia.

En todo caso, en lugar de acudir a la técnica de los artículos bis bien podría haber sido ubicada esa disposición en un nuevo apartado del primer párr. del art. 142 al solo poder se referida, como se dijo, a la imprudencia grave.

Resulta necesario para que el juez pueda hacer uso potestativamente de la exasperación punitiva prevista en el nuevo precepto que concurren conjuntamente la notoria gravedad del hecho y la pluralidad de víctimas. En el caso del homicidio, para la elevación en un grado (de 4 a 6 años de prisión), el número de aquéllas ha de concretarse en el fallecimiento de dos o más personas o de una sola y lesiones de los arts. 149 ó 150 en las demás y para el incremento en dos grados (de 6 a 9 años de prisión) se exige que «el número de fallecidos fuera muy elevado».

Es evidente la indeterminación del concepto utilizado en la descripción típica de «notoria gravedad» así como del empleado para la hipótesis de que el número de fallecidos o lesionados «fuera muy elevado», que otorgan al juez para la aplicación de los nuevos preceptos un arbitrio excesivo, contrario al principio de taxatividad y a la *Lex certa*.

El de «notoria gravedad», gramaticalmente habrá de identificarse con una gravedad que debe ser evidente y apreciable por cualquiera, mejorando la redacción inicial al utilizar como criterios para concretar esa gravedad la intensidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo de cuidado infringido. El concepto «muy elevado», utilizado como criterio de incremento potestativo de la pena en dos grados, peca de un indeterminis-

mo absoluto, dejando para la aplicación de la agravación un margen al arbitrio judicial demasiado amplio. En todo caso, habrán de ser más de dos los fallecidos o lesionados.

De ser utilizada la previsión punitiva contemplada, elevando la pena en uno o dos grados en atención a la pluralidad de víctimas, ya no cabría acudir a la norma del concurso ideal prevista en el art. 77. 2.º a los efectos de aplicar la pena del art. 142 bis en su mitad superior pues con ello se infringiría el principio del non bis in ídem. De ir precedida la producción de los resultados lesivos plurales de la comisión de un delito de riesgo de los arts. 379, 380 ó 381, resultaría dudosa también, en atención al citado principio, la aplicación de la regla penológica prevista en el art. 382 CP (pena de la infracción más grave en su mitad superior) pues la comisión de uno de aquellos delitos determina por sí la notoria gravedad del hecho en atención al relevante deber normativo de cuidado infringido.

Por último, debe destacarse la atribución de competencia a las Audiencias Provinciales (art. 14. 3.º y 4.º LECr.) para el conocimiento de los procedimientos que se sigan en los casos contemplados en el nuevo art. 142 bis pues la pena de prisión imponible siempre será superior a cinco años aunque se eleve en un solo grado. Y esta determinación de competencia tendrá lugar aun cuando las acusaciones no pretendan su aplicación pues, como dice la STS 502/2018, 24 oct.:

«Si hay facultad de imponer penas superiores a las que determinan la competencia objetiva de los Juzgados de lo Penal, aunque las acusacio-

nes no hayan hecho uso de esa facultad en sus calificaciones, la competencia ha de reconocerse en favor de la Audiencia Provincial».

**Art. 152. 1. El que por imprudencia grave causare alguna de las lesiones previstas en los artículos anteriores será castigado, en atención al riesgo creado y el resultado producido:**

**1.º Con la pena de prisión de 3 a 6 meses o multa de 6 a 18 meses, si se tratare de las lesiones del apartado 1 del artículo 147.**

**2.º Con la pena de prisión de 1 a 3 años, si se tratare de las lesiones del artículo 149.**

**3.º Con la pena de prisión de 6 meses a 2 años, si se tratare de las lesiones del artículo 150.**

**Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se impondrá asimismo la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de 1 a 4 años. A los efectos de este apartado, se reputará en todo caso como imprudencia grave la conducción en la que la concurrencia de alguna de las circunstancias previstas en el artículo 379 determinara la producción del hecho.**

**Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se impondrá también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de 1 a 4 años.**

**Si las lesiones hubieran sido cometidas por imprudencia profesional, se impondrá además la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o cargo por un período de 6 meses a 4 años.**

**2. El que por imprudencia menos grave causare alguna de las lesiones a que se refieren los artículos 147.1.º, 149 y 150 será castigado con una pena de multa de 3 meses a 12 meses.**

**Si los hechos se hubieran cometido utilizando un vehículo a motor o un ciclomotor, se podrá imponer también la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de 3 meses a 1 año. Se reputará imprudencia menos grave, cuando no sea calificada de grave, siempre que el hecho sea consecuencia de una infracción grave de las normas sobre tráfico, circulación de vehículos a motor y seguridad vial, apreciada la entidad de esta por el Juez o el Tribunal.**

**Si las lesiones se hubieran causado utilizando un arma de fuego, se podrá imponer también la pena de privación del derecho al porte o tenencia de armas por tiempo de 3 meses a 1 año.**

**El delito previsto en este apartado sólo será perseguible mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal.**

SUMARIO. I. CUESTIONES GENERALES. II. LA REFORMA DE 2019: LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS LESIONES POR IMPRUDENCIA MENOS GRAVE.

## I. CUESTIONES GENERALES

En las cuestiones generales en relación al tratamiento de la imprudencia en el CP, debemos remitirnos al comentario de la parte general, y en lo que se refiere a la tipificación concreta del delito de lesiones, vale lo expresado con ocasión del homicidio imprudente.

Según el precepto examinado la punición de las lesiones imprudentes, queda en la forma que sigue:

Las lesiones cometidas por imprudencia grave serán constitutivas de delito si producen alguno de los resultados previstos en los arts. 147.1, 149 y 150, determinándose la pena en función al riesgo creado y al resultado producido.

Las lesiones cometidas por imprudencia menos grave, tras la reforma de 2019, si producen alguno de los resultados previstos en los arts. 147.1.º, 149 y 150 son constitutivas de delito leve y se prevé idéntica pena en los tres casos, precisando el legislador la necesidad de denuncia de la persona agraviada o su representante legal.

En lo que se refiere a la distinción entre la imprudencia grave y menos grave, sin perjuicio de lo dicho en la parte general, nos remitimos al comentario del art. 142, al igual que respecto de los nuevos criterios de interpretación *ex lege* de la imprudencia grave y menos grave introducidos por la LO 2/2019, 1 mar. En igual forma en lo relativo a lo dicho sobre la imprudencia profesional y las penas privativas de derechos.

## II. LA REFORMA DE 2019: LA AMPLIACIÓN DEL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS LESIONES POR IMPRUDENCIA MENOS GRAVE

Aunque sin mencionarlo expresamente en su Preámbulo, la reforma de la LO 2/2019, 1 mar., trae igualmente como novedad la ampliación de la tipicidad del delito de lesiones por imprudencia menos grave, incluyendo ahora también las previstas en el art. 147.1.º. Esta nueva regulación provocará como efecto directo de relevante trascendencia el retorno de gran parte de la accidentalidad vial al ámbito de la jurisdicción penal, de donde fue excluida por la despenalización de la reforma de la LO 1/2015, 30 mar., invocando como razones los principios de intervención mínima y de *ultima ratio* del Derecho penal, así como la indebida utilización del proceso penal con fines exclusivamente resarcitorios.

Hasta ahora estaba limitada a los supuestos en que resultaran, como consecuencia de la acción imprudente calificada de menos grave, lesiones de las previstas en los arts. 149 y 150. La nueva redacción del art. 152.2.º incluye las lesiones básicas del párr. 1.º del art. 147, esto es, la que requieran para su curación de tratamiento médico o quirúrgico.

Con la anterior redacción no eran constitutivas de infracción penal las lesiones cometidas por imprudencia menos grave cuando no alcanzaban la gravedad de las descritas en los citados arts. 149 y 150, manteniéndose su tipicidad solo cuando eran imputables a título de imprudencia grave (art. 152.1, 1.º). En realidad, el propósito último de esa regulación, fuertemente criticada por las asociaciones de víctimas, no fue otro que conseguir por esta vía la despenalización de gran parte de los resultados dañosos derivados de accidentes de tráfico con el consecuente efecto inevitable de obligar a los perjudicados a la necesidad de tener que acudir a otras vías para intentar conseguir el resarcimiento de sus perjuicios, sustrayéndoles la posibilidad de utilizar la vía siempre más ágil y eficaz que supone el proceso penal por muchas y variadas razones que a nadie escapan.

Esta despenalización, ya iniciada por vía jurisprudencial a través de la tesis de la atipicidad de las colisiones por alcance, responsables de muchas de las lesiones en tráfico, ampliamente aceptada como integrantes de una culpa civil, encontró su complemento perfecto en la reforma del sistema de valoración del daño corporal a través de la Ley 35/2015, 22 sep., que somete a importantes limitaciones y restricciones la posibilidad de las víctimas de conseguir un pronto y satisfactorio resarcimiento de sus perjuicios, especialmente en el ámbito de las lesiones temporales que constituye la partida más importante del gasto indemnizatorio soportado por las aseguradoras.

Ahora, tras la última reforma de CP, la combinación del nuevo criterio de interpretación auténtica de la imprudencia menos grave antes analizado junto con la previsión de su tipicidad cuando el resultado sea constitutivo también de lesiones que no requieran de la gravedad prevista en los arts. 149 y 150, —pero con exclusión en todo caso de aquellas que no precisen de tratamiento médico o quirúrgico para la sanidad (art. 147.2.º CP)— determinará el regreso al ámbito del proceso penal de la mayor parte de los accidentes de tráfico con resultados lesivos y con ello la vuelta a la situación anterior a la reforma de 2015.

Así, por ejemplo, el atropello a un peatón por no observar su preferencia de paso constituye ahora por disposición de la ley una imprudencia calificable *ab initio* de menos

grave, al recogerse este hecho como infracción grave en el art. 76 c) en relación con el art. 25 TRLTSV, siempre que se le causen lesiones, al menos, de las tipificadas en el art. 147.1.º CP. Y sin perjuicio, lógicamente, que pueda calificarse de imprudencia grave en atención a las circunstancias concurrentes, como ocurrirá de ordinario. Tras la reforma de la LO 1/2019, hay escaso margen para la valoración de si la imprudencia es o no penalmente relevante. Tampoco resulta necesario comprobar si las lesiones son de mayor o menor alcance por cuanto no requieren de la gravedad antes exigida, sin que quepa excluir de antemano la necesidad del tratamiento médico para la curación, salvo supuestos en que sea de toda evidencia.

Como ocurriría también en los casos de colisiones por alcance causadas por no mantener la distancia de seguridad con el vehículo precedente al estar prevista expresamente en el art. 76 LTSV letra ñ) como infracción grave y de las que de ordinario, aun en el caso de colisiones a velocidad muy reducida, se derivan lesiones como el latigazo cervical o cervicalgia que requieren con habitualidad de tratamiento médico/rehabilitador.

Que la nueva regulación va a suponer elevar nuevamente la carga de trabajo de los Juzgados de Instrucción parece que está fuera de toda duda. La posibilidad de neutralizar esta próxima realidad con una práctica judicial que trate de reconducir a la imprudencia leve, —cuya despenalización se mantiene—, alguno de los supuestos que ahora viene entendiéndose sin dificultad que están englobados bajo el concepto de la imprudencia menos grave resulta en gran parte impedida con la interpretación auténtica que de este tipo de imprudencia se hace en los preceptos reformados y que acabamos de analizar.

No obstante, aun cuando no estén definitivamente consolidados sus contornos pues son todavía muy pocas las resoluciones dictadas en torno a la imprudencia menos grave, es más que posible que esta reforma provoque una interpretación más exigente de la nueva categoría de imprudencia introducida por la reforma de 2015, regresándose así al estado de cosas del que se hizo eco la Instrucción 3/2006 FGE, que se refirió, bajo la vigencia de la regulación precedente, a «la existencia de una práctica extendida dirigida a relegar al ámbito de la jurisdicción de faltas la mayoría de las muertes y lesiones causadas en accidentes de tráfico, reservando la calificación de delito para aquellos casos en que se detecta *ab initio* un elemento de riesgo nítidamente delictivo como una especial o flagrante temeridad o la influencia del alcohol en la conducción».

Como se dijo en los comentarios al art. 142.2.º, algún margen interpretativo de contención deja la reforma a través del último inciso recogido en el criterio hermenéutico del concepto de imprudencia menos grave al exigir para estimar ésta que «la entidad» (relevancia) de la infracción administrativa de tráfico sea apreciada por el Juez o el Tribunal.

**Art. 152 bis.** En los casos previstos en el número 1 del artículo anterior, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente la pena superior en un grado, en la extensión que estime conveniente, si el hecho revistiere notoria gravedad, en atención a la singular entidad y relevancia del riesgo creado y del deber normativo

**de cuidado infringido, y hubiere provocado lesiones constitutivas de delito del artículo 152.1.2.º o 3.º a una pluralidad de personas, y en dos grados si el número de lesionados fuere muy elevado.**

Idénticos comentarios suscita este nuevo precepto introducido por la reforma de la LO 2/2019 que los que fueron vertidos en torno al art. 142 bis, a los que nos remitimos íntegramente con las siguientes puntualizaciones:

En el caso de las lesiones, siempre referidas a las previstas en los arts. 149 y 150, se requiere para la posibilidad de elevar las penas en un grado (tanto la de prisión como las privativas de derechos) que resulte una «pluralidad de lesionados» y en dos grados que el número de lesionados «fuera muy elevado».

El concepto de «pluralidad de personas», referido a lesionados en el precepto comentado, podría interpretarse que basta para su aplicación con que sea solo más de una persona la que se vea afectada en su integridad física como consecuencia del hecho, es decir, dos o más, como en el caso de fallecidos para elevar la pena en un grado (art. 142 bis). La valoración que nos merece el criterio del número de víctimas «muy elevado» y su interpretación ya fue objeto de comentario en el art. 142 bis.

En cuanto al aspecto competencial del órgano de enjuiciamiento, en los casos del art. 152 bis la exasperación punitiva no superará los 5 años de prisión ni los 10 años la pena privativa de derechos, salvo en el supuesto de que el número de personas con lesiones del art. 149 fuera muy elevado en cuyo caso es posible aumentar la pena tipo (que es de uno a 3 años de prisión: art. 152.1, 2.º) en dos grados pudiendo entonces alcanzar la pena en abstracto imponible los 6 años y 9 meses de prisión, con lo que excedería también de la competencia de los Juzgados de los Penal.

**Art. 156 bis. 1. Los que de cualquier modo promovieren, favorecieren, facilitaren, publicitaren o ejecutaren el tráfico de órganos humanos serán castigados con la pena de prisión de 6 a 12 años tratándose del órgano de una persona viva y de prisión de 3 a 6 años tratándose del órgano de una persona fallecida.**

**A estos efectos, se entenderá por tráfico de órganos humanos:**

**a) La extracción u obtención ilícita de órganos humanos ajenos. Dicha extracción u obtención será ilícita si se produce concurriendo cualquiera de las circunstancias siguientes:**

**1.ª que se haya realizado sin el consentimiento libre, informado y expreso del donante vivo en la forma y con los requisitos previstos legalmente;**

**2.ª que se haya realizado sin la necesaria autorización exigida por la ley en el caso del donante fallecido,**

**3.ª que, a cambio de la extracción u obtención, en provecho propio o ajeno, se solicitare o recibiere por el donante o un tercero, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase o se aceptare ofrecimiento o promesa. No**

se entenderá por dádiva o retribución el resarcimiento de los gastos o pérdida de ingresos derivados de la donación.

b) La preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos ilícitamente extraídos.

c) El uso de órganos ilícitamente extraídos con la finalidad de su trasplante o para otros fines.

2. Del mismo modo se castigará a los que, en provecho propio o ajeno:

a) solicitaren o recibieren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase, o aceptaren ofrecimiento o promesa por proponer o captar a un donante o a un receptor de órganos;

b) ofrecieren o entregaren, por sí o por persona interpuesta, dádiva o retribución de cualquier clase a personal facultativo, funcionario público o particular con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados, con el fin de que se lleve a cabo o se facilite la extracción u obtención ilícitas o la implantación de órganos ilícitamente extraídos.

3. Si el receptor del órgano consintiere la realización del trasplante conociendo su origen ilícito será castigado con las mismas penas previstas en el apartado 1, que podrán ser rebajadas en uno o dos grados atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable.

4. Se impondrán las penas superiores en grado a las previstas en el apartado 1 cuando:

a) se hubiera puesto en grave peligro la vida o la integridad física o psíquica de la víctima del delito.

b) la víctima sea menor de edad o especialmente vulnerable por razón de su edad, discapacidad, enfermedad o situación.

Si concurrieren ambas circunstancias, se impondrá la pena en su mitad superior.

5. El facultativo, funcionario público o particular que, con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo, realizare en centros públicos o privados las conductas descritas en los apartados 1 y 2, o solicitare o recibiere la dádiva o retribución a que se refiere la letra b) de este último apartado, o aceptare el ofrecimiento o promesa de recibirla, incurrirá en la pena en ellos señalada superior en grado y, además, en la de inhabilitación especial para empleo o cargo público, profesión u oficio, para ejercer cualquier profesión sanitaria o para prestar servicios de toda índole en clínicas, establecimientos o consultorios, públicos o privados, por el tiempo de la condena. Si concurriere, además, alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4, se impondrán las penas en su mitad superior.

A los efectos de este artículo, el término facultativo comprende los médicos, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de

la condena, cuando el culpable perteneciere a una organización o grupo criminal dedicado a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4, se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5, se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

Cuando se tratare de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o grupos, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado. En todo caso se elevará la pena a la inmediatamente superior en grado si concurriera alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 o la circunstancia prevista en el apartado 5.

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido.

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.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en este artículo se castigarán con la pena inferior en uno a dos grados a la que corresponde, respectivamente, a los hechos previstos en los apartados anteriores.

9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 177 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos.

10. Las condenas de jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en este artículo producirán los efectos de reincidencia, salvo que el antecedente penal haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español.

SUMARIO. I. INTRODUCCIÓN. II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. III. SUJETOS DEL DELITO. IV. CONDUCTA TÍPICA. V. EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO. VI. NATURALEZA Y ASPECTOS CONCURSALES. VII. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS. VIII. CUESTIONES PROCESALES.

## I. INTRODUCCIÓN

El tratamiento cada vez más eficaz de enfermedades potencialmente mortales mediante el trasplante de órganos humanos ha sido uno de los avances más sobresalientes de la ciencia médica de las últimas décadas. La cirugía sustitutiva ha elevado enormemente las expectativas de vida de los pacientes trasplantados y se ha convertido en una intervención quirúrgica casi rutinaria en muchos hospitales.

Sin embargo, el incesante incremento de la demanda para acceder a estas terapias, como resultado de su progresiva mejora y eficacia, ha provocado correlativamente como efecto directo una escasez en la oferta de órganos disponibles para los trasplantes y con ello también en muchas ocasiones una angustiada espera de sus posibles receptores acuciados por la necesidad de acceder a un órgano vital.

En este contexto han surgido nuevas actividades ilícitas relacionadas entre sí como la trata de personas en situación de vulnerabilidad y el tráfico de órganos humanos, que lesionan y ponen en peligro no solo bienes y derechos esenciales del individuo, sino también relevantes intereses colectivos como la salud pública.

Por alcanzar este fenómeno delictivo, —muchas veces desarrollado por tramas criminales organizadas—, una dimensión trasfronteriza y globalizada, la comunidad internacional ha reaccionado con diferentes instrumentos jurídicos en los que se insta a los Estados a introducir en sus legislaciones internas las modificaciones necesarias, especialmente en el ámbito represivo, para una eficaz persecución y castigo de estas conductas.

Con ese fin, en nuestro ordenamiento jurídico, la reforma de la LO 5/2010, 22 jun., introdujo el delito de tráfico de órganos, justificándose en su Exposición de Motivos en la proliferación de la conducta así como en las peticiones de punición procedentes de diversos foros internacionales, concretamente los pronunciamientos de la Organización Mundial de la Salud sobre la materia, y la denominada «Declaración de Estambul», documento resultante de la Cumbre internacional sobre turismo de trasplantes y tráfico de órganos celebrada en Estambul en 2008.

Posteriormente, ya avanzando en ese objetivo, la reciente reforma de la LO 1/2019, 20 feb., como expresa su Preámbulo, adapta el régimen jurídico de la prevención y persecución del delito de tráfico de órganos humanos a las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos, abierto a la firma en Santiago de Compostela el 25 mar. de 2015, el cual constituye la última iniciativa internacional en el ámbito del Consejo de Europa en la lucha contra el tráfico de órganos humanos. Con este propósito se procede a una más clara delimitación de las conductas típicas, se agravan las penas en supuestos de especial reproche y se explicitan los supuestos de actuación de organización o grupo criminal de forma análoga al tratamiento en estos supuestos del delito de trata de seres humanos, incluyendo, además, la agravante de reincidencia internacional.

## II. BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

Se discute en la doctrina cual sea el bien jurídico protegido por el delito tipificado en el art. 156 bis del CP. Algunos autores entienden que es la salud física del donante o la dignidad de la persona, como bienes jurídicos individuales, mientras que otros consideran que el interés tutelado es la salud pública o el correcto funcionamiento del sistema nacional de trasplantes, o incluso ambas cosas a la vez concibiéndolo como delito pluriofensivo, sin que falten quienes estiman que el nuevo delito carece de un bien jurídico propio, cuestionando incluso la necesidad de su expresa tipificación.

La ubicación del precepto en el Título dedicado a las lesiones es el argumento de mayor peso para defender que estamos ante un delito tipificado para proteger la salud personal. Sin embargo, el hecho de que se sancionen, además de las conductas dirigidas a la extracción y obtención ilegal de órganos humanos, —que son las que inciden en la salud del donante—, otros comportamientos como la preparación, preservación, alma-

cenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación de órganos que tienen lugar con posterioridad a la extracción, es lo que permite sostener que, más allá de la tutela de la salud personal, el delito que comentamos protege también la salud pública y el propio sistema de trasplante de órganos, concebido sobre los principios de gratuidad, altruismo, solidaridad y acceso universal.

Esta última es la posición que mantiene la STS 710/2017, 27 oct. que lo concibe como un delito pluriofensivo al decir que:

«El tipo penal introducido en el año 2010 no trata solamente de proteger la salud o la integridad física de las personas, sino que el objeto de protección va más allá destinado a proteger la integridad física, desde luego, pero también las condiciones de dignidad de las personas, evitando que las mismas por sus condicionamientos económicos puedan ser cosificadas, tratadas

como un objeto detentador de órganos que, por su bilateralidad o por su no principalidad, pueden ser objeto de tráfico. Y también el propio sistema nacional de trasplantes (Ley 30/1979 y RRDD 2070/1999 y 1301/2006), que establece un sistema, nacional, altruista y solidario para la obtención y distribución de órganos para su trasplante a enfermos que lo necesiten».

La reforma de 2019 apunta también en esa dirección. La expresa referencia que puedan ser objeto del delito los órganos de personas fallecidas como prevé el art. 13.1 de la Directiva 2010/45/UE y el art. 4.1 del Convenio del Consejo de Europa de 2015, la tipificación de un amplio elenco de conductas posteriores a la propia extracción u obtención del órgano, o la desaparición de la distinción a efectos de pena entre órgano principal o no principal, reforzarían la tesis de la extensión del objeto de la tutela penal más allá de la salud o de la integridad física individual.

### III. SUJETOS DEL DELITO

Sujeto activo podrá ser cualquier persona, física o jurídica, incluido el receptor y con exclusión en todo caso del titular del órgano objeto de tráfico al exigir el precepto su ajenidad. Adecuada justificación encuentra la previsión expresa de la posibilidad de que una persona jurídica pueda intervenir y responder de la comisión del delito que comentamos ante la existencia de empresas que pueden dedicarse a participar en el llamado «turismo de trasplantes» que expresamente contempla y define la Declaración de Estambul de 2008.

El sujeto pasivo será el donante, aun cuando preste su consentimiento, el cual no excluye la tipicidad de la conducta al llevarse a cabo la extracción u obtención del órgano fuera de los casos permitidos por las leyes (art. 156 CP), sin perjuicio de la posible atenuación de la pena correspondiente por el delito de lesiones que pudiera apreciarse (art. 155 CP) en concurso ideal-medial con el de tráfico de órganos humanos.

La dimensión supraindividual del bien jurídico protegido consiente considerar también sujeto pasivo de este delito a la colectividad social integrada por el número indeterminado de potenciales receptores de órganos humanos, así como al sistema estatal de salud. El carácter colectivo del interés tutelado permitirá apreciar un solo delito de tráfico de órganos humanos aun cuando en los comportamientos típicos se vean implicados órganos de diferentes personas.

#### IV. CONDUCTA TÍPICA

Siendo una de las principales críticas de la doctrina la indeterminación de las conductas típicas descritas en el precepto, la reforma de la LO 1/2019, como expresa su Preámbulo, procede a una delimitación más precisa de aquellas. El delito en la nueva redacción consiste en promover, favorecer, facilitar, publicitar o ejecutar, de cualquier modo, el tráfico de órganos humanos, utilizando así el legislador una fórmula lo suficientemente amplia como para poder incluir en su tenor literal cualquier conducta relacionada con una actividad —el tráfico de órganos— cuyo ámbito y contenido más adelante el propio precepto termina de perfilar.

Esta opción legislativa supone, en primer lugar, dificultar extraordinariamente la apreciación de formas de participación en la comisión de este delito, pero también equiparar a efectos de pena conductas en sí mismas muy distintas (así, la extracción del órgano con la mera publicidad del tráfico), poniéndose de esta forma el acento en el desvalor de la acción y no del resultado. Se castiga como autoría cualquier forma de participación en la conducta típica, incluidas las que se llevan a cabo mediante actos de cooperación no necesaria y se eleva a la categoría de delito consumado lo que no son más que simples actos preparatorios.

A diferencia de la regulación anterior, ahora se sancionan hasta cinco conductas distintas referidas a una sola actividad: el tráfico de órganos humanos, cuyo concepto luego se concreta. La redacción precedente ligaba los comportamientos típicos —que la reforma amplía con la ejecución material— al trasplante del órgano como acto final del proceso tras su obtención y tráfico, que ahora puede tener cualquier otro destino diferente a ser trasplantado.

Los tres primeros verbos típicos son coincidentes con los utilizados en el delito contra la salud pública del art 368 del CP y deben ser interpretados en los mismos términos, abarcando por tanto cualquier acción con la que se contribuya o se haga posible aun potencialmente y de cualquier forma el tráfico ilegal de órganos humanos. Publicitar no sería más que dar a conocer o promocionar la actividad ilícita mediante su publicidad, y ejecutar, —conducta introducida con la reforma de 2019—, consistiría en realizar, materializar o llevar a cabo el tráfico ilícito a través de cualquiera de las acciones que conforman esa actividad y que luego se concretan. Conductas que según se prevé expresamente pueden llevarse a cabo de cualquier modo para colmar el juicio de tipicidad.

La nueva redacción describe lo que debe entenderse por tráfico de órganos humanos utilizando una fórmula omnicomprendiva de todo el ciclo o conjunto de secuencias que puede abarcar el proceso: a) la extracción u obtención ilícita del órgano; b) su preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación o exportación y, finalmente, c) su uso con fin de trasplante o de cualquier otro.

Siguiendo las previsiones del Convenio de Santiago de Compostela (art. 4) el carácter ilícito de la extracción u obtención del órgano humano ajeno viene determinado por la concurrencia de cualquiera de las circunstancias que el propio precepto se encarga de concretar, a saber: a) cuando falte el consentimiento del donante, que ha de ser libre,

expreso e informado y prestarse en la forma y con los requisitos establecidos legalmente; b) en los casos de ausencia de autorización exigida por la ley tratándose de donante fallecido y c) cuando se haya solicitado o recibido por el donante o un tercero, en provecho propio o ajeno, una dádiva o retribución de cualquier clase a cambio de la extracción u obtención del órgano, sin incluir en el concepto de aquélla, como venía entendiendo la doctrina, el resarcimiento de los gastos o pérdida de ingresos derivados de la donación.

Con el fin de englobar todas las actividades relacionadas con el proceso que media entre la extracción u obtención del órgano y su posterior uso son incluidas, siguiendo las indicaciones del Convenio (art.8), dentro del concepto de tráfico de órganos humanos ajenos ilícitamente obtenidos o extraídos, las conductas de preparación, preservación, almacenamiento, transporte, traslado, recepción, importación y exportación.

El uso del órgano puede ser tanto para su destino de ser trasplantado como para cualquier otro, por lo que quedarían aquí incluidos fines docentes, de investigación, para la extracción de tejidos y células o para la realización de rituales.

En el tipo básico del ap. primero se distingue, a efectos de pena, si se trata del órgano de una persona viva el que ha sido objeto de tráfico (6 a 12 años de prisión) o de una persona fallecida (de 3 a 6 años de prisión), y que son idénticas a las previstas en los tipos agravados de lesiones de los arts. 149 y 150 del CP y sorprendentemente elevadas para algunos autores.

El ap. segundo, en un intento estéril de abarcar todas las posibilidades de participación imaginables en esta actividad ilícita describe, a mi juicio innecesariamente, toda una serie de conductas presididas por el ánimo de obtener o procurar un provecho que pueden entenderse incluidas sin dificultad en la conjugación de los verbos típicos de promover, favorecer o facilitar el tráfico de órganos humanos recogidos en el tenor literal del ap. primero.

El ap. tercero regula el supuesto del receptor que consiente en la realización del trasplante conociendo su origen ilícito. Aunque, en principio, la pena es igual a la prevista en el ap. primero, la ley permite su rebaja en uno o dos grados, atendiendo a las circunstancias del hecho y del culpable. Parece claro que la atenuación de la pena encuentra su fundamento en un menor reproche culpabilístico, pues parece difícil exigir un comportamiento adecuado a derecho de una persona que padezca una grave enfermedad y encuentre su posibilidad de curación en un trasplante ilegal. El receptor es considerado en todo caso autor, tanto si promueve y/o participa en parte o en todo en el devenir del proceso en que consiste el tráfico del órgano que precisa, como si se limita a recibir el que se le ofrece, conociendo su origen ilícito, si bien el precepto prevé que, en atención a su grado de participación en el hecho y situación personal de necesidad, se le pueda imponer la pena inferior en uno o dos grados.

Siguiendo también las previsiones del Convenio de Santiago en su art. 13 y con importantes exacerbaciones punitivas (penas superiores en grado) los aps. 4, 5 y 6 del precepto recogen tipos agravados que son construidos tanto en atención a la menor edad

o vulnerabilidad de la víctima o al peligro para su vida o integridad física o psíquica como en atención al sujeto activo del delito.

Con la única salvedad de exigir la gravedad del peligro, sigue idéntica redacción la agravación del ap. 4.º a la utilizada en el delito de trata de seres humanos art. 177 bis a cuyos comentarios, consecuentemente, nos remitimos, al igual que con relación al tipo agravado de pertenecer el culpable a una organización o grupo criminal dedicado al tráfico ilícito de órganos humanos (ap. 6.º).

El ap. 5.º prevé la aplicación de la pena superior en grado, además de las correspondientes inhabilitaciones, para el facultativo, funcionario público o particular que con ocasión del ejercicio de su profesión o cargo realizare en centros públicos o privados las conductas típicas descritas en los aps. 1.º y 2.º, comprendiendo dentro del concepto de facultativo a «los médicos, personal de enfermería y cualquier otra persona que realice una actividad sanitaria o socio-sanitaria».

También, al igual que en art. 177 bis, el ap. 7.º del art. 156 bis fija las penas que proceden en el caso de que el delito sea cometido por una persona jurídica, observando de esta manera lo dispuesto en el art. 11 del Convenio, previendo la pena de multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido, y potestativamente, atendidas las reglas establecidas en el art. 66 bis, las penas recogidas en las letras b) a g) del ap. 7 del art. 33.

Finalmente, el ap. 8.º, cumpliendo las exigencias de los arts. 17 y 18 CP, prevé expresamente para el delito de tráfico de órganos humanos el castigo de las resoluciones manifestadas o actos preparatorios (conspiración, provocación y proposición) con la pena inferior en uno o dos grados a la del delito correspondiente. Supuestos difícilmente imaginables cuando se están sancionado ya como delito consumado la promoción, el favorecimiento y la facilitación, de cualquier modo, del tráfico de órganos humanos, donde podrán incluirse gran parte de lo que materialmente son simples actos preparatorios.

## V. EL OBJETO MATERIAL DEL DELITO

Las conductas descritas en el tipo penal han de tener por objeto órganos humanos, cuyo concepto se recoge en el art. 3.19 del RD 1723/2012, 28 dic., por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad, conforme al cual es órgano «aquella parte diferenciada del cuerpo humano constituida por diversos tejidos que mantiene su estructura, vascularización y capacidad para desarrollar funciones fisiológicas con un grado importante de autonomía y suficiencia. Son, en este sentido, órganos: los riñones, el corazón, los pulmones, el hígado, el páncreas, el intestino y cuantos otros con similar criterio puedan ser obtenidos y trasplantados de acuerdo con los avances científicos y técnicos. Se considera asimismo órgano, la parte de éste cuya función sea la de ser utilizada en el cuerpo humano con la misma finalidad que el órgano completo, manteniendo los requisitos de estructura y vascularización. A efectos de este real decreto, también se consideran órganos los tejidos compuestos vascularizados».

Este objeto material del delito permite excluir del ámbito de aplicación del precepto a los órganos de animales y también a las células y tejidos, a la sangre y productos de deshecho como la placenta o el cordón umbilical, pero no el tráfico de partes de órganos que puedan ser trasplantadas con la finalidad de ser utilizadas en el cuerpo humano con la misma función que el órgano completo, ni tampoco el de órganos de embriones o fetos ni el de procedentes de personas fallecidas, ahora expresamente previsto en la nueva redacción tras la reforma de la LO 1/2019.

Por lo demás, la ajenidad predicada en la descripción típica respecto del órgano humano determina, como vimos, que nunca podrá ser sancionado por estas conductas el donante, aun cuando se solicitare o recibiere por éste dádiva o retribución a cambio de la extracción u obtención del órgano. Incluso en el caso de que estas conductas se llevaran a cabo dentro de los supuestos permitidos por la ley, la posterior comercialización lucrativa del órgano por el donante que lo vende por necesidad no generaría responsabilidad penal para éste, pero sí para quien efectuare el ofrecimiento, la promesa o la entrega de la dádiva o retribución al convertirse en este caso la extracción u obtención en ilícita según el tenor literal del art. 156 bis 1 a), 3.º.

Finalmente, resaltar que tras la reforma de 2019, en la línea de acentuar el carácter colectivo del interés tutelado por el delito, se prescinde de la distinción antes establecida a efectos de pena, como se hace en los delitos de lesiones (arts. 149 y 150), entre órgano principal y no principal, distinguiéndose ahora a ese fin según se trate del órgano de una persona viva o fallecida. No obstante, las penas previstas en el art. 156 bis son las mismas que las establecidas para los delitos de lesiones según afecte a un órgano principal (art. 149) o no principal (art. 150).

## VI. NATURALEZA Y ASPECTOS CONCURSALES

Nos encontramos en su modalidad básica ante un delito de peligro abstracto pues el legislador, como dice la exposición de motivos de la LO 5/2010, adelanta en relación con esta actividad delictiva las barreras de intervención,

«Ya que se tipifican conductas de promoción y favorecimiento del tráfico que constituyen en realidad actos preparatorios o de complicidad castigados con la misma pena que la causación efectiva de las lesiones graves».

Se sancionan así conductas que ponen en riesgo todo el proceso normativizado (Ley 30/1979, 27 oct., RD 2070/1999, 30 dic., RD 1723/2012, 28 dic.) que transcurre desde la extracción hasta el trasplante del órgano, por lo que se consideran delictivas no solo las acciones que determinan la producción de un resultado material (de extracción u obtención ilícita) sino también de todas aquellas que con carácter previo o posterior pueden alterar las condiciones esenciales de seguridad y calidad en que se desarrolla ese proceso.

Es también un delito de mera actividad y no de resultado, por lo que no admite formas imperfectas de ejecución, rechazando la tentativa la STS 710/2017. La realización de cualquiera de las conductas descritas en el tipo determina la consumación.

De producirse el resultado con la extracción ilícita del órgano, se plantearía la relación de este delito con el de lesiones o, en su caso, con el de homicidio, tratándose de donante vivo, o con el de profanación de cadáveres (art. 526 CP), en caso de persona fallecida, debiendo estimarse el concurso de delitos en su modalidad ideal o medial pues abarcar el total desvalor de la conducta requiere sancionar tanto la situación de peligro para la salud pública creada como el quebranto de la salud del donante o la ofensa a la memoria debida a los muertos. No obstante, no faltan opiniones que entienden que debería estimarse un concurso real de delitos.

En todo caso, el nuevo ap. 9.º del art. 156 bis establece que las penas previstas en ese artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan por los demás delitos efectivamente cometidos.

Expresamente se refiere el precepto al art. 177 bis cuyo párr. 1.º, letra c) castiga la trata de seres humanos con la finalidad de extracción de sus órganos corporales. Entre estos dos delitos algunos autores han defendido la existencia de un concurso medial, por cuanto la trata es un delito instrumental para la posterior extracción ilegal de órganos de la víctima. Otros, en cambio, entienden que existirá un concurso de normas a resolver en favor del art. 177 bis por el criterio de la especialidad. La trata de seres humanos con fines de extracción de órganos es una forma de favorecer o facilitar su tráfico ilegal por lo que el total desvalor de la conducta quedaría cubierto con la aplicación de uno solo de los tipos penales. Para la Circular 5/2011 FGE el nuevo delito de tráfico ilegal de órganos en muchos casos podría generar un concurso aparente de normas con el de trata de seres humanos, a resolver por el cauce del artículo 8.4 CP (criterio de la alternatividad) en atención a las penas que fueran imponibles.

## VII. CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS

De concurrir un peligro inminente para la vida del enfermo podría estimarse la circunstancia eximente de la responsabilidad penal de estado de necesidad recogida en el art. 20.5 del CP ya que, en este caso, el mal que se trata de evitar (el fallecimiento del receptor) debe considerarse de mayor rango que el causado poniendo en peligro la salud del donante o actuando al margen de la legalidad en materia de trasplantes de tratarse de un órgano de persona fallecida o faltando al respeto debido a su memoria. No obstante, tratándose de un órgano procedente de donante vivo, a pesar de ser de distinto nivel los bienes en conflicto, ambos, la vida y la salud, son esenciales de la persona, por lo que resulta muy discutible la apreciación de esta causa de justificación cuando, además, se está castigado en el propio precepto al tercero enfermo (receptor del órgano) cuya vida se trataría de salvar con el trasplante.

Rechazó la estimación de la eximente la SAP Barcelona 793/2016, 13 oct. debido al buen estado de salud del potencial receptor destinatario del órgano «que dos años después está en diálisis y no ha empeorado», lo que fue ratificado por la citada STS 710/2017 por cuanto para apreciar dicha circunstancia se requiere que el sacrificio del bien jurídico protegido por la norma sea ineludible al no existir otras alternativas que permitan evitar

ese mal, siendo así que es el propio ordenamiento y el sistema de salud pública el que ofrece esas alternativas:

«No siendo admisible una actuación por vía de hecho dirigida a procurarse un órgano a espaldas del ordenamiento y de los principios que lo informan y que dan razón de ser al sistema público de trasplantes diseñado según los principios básicos de actuación de altruismo, gratuidad, solidaridad y objetividad en la asignación de los órganos para el trasplante».

No obstante, se prevé, como vimos, respecto del receptor del órgano en el ap. 3.º del precepto, la posibilidad de imponer la pena inferior en uno o dos grados, en atención a las circunstancias del hecho y del culpable, con unos efectos punitivos por tanto idénticos al previsto para las eximentes incompletas en el art. 68 del CP.

Siguiendo lo previsto en el art. 14 del Convenio y en los mismos términos en que lo está para el delito de trata de seres humanos (párr. 10.º del art. 177 bis), después de la reforma de la LO 1/2019 el art. 156 bis en su último párr. otorga los efectos de la reincidencia a las condenas de los jueces o tribunales extranjeros por delitos de la misma naturaleza que los previstos en dicho precepto, salvo que el antecedente haya sido cancelado o pueda serlo con arreglo al Derecho español. Previsión de la reincidencia internacional que aparece ya contemplada con alcance general en el art. 22. 8.º CP, aunque limitada a las condenas impuestas en los Estados de la UE, tras su reforma por la LO 1/2015.

#### VIII. CUESTIONES PROCESALES

A diferencia del delito de trata del art. 177 bis, el tráfico de órganos no está sujeto al principio de universalidad en la extensión de la jurisdicción española para su persecución y castigo, salvo que impliquen Trata y en todo caso en los supuestos previstos en los tratados ratificados por España o en actos normativos de una Organización Internacional de la que España sea parte (art. 23.4.º, d LOPJ).

En el caso de receptores españoles que acuden a otros países, habitualmente del Tercer Mundo, en busca de un órgano en el llamado «turismo de trasplantes» el delito solo podrá ser aplicado por la jurisdicción española cuando concurren los requisitos del art. 23.2.º. LOPJ, sin perjuicio de la persecución por los actos previos de preparación que pudieran haberse llevado a cabo en territorio nacional como conductas de favorecimiento o facilitación del tráfico de órganos.

Por lo demás, el delito del art. 156 bis no está sometido al control de la doble tipificación por los jueces y tribunales españoles a los efectos del reconocimiento y ejecución de las resoluciones judiciales dictadas en un Estado miembro de la UE en relación con el expresado delito de conformidad con lo establecido en el art. 20 de la L. 23/2014, 20 nov. Recordar, finalmente, que en relación con la investigación de estos delitos el art. 282 bis,4 a) LECrim autoriza la utilización del agente encubierto.

## HELENA PRIETO GONZÁLEZ

**Art. 284. 1.** Se impondrá la pena de prisión de 6 meses a 6, multa de 2 a 5 años, o del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido, o de los perjuicios evitados, si la cantidad resultante fuese más elevada, e inhabilitación especial para intervenir en el mercado financiero como actor, agente o mediador o informador por tiempo de 2 a 5 años, a los que:

1.º Empleando violencia, amenaza, engaño o cualquier otro artificio, alterasen los precios que hubieren de resultar de la libre concurrencia de productos, mercancías, instrumentos financieros, contratos de contado sobre materias primas relacionadas con ellos, índices de referencia, servicios o cualesquiera otras cosas muebles o inmuebles que sean objeto de contratación, sin perjuicio de la pena que pudiere corresponderles por otros delitos cometidos.

2.º Por sí, de manera directa o indirecta o a través de un medio de comunicación, por medio de internet o mediante el uso de tecnologías de la información y la comunicación, o por cualquier otro medio, difundieren noticias o rumores o transmitieren señales falsas o engañosas sobre personas o empresas, ofreciendo a sabiendas datos económicos total o parcialmente falsos con el fin de alterar o preservar el precio de cotización de un instrumento financiero o un contrato de contado sobre materias primas relacionado o de manipular el cálculo de un índice de referencia, cuando obtuvieran, para sí o para tercero, un beneficio, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) que dicho beneficio fuera superior a 250.000 euros o se causara un perjuicio de idéntica cantidad;

b) que el importe de los fondos empleados fuera superior a 2.000.000 euros;

c) que se causara un grave impacto en la integridad del mercado.

3.º Realizaren transacciones, transmitieren señales falsas o engañosas, o dieren órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios falsos o engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero, un contrato de contado sobre materias primas relacionado o índices de referencia, o se aseguraren, utilizando la misma información, por sí o en concierto con otros, una posición dominante en el mercado de dichos instrumentos o contratos con la finalidad de fijar sus precios en niveles anormales o artificiales, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

a) que como consecuencia de su conducta obtuvieran, para sí o para tercero, un beneficio superior a 250.000 euros o causara un perjuicio de idéntica cantidad;

b) que el importe de los fondos empleados fuera superior a 2.000.000 euros;

c) que se causara un grave impacto en la integridad del mercado.

2. Se impondrá la pena en su mitad superior si concurriera alguna de las siguientes circunstancias:

**1.<sup>a</sup> Que el sujeto se dedique de forma habitual a las anteriores prácticas abusivas.**

**2.<sup>a</sup> Que el beneficio obtenido, la pérdida evitada o el perjuicio causado sea de notoria importancia.**

**3. Si el responsable del hecho fuera trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, entidad de crédito, autoridad supervisora o reguladora, o entidad rectora de mercados regulados o centros de negociación, las penas se impondrán en su mitad superior.**

SUMARIO: I. LAS MANIOBRAS ENCAMINADAS A LA ALTERACIÓN MALICIOSA DEL PRECIO DE LOS BIENES OBJETO DE CONTRATACIÓN. 1. La conducta del art. 284.1.1.º. 2. La manipulación informativa del mercado de valores (*information based manipulation*): art.284.1.2.º. 3. La manipulación operativa del mercado de valores (*market based manipulation*): art. 284.1.3.º. 4. Agravantes específicas del art. 284.2 y 284.3.

#### I. LAS MANIOBRAS ENCAMINADAS A LA ALTERACIÓN MALICIOSA DEL PRECIO DE LOS BIENES OBJETO DE CONTRATACIÓN

Este precepto ha experimentado ya tres reformas que han modificado la redacción originaria que al mismo dio la LO 10/1995: la primera de ellas operada por la LO 15/2003, 25 nov., que simplemente eleva la pena de multa que pasa de ser de 6 a 18 meses, a serlo de 12 a 24 meses; la segunda, la operada por la LO 5/2010, de 22 jun., que incrimina específicamente la manipulación informativa (*information based manipulation*) y operativa (*market based manipulation*) del mercado de valores y elimina en la enumeración de medios para la consecución del propósito delictivo del ap. primero, la difusión de noticias falsas y el empleo de información privilegiada; y la tercera operada por la LO 1/2019, 20 feb. y que entró en vigor el pasado 13 marz. que transpone al Derecho español la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 abr. de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado.

Antes de entrar en el estudio de los distintos tipos penales, repasemos brevemente las exigencias de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo en relación con los tipos penales de abuso de mercado que comprenden los delitos de abuso de información privilegiada y las dos formas de manipulación —informativa y operativa—. En primer lugar, la Directiva proporciona un criterio interpretativo claro con respecto a los valores a que debe aplicarse: valores admitidos o para los que se haya solicitado la admisión a negociación en un mercado regulado; en un sistema multilateral de negociación (SMN); o en un sistema organizado de contratación (SOC) y cualquier instrumento o valor no comprendido entre los anteriores pero cuyo precio o valor dependa de ellos o se vea afectado por ellos.

En cuanto a los tipos penales, la Directiva obliga a los EEMM a establecer sanciones penales para los casos graves de operaciones con información privilegiada, manipulación de mercado y comunicación ilícita de información privilegiada cuando se hayan cometido intencionadamente.

Ofrece además una serie de criterios para valorar la gravedad de la conducta que no pretenden ser un *numerus clausus* y que en el abuso y comunicación ilícita de información privilegiada son: el impacto que la conducta haya tenido en la integridad del mercado; el beneficio derivado real o potencial; o las pérdidas evitadas; la importancia del daño causado al mercado o el valor general de los instrumentos financieros, entre otros. Añade a esta lista el hecho de que la infracción se haya cometido en el marco de una organización delictiva o que la persona haya cometido esa infracción previamente.

En el caso de la manipulación de mercado los criterios que ofrece la Directiva son: el impacto que la conducta haya tenido en la integridad del mercado; el beneficio derivado real o potencial; o las pérdidas evitadas; la importancia del daño causado al mercado; el nivel de la alteración del valor del instrumento financiero; o el importe de los fondos utilizados inicialmente. Añade a esta lista el hecho de que la manipulación se haya cometido por una persona empleada o que trabaje en el sector financiero o en una autoridad supervisora o reguladora.

Obliga la Directiva a considerar punible la tentativa y la inducción y complicidad.

Con respecto a las penas, se prevé una penalidad mínima de 4 años de privación de libertad para el delito de abuso de información privilegiada y manipulación de mercados y 2 para la comunicación ilícita de información privilegiada. También exige que se establezcan obligatoriamente sanciones para las personas jurídicas aunque no obliga a que tengan naturaleza penal.

Se establecen unos mínimos respecto al reproche penal de estos comportamientos pero los Estados son libres de establecer normas penales más estrictas incriminando, por ejemplo, la imprudencia y de transformar en delito infracciones que el Reglamento de abuso de mercado dispone que se sancionen al menos administrativamente.

Con respecto a la específica redacción de los tipos delictivos, en el caso del delito de abuso de información privilegiada, se exige la ampliación del círculo de posibles sujetos responsables, dado que el actual art. 285 sólo considera posible sujeto activo al que haya tenido acceso reservado a la información con ocasión del ejercicio de la actividad profesional o empresarial. Por otro lado, se exige la utilización del concepto de información privilegiada y no el de información relevante, debiendo ser interpretado el mismo a la luz del art. 7 del Reglamento de abuso de mercado como dispone el art. 2 de la Directiva. También se exige la concreción del significado del verbo típico «usar» que debe incluir las siguientes conductas: adquirir, transmitir o ceder precisamente el instrumento financiero al que la información se refiere o cancelar o modificar una orden sobre ese mismo instrumento antes de conocer la información o presentar, modificar o retirar una oferta sobre derechos de emisión u otros productos basados en ellos con base en esa información.

Además, también debe incluirse expresamente la recomendación en los términos del art. 3 de la Directiva.

En cuanto al suministro de información privilegiada al que la Directiva se refiere como comunicación ilícita, considerándolo un comportamiento más leve que el abuso de

información privilegiada, también se exige la ampliación del círculo de posibles sujetos activos en la forma que establece su art. 3.3.

Con respecto al tipo de manipulación informativa de mercados la Directiva no exige en todo caso que la difusión de información que transmita señales falsas o engañosas se haga con el fin de alterar el precio de un valor. Por otro lado, incluye una referencia específica a la difusión falsa o engañosa que suponga la manipulación del cálculo de un índice de referencia, cuya tipificación específica aunque venga explicada por el escándalo del LIBOR no es en absoluto necesaria.

Por último, en la manipulación operativa tampoco se exige en todo caso el uso de información privilegiada. Es cierto que es muy frecuente que los esquemas corporativos de manipulación de mercado se diseñen precisamente haciendo uso de la información privilegiada que se posee pero no tiene que ser forzosamente así. Por otro lado, también se exige que se amplíen las modalidades comisivas del *Price fixing* que no pueden quedar limitadas al *Price positioning* porque la fijación de precios puede realizarse de manera que no se requiera un abuso de posición dominante, siendo conducta conocida como *Price fixing* sea delictiva la fijación de los precios debe efectuarse mediante la adopción de una posición dominante (*Price positioning*). El *Price positioning* es sólo una de las formas en que puede cometerse el *Price fixing* y la Directiva no permite esta limitación de modalidades comisivas

### 1. La conducta del art. 284.1.1.º

El antecedente del ap. primero de este precepto ahora modificado por la LO 1/2019, 20 feb., se encuentra en el antiguo art. 540 CP de 1973 —delito de maquinaciones para alterar el precio de las cosas—. No obstante, el legislador del CP de 1995 estimó oportuna la creación de un tipo con sustantividad propia —art. 262—, de capítulo específico —Cap. VIII del mismo Tít. XIII—, relativo a la alteración de precios cuando ésta se produce en concursos y subastas públicas, materia ésta tradicionalmente incluida en el viejo art. 539 CP de 1973. Esa relocalización sistemática de una de las formas y de uno de los escenarios de la maquinación, diversifica el tratamiento penal de conductas teleológicamente afines, siendo probable que la ubicación del art. 262 CP pretenda ser explicada desde la mayor intensidad de la ofensa cuando ésta —de ahí su mayor pena— se desarrolla en una subasta a la que no es ajeno el interés público.

En su configuración original la *acción típica* eliminaba de su descripción tradicional el uso de «cualquier otra maquinación» e incorporaba entre las posibles conductas mediales para el logro del propósito delictivo, el empleo de *información privilegiada* que la reforma de la LO 15/2003 eliminó. Ahora la LO 1/2019 recupera una expresión equivalente a aquella referencia genérica y residual a «cualquier otra maquinación» criticada por la jurisprudencia desde la perspectiva de la *lex certa* (STS600/2007, 11 sep.), utilizando otra similar: «cualquier otro artificio».

La LO 1/2019 sustituye la fórmula de mera actividad «intentaren alterar los precios» por la de resultado «alterasen los precios», por lo que para entender consumado el delito

ahora será necesario probar la realidad de la alteración, lo que en la práctica se traducirá en la necesidad de una pericial que ponga en conexión la violencia, amenaza, engaño o el artificio utilizados con la variación de los precios

La jurisprudencia ha considerado, por ejemplo, en un supuesto relativo a un concurso público, que la ficción desplegada por los acusados, haciendo creer que se cumplían los requisitos administrativos atinentes a las empresas licitadoras, cuando en realidad existía connivencia entre ellas, alterándose así las leyes del mercado al impedir la participación de otras empresas independientes, colma las exigencias del medio comisivo del engaño exigido por el tipo (STS 575/2004, 11 may.). La ficción de crear apariencia de concurrencia entre las empresas licitadoras en concursos públicos aparece frecuentemente como medio comisivo en la jurisprudencia (STS 504/2003, 2 abr.).

El bien jurídico protegido no es el patrimonio particular de una persona en concreto sino la libre formación de los precios según las leyes del mercado (STS 575/2004, 11 may.), de ahí que la pena prevista lo sea sin perjuicio de las que podrían corresponder por otros delitos cometidos.

La doctrina ha señalado que el comportamiento debe revestir una cierta gravedad y ha de ser idóneo para afectar a los precios del mercado, de manera que la manipulación tiene que tener un alcance general, no siendo suficiente con la alteración del precio en una operación concreta o aislada, sino que debe tratarse de conductas que pongan en peligro el funcionamiento del sistema (STS 1493/1983, 11 nov.).

Como ya anticipábamos al analizar la Directiva, se introduce una mención específica a los contratos de contado sobre materias primas relacionadas con instrumentos financieros y a los índices de referencia que no era necesaria pero que encuentra su justificación en el escándalo del LIBOR que estalló en el año 2012 y afectó a la Asociación de Banqueros Británicos.

Por último, en cumplimiento de lo dispuesto por la Directiva 2014/57/UE (art. 7.2), que exige a los Estados miembros que estas conductas se castiguen con una sanción máxima de privación de libertad de al menos 4 años, se sustituye el carácter alternativo de las penas de prisión y multa por un nuevo criterio acumulativo que garantice, en todo caso, la imposición de una pena de prisión y se eleva el límite máximo de la pena de prisión aparejada a este delito de los 2 a los 6 años (por encima del mínimo de 4 años exigido por la Directiva 2014/57/UE).

## 2. **La manipulación informativa del mercado de valores (*information based manipulation*): art. 284.1.2.º**

El delito de manipulación informativa de valores junto con el de manipulación operativa (*market based manipulation*) y el delito de uso de información privilegiada (*insider trading*) constituye lo que se denomina abuso de mercado (*market abuse*).

La normativa penal que ha sido recientemente adaptada a las exigencias de la MAD (*Market Abuse Directive*) por la LO 1/2019 debe ser interpretada a la luz de la normativa

administrativa existente en la materia (LMV y Reglamento sobre abuso de mercado de 16 abr. de 2014).

La manipulación informativa se tipifica en el art. 284.2 y tiene su origen en la Directiva 2003/6/CE de abuso de mercado derogada por el nuevo Reglamento de 2014. La nueva redacción de la manipulación informativa tras la reforma de la LO 1/2019 mantiene su condición de delito de resultado aunque limitado a la obtención de un beneficio indeterminado y no a la causación de un perjuicio, redefiniéndolo bajo 3 modalidades comisivas vinculadas a la concurrencia alternativa de 3 circunstancias: 2 de resultado «a» y «c» y 1 de medio comisivo «b»<sup>1</sup>.

Si bien una interpretación coherente con el concepto de beneficio empleada por la redacción anterior (beneficio económico) y el uso que se le da al concepto beneficio en la redacción de los nuevos artículos de delitos relativos al mercado y a los consumidores, llevaría a la conceptualización de beneficio económico, lo cierto es que la desaparición de este adjetivo en la nueva redacción abre la puerta a una interpretación más amplia del concepto beneficio, que habrá de ser delimitada jurisprudencialmente, en el sentido que le otorga la propia Directiva 2014/57/UE (beneficio potencial, evitación de pérdidas) o incluso, en su vertiente más extensiva, hacia conceptos de índole no directamente vinculada al plano económico (imagen o posicionamiento en el mercado, objetivos políticos, etc.).

Al desaparecer el concepto perjuicio de la descripción general del tipo, quedando previsto únicamente en la modalidad comisiva «a», las conductas que, resultando encuadrables en las modalidades comisivas «b» y «c», generen un perjuicio quedan impunes, lo que resulta particularmente llamativo para la modalidad comisiva «c» (*que se causara un grave impacto en la integridad del mercado*), de forma que una campaña mediática cuyo objetivo sea el dañar un determinado mercado financiero como las de Anonymous resultaría impune aun cuando consiga causar un grave impacto en la integridad de ese mercado. Asimismo, las conductas que causen un perjuicio encuadrables bajo la modalidad comisiva «a», resultarían igualmente impunes a no ser que el autor, al mismo tiempo que cause el perjuicio, obtenga un beneficio para sí o para un tercero.

La modalidad comisiva «b» se configura sobre una circunstancia relativa al medio o instrumento comisivo (*empleo de fondos por importe superior a 2 millones de euros*) con el que se realiza la conducta típica recogida en la descripción general del tipo (*difundir*

<sup>1</sup> La modalidad comisiva «b» se configura sobre una circunstancia relativa al medio o instrumento comisivo (*empleo de fondos por importe superior a 2 millones de euros*) con el que se realiza la conducta típica recogida en la descripción general del tipo (*difundir noticias, rumores o señales falsas o engañosas para alterar los precios de cotización*), lo cual, dejando a un lado las dificultades probatorias para acreditar esta circunstancia, resulta incoherente con el sentido en que esta exigencia se recoge en la Directiva 2014/57/UE y con el fin último que se persigue con la difusión de información falsa para la alteración de los precios de cotización, esto es, la realización de operaciones financieras ventajosas, conducta a la que, en buena lógica, habría de haberse anudado esta circunstancia de medio comisivo.

*noticias, rumores o señales falsas o engañosas para alterar los precios de cotización*), lo cual, dejando a un lado las dificultades probatorias para acreditar esta circunstancia, resulta incoherente con el sentido en que esta exigencia se recoge en la Directiva 2014/57/UE que sería obviamente propia de la manipulación operativa. Del mismo modo, resulta incoherente con el fin último que se persigue con la difusión de información falsa para la alteración de los precios de cotización, esto es, la realización de operaciones financieras ventajosas, conducta a la que, en buena lógica, habría de haberse anudado esta circunstancia de medio comisivo.

También resulta incoherente la referencia dentro de la manipulación informativa a la transmisión de señales falsas o engañosas propias de la manipulación operativa en las denominadas *matched orders* o *washed sales* a las que luego nos referiremos.

Se exige que se ofrezcan datos económicos total o parcialmente falsos, así como la producción de un resultado (antes de la reforma de 2010 el tipo era de simple actividad).

Con respecto al elemento subjetivo se requiere que la conducta tenga por finalidad alterar o preservar el valor de cotización de un instrumento financiero.

Como en el art. 284.1.1.º también se introduce aquí la referencia a los contratos de contado sobre materias primas relacionadas con instrumentos financieros y los índices de referencia, debiendo realizar las mismas consideraciones expuestas en el apartado anterior.

En cuanto al beneficio obtenido o perjuicio causado como en el caso del art. 285 CP la doctrina se encuentra dividida entre los que lo consideran un elemento del tipo y los que entienden que es una condición objetiva de punibilidad. La jurisprudencia no se ha pronunciado respecto a este tipo penal pero sí lo ha hecho respecto al del art. 285 CP que plantea el problema en idénticos términos. El TS ha añadido a estas dos posturas doctrinales antagónicas una tercera consistente en afirmar que la obtención del beneficio o la causación del perjuicio constituyen un resultado del delito, pero que el límite cuantitativo es una condición objetiva de punibilidad, inclinándose, sin embargo, por considerar que es una condición objetiva de punibilidad con las consecuencias que ello tiene: impunidad de las formas imperfectas de ejecución e innecesariedad de que el beneficio o perjuicio sea abarcado por el dolo del sujeto (STS 491/2015, 23 jul.).

La exigencia del beneficio o perjuicio genera importantes problemas prácticos que se han puesto de manifiesto ya en relación con el delito de abuso de información privilegiada y que han llevado a muchos países de nuestro entorno a prescindir de ellos en la configuración de la conducta punible.

El primer problema es el relativo a la concepción del beneficio o perjuicio. Existen dos opciones: a) el beneficio se obtiene o el perjuicio se produce cuando efectivamente se compran o venden los valores; b) no es precisa la liquidación de la inversión para que se entienda consumado el delito sino que basta que se produzca una diferencia en la cotización por el encima del umbral previsto, dado que en caso contrario, el cumplimiento del tipo se dejaría a la voluntad del infractor que puede decidir mantener la inversión en cartera para no incurrir en el tipo penal. Esta última postura es más coherente con la jurisprudencia que en un supuesto de uso de información privilegiada ha

considerado que el precio a ponderar en la determinación de los beneficios relacionados directamente con la comisión delictiva, no es el de venta de las acciones adquiridas con la ventaja cognoscitiva proporcionada por el suministro de la información relevante, sino el precio de la cotización máxima una vez que la noticia relevante es pública (STS 491/2015, 23 jul.).

El segundo problema práctico es de la cuantificación del beneficio o perjuicio que según la jurisprudencia deberá efectuarse partiendo del precio de los valores cuando la cotización es máxima una vez que la noticia es pública.

Por último, existen problemas de causalidad, dado que la cotización del valor, además de por los rumores puede estar influida por otras con causas concurrentes (tendencia general del mercado, por ejemplo) que habrá que descontar para aislar el impacto del rumor o noticia falsa. En cualquier caso hay que tener en cuenta que los mercados funcionan muy eficientemente e incorporan de forma inmediata la información al precio de los valores —nunca más de dos días— por lo que, como exige la jurisprudencia (STS 491/2015, 23 jul.) el beneficio obtenido debe tener una vocación de inmediatez, más allá del cual no se puede contemplar como causalmente producido el resultado delictivo.

Dentro de la tipología de las conductas que se integran en la manipulación informativa se encuentra la conocida como *penny stock o micro cap manipulation*, que consiste en difundir noticias o rumores falsos, por ejemplo, en una *chat room* sobre compañías con una capitalización muy pequeña que normalmente se negocian en mercados OTC, y que al ser valores con poca liquidez son fácilmente manipulables, ya que con poca actividad se pueden conseguir variaciones muy importantes en el precio.

Hay que subrayar que la técnica legislativa en la descripción de la conducta típica es francamente mejorable. La esencia de la manipulación de mercado en términos económicos consiste en que el manipulador induce a los participantes en el mercado a realizar operaciones sobre un valor o instrumento financiero que conducen el precio del mismo a un nivel artificial que permite al manipulador materializar ganancias procedentes de ese valor o instrumento o de otro relacionado con él que no habrían sido posibles de no existir la conducta del manipulador. La forma de realizar la inducción es, en el caso de la manipulación informativa, mediante la difusión de información falsa o engañosa.

Debe existir, por tanto, una relación de causalidad entre la conducta manipuladora, las operaciones efectuadas por el resto de participantes en el mercado, la situación del precio en niveles artificiales y la obtención de ganancias posterior mediante la realización de una operación sobre el mismo valor o sobre otro relacionado con él.

Sin embargo, el tipo penal no hace referencia ni a estas relaciones de causalidad ni a la operación posterior que debe efectuar el manipulador en la que debe obtener el beneficio lo cual genera no pocos problemas interpretativos para un tipo penal que nunca ha sido aplicado.

Por último y en cuanto a las penas previstas, se observa un incremento de las mismas resultando de aplicación los mismos comentarios que en el art. 284.1.1.º.

3. **La manipulación operativa del mercado de valores (*market based manipulation*): art. 284.1.3.º**

Al igual que el ap. anterior el tipo del art. 284.1.3.º tiene su origen en la Directiva 2003/6/CE de abuso de mercado que el nuevo Reglamento de 2014 deroga y que había sido desarrollada por la Directiva 2003/124/CE de la Comisión.

En él se contemplan dos modalidades comisivas: la realización de transacciones; transmisión de señales falsas o engañosas; o emisión de órdenes de operación susceptibles de proporcionar indicios falsos o engañosos sobre la oferta, la demanda o el precio de un instrumento financiero, contrato de contado sobre materias primas relacionado o índices de referencia; y el aseguramiento por sí o en concierto con otros, de una posición dominante en el mercado de dichos instrumentos o contratos con la finalidad de fijar sus precios a niveles anormales o artificiales (*price positioning*).

La reforma operada por la LO 1/2019 elimina el uso de información privilegiada como elemento del tipo en las dos modalidades comisivas que hacía el tipo inaplicable —al no ser necesario la mayor parte de las veces para lograr el objetivo del esquema manipulador—, si bien mantiene en la segunda de ellas, por error, una referencia inconexa (utilizando la misma información) proveniente de la anterior redacción

Las dos modalidades comisivas se vinculan a la concurrencia alternativa de 3 circunstancias: 2 de resultado «a» y «c» y 1 de medio comisivo «b».

Se configura así un concepto jurídico de manipulación operativa que se aleja del concepto económico que pone el acento en la puesta en funcionamiento de un esquema manipulador que induce al resto de los participantes en el mercado a operar, situando como consecuencia de ello los precios a un nivel artificial y/o permitiendo al manipulador materializar ganancias. La redacción del tipo se aleja del concepto económico de manipulación operativa, no exigiendo que los indicios engañosos induzcan al resto de participantes a efectuar operaciones como consecuencia de las cuales los precios se sitúen a un nivel artificial y/o se genere al manipulador la oportunidad de materializar ganancias. Esto ha llevado a la doctrina a tachar de excesivamente amplio este tipo delictivo.

La amplitud de redacción de esta modalidad de manipulación operativa ha sido criticada por la doctrina que consideraba que quiebra las exigencias de la *lex certa* y achacaba los defectos de redacción del tipo penal a que ha sido directamente transcrito de la Directiva 2003/6/CE lo que provoca la inclusión de conceptos jurídicos indeterminados sin ningún tipo de tradición o raigambre en nuestro sistema jurídico, críticas aplicables a la nueva redacción. Los únicos criterios interpretativos que podemos encontrar, por tanto, han de buscarse en la jurisdicción contencioso-administrativa.

El primer inciso del art. 284.1.º.3.º incluye las manipulaciones consistentes en fingir una actividad de compra o de venta que no se corresponde con la realidad, como ocurre en las *matched orders* (órdenes ilícitas previamente pactadas. Son supuestos en los que un operador introduce una orden de compra de acuerdo con otro que introduce simultáneamente una orden de venta que casa en precio y cantidad con la primera con la finalidad

de alterar el precio de un valor); las *wash sales* (ventas simuladas. Se producen cuando con la finalidad de alterar los precios un manipulador introduce una orden de compra y una orden de venta sobre el mismo valor por el mismo precio, provocando que se registre así una transacción sin que se produzca un cambio real en la titularidad del valor); el *quote stuffing* (manipulación utilizada en el HFT (*High Frequency Trading*/Negociación de Alta Frecuencia) que consiste en inundar el mercado con órdenes sin la intención de operar pero que obligan al resto de los participantes a tramitar, perdiendo capacidad y velocidad de operación) y el *marking the close* (consiste en la compra o venta de valores o contratos derivados al cierre del mercado —esta vez compra o venta efectiva—, en un intento deliberado por alterar el precio de cierre del valor o contrato derivado). También pueden subsumirse en esta primera modalidad de manipulación operativa las operaciones que tienen por objeto generar escasez artificial de un valor o instrumento financiero para producir un incremento en su precio. Dentro de estas se encuentran el *parking* y el *cornering*.

De todos estos ejemplos de manipulaciones operativas, hay algunas de ellas que suponen una operación ficticia porque no son queridas ni tienen un impacto económico para el que las realiza y otras que, sin embargo, son queridas por su autor y tienen repercusión en su esfera patrimonial, es decir, son operaciones efectivas. Mientras que la doctrina no duda de la relevancia penal de las manipulaciones que suponen una operación ficticia, sin embargo, si duda de la legitimidad de prohibir penalmente las que consisten en operaciones efectivas. A semeja la doctrina este debate al que existe en el delito fiscal en torno al concepto de elusión. Estos casos serían, como mucho, supuestos de fraude de ley pero nunca de simulación que son los que serían penalmente relevantes en el delito fiscal, cayendo el fraude de ley dentro de la economía de opción.

Por lo que se refiere a los indicios de manipulación resulta relevante el art. 3 RD 1333/2005, 11 nov., por el que se desarrolla la L. 24/1988, 28 jul., del Mercado de Valores, en materia de abuso de mercado que proporciona una serie de indicios de manipulación de los precios de cotización para que sean tenidos en cuenta a la hora de determinar si una conducta es constitutiva de manipulación de mercado a efectos administrativos pero que pueden resultar útiles también en el ámbito penal.

En cuanto a la segunda de las modalidades de manipulación operativa recogida en el art. 284.1.º.3.º, consistente en asegurarse una posición dominante con la finalidad de fijar los precios en niveles anormales o artificiales, ha sido criticada por la doctrina porque la fijación de precios mediante adopción de posición dominante (*price positioning*) es sólo uno de los ejemplos de cómo puede acontecer dicha fijación y no se entiende por qué el legislador ha dejado fuera del tipo al resto de las modalidades de *price fixing*, aunque dada la amplitud del primer inciso del art. 284.1.3.º, estas formas de manipulación pueden tener cabida dentro del mismo.

Con respecto al elemento subjetivo, la amplitud del tipo de manipulación operativa del art. 284. 3.º genera una gran incertidumbre acerca de la exigencia del elemento subjetivo consistente en actuar con la finalidad de fijar los precios en niveles anormales o artificiales. Mientras que en el caso del *price positioning* del inciso segundo el tipo recoge

expresamente este elemento subjetivo al exigir que el aseguramiento de la posición dominante tenga la finalidad de fijar los precios en niveles anormales o artificiales, respecto al inciso primero el legislador guarda silencio. No obstante, hay que concluir que sí es exigible porque un debate similar se originó con el art. 284.1.1.º que con la redacción originaria dada por el CP de 1995 había eliminado la referencia al ánimo con el que había de efectuarse la conducta y, sin embargo, la jurisprudencia seguía exigiéndolo (STS 867/2002, 29 jul., caso Banesto).

Con respecto al concepto de instrumento financiero debe tenerse en cuenta la definición contenida en el art. 2 LMV, así como la enumeración de instrumentos financieros que realiza la Directiva 2014/65/UE que en su anexo I, sección C.

Por otro lado resulta necesario también delimitar los mercados que entran dentro del ámbito de aplicación de la norma. Los aps. 2 y 3 del art. 284 que son los que específicamente se refieren a los mercados financieros no restringen su aplicación a ningún tipo de mercado en concreto. A estos efectos estableciendo la Directiva de abuso de mercado (MAD) unos mínimos que los Estados deben implementar, sin perjuicio de que puedan ampliarlos, salvo que el tipo penal establezca expresamente otra cosa, debería entenderse aplicable a aquellos mercados que caen bajo el ámbito de aplicación de la Directiva y que se enumeran en su art. 1.2.

El legislador ha establecido como criterios para diferenciar la infracción administrativa de la penal: la cuantía del beneficio obtenido o del perjuicio causado; la importancia de los fondos destinados a la manipulación; y la magnitud del impacto en la integridad del mercado.

Dentro de las causas de justificación tenemos debemos hacer mención a las prácticas del mercado aceptadas que no constituirán manipulación del mismo, según establecer ahora el art. 5.2 a) del Reglamento de abuso de mercado de 16 abr. 2014. Su art. 13 habilita a los reguladores para que conforme a las reglas dadas en ese artículo, puedan establecer un catálogo de dichas prácticas, posibilidad ésta que ya preveía la Directiva 2003/6/CE, ahora derogada por el Reglamento, y que fue transpuesta a nuestro Derecho en los arts. 4 y 5 del RD 1333/2005, 11 nov., por el que se desarrolla la L. 24/1988, 28 jul., del Mercado de Valores, en materia de abuso de mercado.

De acuerdo con todo ello en nuestro país se consideran prácticas de mercado aceptadas los programas de recompra (*buy-back*) y la estabilización de instrumentos financieros, a los que ahora se refiere el art. 5 del Reglamento sobre abuso de mercado y los contratos de liquidez a los que se refiere la Circular 3/2007, 19 dic., de la CNMV, sobre los contratos de liquidez a los efectos de su aceptación como práctica de mercado, BOE de 12 ene. 2008.

Aunque el tipo del art. 284.1.3.º no contemple una cláusula concursal como la contenida en la maquinación para alterar el precio de las cosas del art. 284.1.1.º es claro que dado que el bien jurídico protegido por el delito de manipulación de mercado es un bien jurídico colectivo, los perjuicios que puedan causarse a los restantes participantes en el mercado deben tutelarse a través de los tipos penales comunes. De este modo si se dan

los restantes elementos del tipo de estafa, por ejemplo, podría producirse un concurso ideal de delitos.

Respecto a la penalidad, son aplicables los mismos comentarios realizados para los arts. 284.1.1.º y 284.1.2.º.

#### 4. **Agravantes específicas del art. 284.2 y 284.3**

Tras la reforma operada por la LO 1/2019 se introducen en el art. 284.2 y 3 agravantes específicas para los tres supuestos de manipulación del art. 284.1, siguiendo las previsiones de la Directiva MAD.

Se prevé en el art. 284.2 la imposición de la pena en su mitad superior tanto para el caso del delincuente habitual como para los casos de notoria importancia del beneficio obtenido o pérdida evitada o del perjuicio causado, supuestos todos ellos que necesitarán concreción jurisprudencial.

Por su parte, el art. 284.3 establece la misma agravación si el autor del hecho es trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, entidad de crédito, autoridad supervisora o reguladora, o entidad rectora de mercados regulados o centros de negociación, supuesto este que también encuentra su motivación en el escándalo del LIBOR en el que los Bancos más importantes del mundo que formaban parte de la Asociación de Banqueros Británicos se concertaron entre sí para fijar la tasa de referencia de los préstamos hipotecarios más utilizada a nivel mundial.

**Art. 285. 1. Quien de forma directa o indirecta o por persona interpuesta realizare actos de adquisición, transmisión o cesión de un instrumento financiero, o de cancelación o modificación de una orden relativa a un instrumento financiero, utilizando información privilegiada a la que hubiera tenido acceso reservado en los términos del apartado 4, o recomendare a un tercero el uso de dicha información privilegiada para alguno de esos actos, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 6 años, multa de 2 a 5 años, o del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido o de los perjuicios evitados si la cantidad resultante fuese más elevada, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de 2 a 5 años, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:**

- a) que, como consecuencia de su conducta obtuviera, para sí o para tercero, un beneficio superior a 500.000 euros o causara un perjuicio de idéntica cantidad;
- b) que el valor de los instrumentos financieros empleados fuera superior a 2.000.000 euros;
- c) que se causara un grave impacto en la integridad del mercado.

**2. Se impondrá la pena en su mitad superior si concurriera alguna de las siguientes circunstancias:**

- 1.ª **Que el sujeto se dedique de forma habitual a las anteriores prácticas de operaciones con información privilegiada.**

2.<sup>a</sup> Que el beneficio obtenido, la pérdida evitada o el perjuicio causado sea de notoria importancia.

3. Las penas previstas en este artículo se impondrán, en sus respectivos casos, en su mitad superior si el responsable del hecho fuera trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, entidad de crédito, autoridad supervisora o reguladora, o entidades rectoras de mercados regulados o centros de negociación.

4. A los efectos de este artículo, se entiende que tiene acceso reservado a la información privilegiada quien sea miembro de los órganos de administración, gestión o supervisión del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión, quien participe en el capital del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión, quien la conozca con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o en el desempeño de sus funciones, y quien la obtenga a través de una actividad delictiva.

5. Las penas previstas en este artículo se rebajarán en un grado cuando el responsable del hecho, sin tener acceso reservado a la información privilegiada, la obtenga de cualquier modo distinto de los previstos en el apartado anterior y la utilice conociendo que se trata de información privilegiada.

**Art. 285 bis.** Fuera de los casos previstos en el artículo anterior, quien poseyera información privilegiada y la revelare fuera del normal ejercicio de su trabajo, profesión o funciones, poniendo en peligro la integridad del mercado o la confianza de los inversores, será sancionado con pena de prisión de 6 meses a 4 años, multa de 12 a 24 meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de 1 a 3 años.

A los efectos de lo dispuesto en este artículo, se incluirá la revelación de información privilegiada en una prospección de mercado cuando se haya realizado sin observar los requisitos previstos en la normativa europea en materia de mercados e instrumentos financieros.

**Art. 285 ter.** Las previsiones de los tres artículos precedentes se extenderán a los instrumentos financieros, contratos, conductas, operaciones y órdenes previstos en la normativa europea y española en materia de mercado e instrumentos financieros.

**Art. 285 quáter.** La provocación, la conspiración y la proposición para cometer los delitos previstos en los artículos 284 a 285 bis se castigará, respectivamente, con la pena inferior en uno o dos grados.

SUMARIO: I. LA OPERATIVA EN LOS MERCADOS ORGANIZADOS HACIENDO USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA Y SU COMUNICACIÓN ILÍCITA. II. TIPOS AGRAVADOS Y ATENUADOS. III. COMUNICACIÓN ILÍCITA DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA. IV. ADAPTACIÓN A LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA DIRECTIVA 2014/57/UE.

## I. LA OPERATIVA EN LOS MERCADOS ORGANIZADOS (*INSIDER TRADING*) HACIENDO USO DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA Y SU COMUNICACIÓN ILÍCITA

Estos tipos delictivos cierran, junto con la manipulación de mercado (alteración de precios, manipulación informativa y manipulación operativa), el círculo de los delitos que integran el abuso de mercado (*market abuse*).

El insustituible papel de los mercados organizados en el modelo económico constitucional, su decisiva influencia en otras variables macroeconómicas y, en fin, el carácter aleatorio que para los inversores propician las reglas que lo disciplinan, hacen explicable la atención normativa a un espacio de contratación que, en puridad, debía hacer de la transparencia uno de sus principios irrenunciables.

La inaplazable necesidad de ofrecer soluciones penales a las formas más graves de utilización abusiva de información privilegiada —*insider trading*—, llevaron al legislador a la reforma parcial (LO 9/1991) del art. 368 del Código de 1973, tratando de proyectar sobre él un barniz de modernidad que llegaba a nuestro sistema con algunos años de retraso. Sin embargo, el tratamiento de aquel precepto entre los delitos cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos —cap. IV, Tít. XII—, confería a la reforma un sentido continuista con los esquemas sistemáticos más clásicos. El CP de 1995 acoge el art. 285 en una ubicación más natural —delitos relativos al mercado y a los consumidores— y acentúa la sustantividad del bien jurídico igualdad—transparencia frente a la visión precedente que obligaba a explicar el sentido del delito desde el quebranto del estatuto funcional. Tras la reforma operada por la LO 15/2003, 25 nov., se añadió como pena la de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad.

Es importante subrayar que el tratamiento penal de la utilización lucrativa de información privilegiada dispersa su presencia en diferentes pasajes en el CP de 1995. Así, la renovada versión del art. 368 del CP de 1973 viene ahora representada por el art. 442 CP, en el que se sanciona el uso indebido de información privilegiada por autoridad o funcionario público cuando aquélla se pone al servicio de un propósito lucrativo. Por otra parte, ya entre los delitos contra la Administración Pública, el art. 418 castiga al particular que aprovechar para sí o para un tercero el secreto o la información privilegiada que obtuviere de un funcionario público o autoridad.

El origen de esta figura se encuentra en la Directiva 89/592/CEE del Consejo, de 13 nov. de 1989, sobre coordinación de las normativas relativas a las operaciones con información privilegiada. Como marco legal de referencia es preciso tener en cuenta tanto la Ley 24/1988, 28 jul. del Mercado de Valores como la reciente Directiva de Abuso de Mercado y el Reglamento sobre abuso de mercado de 16 abr. 2014.

En términos económicos el abuso de información privilegiada es una situación en la que los inversores *insiders* detectan discrepancias entre el valor y el precio de un ins-

trumento financiero sobre la base de información que ellos poseen por su condición de *insiders* y que no se ha hecho pública, y realizan operaciones para capturar el valor de esa ventaja informacional.

Del primero de los artículos que centran nuestro análisis, acaso resulte oportuno señalar, desde el punto de vista del tipo objetivo, la sustitución que, la reforma operada por la LO 1/2019, lleva a cabo de la expresión información relevante por la de información privilegiada, coincidente con la que proporciona el art. 226.1 LMV. Conforme a este precepto, «Se considerará información privilegiada toda información de carácter concreto que se refiera directa o indirectamente a uno o varios valores negociables o instrumentos financieros de los comprendidos dentro del ámbito de aplicación de esta Ley, o a uno o varios emisores de los citados valores negociables o instrumentos financieros, que no se haya hecho pública y que, de hacerse o haberse hecho pública, podría influir o hubiera influido de manera apreciable sobre su cotización en un mercado o sistema organizado de contratación».

Esta definición se complementa con lo dispuesto en el art. 226.3 LMV para los derivados financieros sobre materias primas y por las definiciones proporcionadas por las Directivas 2003/6/CE y 2003/124/CE ahora derogadas por el Reglamento sobre abuso de mercado de 16 abr. 2014. El Reglamento define ahora la información privilegiada en estos mismos términos con las precisiones lógicas para instrumentos derivados sobre materias primas y los derechos de emisión o con los productos subastados basados en esos derechos. Con respecto a los derivados sobre materias primas destaca el hecho de que se exige que se trate de información de la que quepa razonablemente esperar que se haga pública o que deba hacerse pública obligatoriamente, de acuerdo con lo previsto en las disposiciones legales o reglamentarias de la Unión o nacionales, en las normas del mercado, en los contratos o en los usos y las prácticas de los correspondientes mercados de derivados sobre materias primas o de contado.

Por otro lado se incluye respecto de las personas encargadas de la ejecución de las órdenes relativas a los instrumentos financieros, la información transmitida por un cliente en relación con sus órdenes pendientes relativas a instrumentos financieros que cumpla los requisitos antes mencionados (*front running*).

Por tanto, se sigue exigiendo a la información para poder considerarla como privilegiada las cuatro características tradicionales que exigía la doctrina y la jurisprudencia: concreta; relación directa o indirecta con uno o varios emisores o con uno o varios instrumentos; no pública; y susceptible de influencia apreciable (STS 491/2015, 23 jul.; SAN 4.ª, 44/2014, 23 dic.; SAN 2.ª, 1/2014, 15 ene.; STS 1136/2010, 21 dic.; SAP Madrid, 7.ª; 486/2013, 27 may.):

a) Que la información deba ser concreta supone que quedan excluidos los simples rumores, las hipótesis, las suposiciones, las estimaciones realizadas con datos públicos, la información demasiado genérica y supuestos semejantes.

Las informaciones genéricas sobre un valor están muy alejadas del eventual impacto en la cotización. Hay informaciones que si se llegaran a concretar, podrían tener impacto

sobre la cotización pero que podrían ser utilizadas al no constituir información privilegiada porque hay tanta incertidumbre en un sentido como en el otro.

Algunos autores consideran que sólo es información concreta la que es una información interna de la sociedad y no la que se refiere al mercado de valores en general. No obstante, no deben existir obstáculos para que una información referente, por ejemplo, a los tipos de interés o al inicio de una guerra cumpla el requisito de la concreción.

Podríamos plantearnos si los datos relativos a la posibilidad rayan en la certeza de realizar una futura operación, una fusión, por ejemplo, constituyen o no información de carácter concreto (STJCE 3 may. 2001 (Asunto C 28/99), caso «Verdonck y otros»). Algún autor admite la posibilidad de que ciertos datos que aún no han alcanzado el grado de certeza necesario para ser publicados puedan incluirse dentro del concepto de información privilegiada, pese al futuro incierto de su ejecución si son relevantes para las cotizaciones porque la concreción de las informaciones depende de su aptitud para incidir en las cotizaciones, con independencia de que los datos lleguen a constituirse en hechos reales. Realmente esto no forma parte de la nota de concreción de la información sino de la nota de susceptibilidad de influencia apreciable.

Otros autores han puesto de manifiesto el riesgo de que estos supuestos puedan escapar a la acción penal porque el proyecto, al estar en elaboración, no se considere lo suficientemente concreto y alegan que la concreción no tiene que ver con el grado de elaboración si no con la posibilidad de verificar la misma.

b) Relación directa o indirecta con uno o varios emisores o con uno o varios instrumentos.

Con la admisión de que la relación con los emisores o los instrumentos pueda ser directa o indirecta que ya incluían las Directivas derogadas y que el Reglamento sobre abuso de mercado vigente convalida se despejan las dudas de si informaciones que se refieren a cuestiones relativas al mercado como puede ser una subida de tipos de interés tienen cabida dentro del concepto de información privilegiada. El hecho de que la relación de la información con el emisor o el instrumento pueda ser indirecta, facilita su admisión.

Un aspecto que puede destacarse es que como la relación con el emisor o con el instrumento es de la información y no del sujeto que la obtiene, este sujeto puede ser perfectamente un extraño al emisor.

c) Información no pública.

La doctrina no es pacífica respecto a la determinación del momento en el cual ha de considerarse que la información ha perdido su carácter reservado. Las posturas que se han defendido se pueden resumir en cuatro: que la información es pública cuando cualquiera puede acceder a ella (criterio de la accesibilidad); que sólo llega a ser pública cuando es efectivamente conocida por un número elevado de personas (criterio cuantitativo); que la publicidad no se alcanza hasta que los datos han sido suficientemente difundidos con independencia del conocimiento efectivo (criterio de la difusión); que la información es pública cuando se incorpora al precio de las cotizaciones, como producto de que los inversores han tomado en cuenta tales datos en sus decisiones (criterio del mercado eficiente).

En mi opinión el criterio que mejor cumple las exigencias del principio de seguridad jurídica es el criterio de la accesibilidad dado que imponer a los participantes en el mercado la obligación de esperar al conocimiento efectivo de la información por un número elevado de personas o su suficiente difusión conllevaría la inoperatividad del mercado. Siempre habrá inversores más diligentes a los que esta prohibición impediría aprovechar las ventajas competitivas basadas en su profesionalidad y los igualaría con los menos preparados y competitivos. Sustener cualquiera de estos dos criterios es desconocer además cómo funcionan los mercados de valores. En cuanto al criterio del mercado eficiente, en la práctica es inoperativo porque para que se traslade la información a los precios es necesario que algún participante sea el primero en operar y en ese momento lo estaría haciendo con información que todavía no es pública.

Por último hay que señalar que el Reglamento sobre abuso de mercado contiene una excepción en relación con la información privilegiada relativa a los derivados sobre materias primas. El Reglamento, reconociendo las peculiaridades de estos instrumentos, exige que se trate de información de la que quepa razonablemente esperar que se haga pública o que deba hacerse pública obligatoriamente, de acuerdo con lo previsto en las disposiciones legales o reglamentarias de la Unión o nacionales, en las normas del mercado, en los contratos o en los usos y las prácticas de los correspondientes mercados de derivados sobre materias primas o de contado

d) Susceptibilidad de influencia apreciable.

La información ha de ser relevante para la cotización del valor y esa relevancia debe analizarse desde una perspectiva ex ante, es decir, debe tratarse de una información que, previsiblemente, habría afectado a sensiblemente a la cotización de un valor mobiliario o instrumento financiero de haberse hecho pública en el momento en que se utilizó de forma típica. Es muy frecuente que si se analiza la operación a posteriori parecería que la información no ha incidido en la cotización. Si aceptamos la teoría de los mercados eficientes, los precios incorporan la información de una forma inmediata y como la propia operación con información privilegiada afecta al precio, puede parecer que una vez que la información se hace pública, el impacto en el precio es nulo.

Por último, la LMV ofrece en su art. 228.1 un criterio de relevancia al considerar información relevante toda aquella cuyo conocimiento pueda afectar a un inversor razonablemente para adquirir o transmitir valores o instrumentos financieros y por tanto pueda influir de forma sensible en su cotización en un mercado secundario, criterio este utilizado por la jurisprudencia contencioso-administrativa (STS, sala 3.ª, 3.ª, 27 sep. 2011).

Es importante señalar que el Tribunal Constitucional (STC 2/2015, 19 ene.) ha considerado que la relevancia y el carácter privilegiado de la información son elementos normativos y no fácticos del tipo penal que dependen de un juicio de valor que debe realizar el juzgador con arreglo a «criterios de experiencia». Sin embargo, la práctica procesal demuestra que las periciales en relación a los mismos son admitidas por los Tribunales (SAN, 4.ª, 44/2014, 23 dic., SAN, 2.ª, 1/2014, 15 ene.).

En virtud de la reforma operada por la LO 1/2019, el antiguo tipo de uso lucrativo de información privilegiada en los mercados organizados ha sufrido una importante redefinición, abandonando la redacción que lo configuraba como un delito de resultado vinculado a la obtención, para sí o para un tercero, de un beneficio o la causación de un perjuicio, en favor de un nuevo tipo cuya redacción exige, para la existencia de delito, la concurrencia en un sujeto de una conducta típica recogida en la descripción general del tipo, consistente en la realización de operaciones en los mercados valiéndose de información privilegiada, la cual ha de completarse con alguna de las tres circunstancias descritas en el tipo que darán lugar a modalidades comisivas de resultado, en los supuestos primero y tercero, y a una modalidad comisiva de mera actividad en el supuesto segundo.

Se mantiene como primera circunstancia la obtención, para sí o para un tercero, de un beneficio o la causación de un perjuicio, si bien se rebaja la cuantía en 100.000 €, hasta los 500.000 €. Respecto al requisito del beneficio o perjuicio es aplicable aquí lo dicho en el epígrafe relativo a la manipulación informativa en relación a su naturaleza, concepción, cuantificación y problemas de causalidad. Como vimos la jurisprudencia la considera una condición objetiva de punibilidad que no necesita ser abarcada por el dolo del agente.

Como cobertura a este supuesto que fija un resultado concreto y cuantificado, se incluye, en tercer lugar, una circunstancia abstracta, la causación de un grave impacto en la integridad del mercado, que como tal no dota por sí misma al tipo de especial seguridad jurídica, de modo que habrá que esperar a la interpretación que de ella hagan nuestros tribunales. Su inclusión parece corresponderse con la eliminación de la agravante específica relativa a la causación de un grave daño a los intereses generales, por lo que podría interpretarse como referente al peligro que la conducta ha supuesto para la integridad del mercado y su supervivencia (ténganse en cuenta —aunque se trate de un esquema manipulador y no de un delito de abuso de información privilegiada— la gravedad de conductas como la manipulación del LIBOR por los bancos ingleses o en nuestro país el impacto de conductas —aunque también se encuentre integradas en otro tipo delictivo— como la que afectó a la empresa Gowex que pueden destruir un mercado incipiente como el MaB (Mercado Alternativo Bursátil)

Frente a las circunstancias primera y tercera, en segundo lugar se introduce una circunstancia relativa al medio comisivo, más concretamente, al empleo de instrumentos financieros cuyo valor supere los 2 millones de euros. Como adelantábamos, esta modalidad comisiva se configura como un auténtico delito de mera actividad, por cuanto considera punible la mera utilización de información privilegiada para operar en los mercados, al margen de que se obtenga un beneficio o se cause un perjuicio a terceros, asumiendo la tesis de que siempre que se empleen instrumentos financieros de elevado valor dicha operativa comporta una suerte de peligro abstracto en tanto que es susceptible de repercutir gravemente en la integridad del mercado.

Con la anterior redacción del tipo penal ya se preveía la posibilidad de considerar punible la conducta que suministraba información privilegiada a terceros. No obstante, tras la reforma se ha sustituido la referencia al suministro de información privilegiada

por la desafortunada y ambigua expresión «recomendar a un tercero el uso de información privilegiada» que no se adecua a las exigencias de la Directiva 2014/57/UE. Así, la Directiva 2014/57/UE define correctamente la conducta como recomendar a un tercero, sobre la base de información privilegiada la realización de operaciones financieras, redacción que deja claro que quien realiza las recomendaciones es quien ha tenido acceso reservado a la información privilegiada y que permite la subsunción tanto del supuesto en que solo se transmite al tercero una recomendación como de aquel en que, además de la recomendación, se transmite también la información privilegiada en base a la cual se ha realizado la recomendación.

En cambio, la expresión empleada por el legislador español «recomendar a un tercero el uso de dicha información privilegiada» resulta ciertamente imprecisa y comporta serios conflictos interpretativos: i) por la ambigüedad de su propia redacción parece querer sancionar la conducta de quién asesora a un tercero sobre cómo hacer uso de información privilegiada, a la que este último ha tenido acceso reservado, sin la intervención de quién asesora en la obtención de la información pero con conocimiento de su carácter privilegiado, a los efectos de realizar operaciones financieras; ii) no permite la subsunción del supuesto en que solo se transmite al tercero una recomendación basada en información privilegiada pero sin compartir con él dicha información, toda vez que el tipo habla de «recomendar a un tercero el uso de información privilegiada», lo cual implicaría necesariamente trasladarle de alguna forma dicha información, pues el tercero no puede hacer uso de una información que desconoce; iii) tampoco tipifica expresamente, como sí hace la Directiva 2014/57/UE (art. 3.7), la conducta del tercero que sigue la recomendación, a sabiendas que la misma se basa en información privilegiada a la que ha tenido acceso reservado quien le hace la recomendación.

Por último, tampoco se especifica si es preciso que el tercero haga uso de la recomendación sobre el uso de información privilegiada para la consumación del delito y si, por tanto, podría apreciarse la tentativa, siempre dependiendo de si entendemos que las circunstancias cuya concurrencia exige el tipo constituyen condiciones objetivas de punibilidad o elementos del tipo. Ya vimos que la jurisprudencia sobre la redacción anterior se inclinaba por considerar el beneficio o perjuicio como condición objetiva de punibilidad, lo que excluía la tentativa. Nótese que el acceso reservado del sujeto activo a aquella información, ha de producirse por «quien sea miembro de los órganos de administración, gestión o supervisión del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión, quien participe en el capital del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión, quien la conozca con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o en el desempeño de sus funciones, y quien la obtenga a través de una actividad delictiva.», lo que, sin duda, puede situar a extramuros del tipo otras razones —por ejemplo, familiares— que hayan permitido el privilegiado acceso a los canales de información.

En cuanto a la determinación del momento comisivo de este tipo delictivo, la misma es analizada por la STS 1136/2010, 21 dic., a los efectos de fijar el inicio del cómputo del plazo de prescripción en el caso de autos. El Tribunal entre las distintas opciones se

inclina por la teoría de la revalorización de las acciones como consecuencia de la influencia que la información privilegiada tuvo en su impacto alcista, es decir, vinculando la noticia relevante a la máxima revalorización, dentro de un periodo temporal en donde tal información ha conseguido ese resultado. Quiere con ello decirse que el beneficio obtenido tiene una vocación de inmediatez, más allá del cual no se puede contemplar como causalmente producido el resultado delictivo. De manera que ha de tomarse en consideración la influencia que en el mercado opera la información privilegiada, generando un rápido impacto alcista, de forma tal que, no habiendo otros elementos de donde poder deducir que la subida de las acciones tiene otra causa o componente económico relevante, habrá de considerarse como periodo relevante para la consumación delictiva aquel en que la acción se encuentre en su máxima revalorización. Dicho con otras palabras: una vez que la noticia relevante es pública, y por su impacto en el mercado, el valor experimenta una rápida ascensión (de la que se aprovecha el autor del delito), en las denominadas curvas bursátiles diarias, habrá que tomar en consideración aquella fecha en que la cotización se encuentra en su máximo nivel de ganancias, para determinación tal momento consumativo, de manera que el descenso posterior, incluso los incrementos posteriores ya serán ajenos al delito.

Por lo que se refiere a los concursos, el concurso con los delitos del art. 284 sería un concurso de normas a resolver por el principio de especialidad.

Digna de mención es la elevación de la pena de prisión aparejada a este delito de los 4 a los 6 años, llevada a cabo por el legislador a través de la reforma operada por la LO 1/2019, por innecesaria e injustificada por cuanto la antigua redacción del tipo preveía, cumulativamente, una pena de multa y de prisión de hasta 4 años, lo cual garantizaba la posibilidad de imponer una pena de prisión de 4 años exigida por la Directiva 2014/57/UE (art.7.2).

En último lugar, el legislador español ha optado por mantener que para que la conducta conocida como *Price fixing* sea delictiva la fijación de los precios debe efectuarse mediante la adopción de una posición dominante (*Price positioning*). Sin embargo, esta configuración no tiene explicación, como así lo ha venido manifestando la doctrina, ya que el *Price positioning* es sólo una de las formas en que puede cometerse el *Price fixing* y la Directiva no permite esta limitación de modalidades comisivas.

## II. TIPOS AGRAVADO Y ATENUADO

El tipo agravado se construye sobre la habitualidad en el ejercicio de las prácticas abusivas (art. 285.2.1.<sup>a</sup>), la notoria importancia del perjuicio ocasionado (art. 285.2.2.<sup>a</sup>) y la condición, en el autor del hecho, de trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, entidad de crédito, autoridad supervisora o reguladora, o entidad rectora de mercados regulados o centros de negociación (art. 285.3), mantenimiento de la de delincuente habitual (art. 285.2.1.<sup>a</sup>), eliminación de la de causación de grave daño a los intereses generales (antiguo art. 285.2.3.<sup>a</sup>); modificación de la de notoria importancia del beneficio (art. 285.2.2.<sup>a</sup>) introduciendo los conceptos de pérdida evitada o perjuicio

causado; introducción de la de autor del hecho que es trabajador o empleado de una empresa de servicios de inversión, entidad de crédito, autoridad supervisora o reguladora, o entidad rectora de mercados regulados o centros de negociación (art. 285.3);

La doctrina coincide en que la habitualidad debe apreciarse si se reitera el comportamiento delictivo en tres o más ocasiones. La cantidad de notoria importancia es difícil de señalar, sobre todo si tenemos en cuenta lo elevado de la cuantía prevista para el tipo básico (*Vid.* STS 1136/2010, 21 dic., únicamente señala que debe tratarse de una conducta de claro impacto económico), si bien el alcance del concepto ha sido adecuadamente precisado en virtud de la LO 1/2019, introduciendo los conceptos de pérdida evitada o perjuicio causado.

En contraposición al tipo agravado, nuevamente con motivo de la reforma operada por la LO 1/2019, se ha introducido un tipo atenuado para todas las conductas consistentes en la obtención y uso de información privilegiada, siempre que no se dispusiera de acceso reservado a ella, lo cual, a priori y a la espera de jurisprudencia sobre esta materia, podría incluso llegar a incluir supuestos de robo o compra de información privilegiada. Este tipo atenuado constituye una licencia del legislador español que entra en clara contradicción con la Directiva 2014/57/UE (art. 3.3) que establece expresamente la aplicación del tipo general «a toda persona que obtenga información privilegiada en circunstancias distintas de las mencionadas en el párrafo primero (acceso reservado) cuando dicha persona sepa que se trata de información privilegiada».

### III. COMUNICACIÓN ILÍCITA DE INFORMACIÓN PRIVILEGIADA

En cumplimiento de la Directiva 2014/57/UE, la LO 1/2019 ha introducido un nuevo art. 285 bis en el que se regula la comunicación ilícita de información privilegiada como un delito de peligro abstracto consistente en la mera revelación de información privilegiada fuera del normal ejercicio profesional o durante la realización de una prospección de mercado sin observar los requisitos de la normativa europea, que ponga en peligro la integridad del mercado o la confianza de los inversores.

A diferencia de lo previsto en el art. 285 para el delito de operaciones con información privilegiada, siguiendo el mandato contenido en el art. 4.3 de la Directiva 2014/57/UE, se ha omitido deliberadamente la exigencia relativa a que, quien revele información privilegiada, dispusiera de acceso reservado a ella, de modo que toda comunicación de información privilegiada será sancionable con independencia del modo en que se haya logrado acceso a dicha información.

En el ámbito penalógico, el legislador español, inspirado en la Directiva 2014/57/UE, ha optado por dotar a este nuevo delito de penas inferiores a las previstas para los otros dos tipos penales, manipulación de mercado y operaciones con información privilegiada, pero que sin embargo nuevamente exceden injustificadamente de las exigencias contenidas en la Directiva 2014/57/UE, cuyo art. 7.3, únicamente requería que el límite superior de la pena de prisión fuera de, al menos, 2 años.

## IV. ADAPTACIÓN A LOS REQUISITOS EXIGIDOS POR LA DIRECTIVA 2014/57/UE

Adicionalmente, se han incorporado al Código Penal otros dos artículos, a los fines de dar cumplimiento a los requisitos exigidos por la Directiva 2014/57/UE, y que afectan de manera transversal a los delitos de manipulación de mercado, operaciones con información privilegiada y comunicación ilícita de información privilegiada.

Por un lado el art.285 ter lleva a cabo una extensión a esos tres delitos de los contenidos conceptuales previstos en la normativa europea (art.1 de la Directiva 2014/57/UE) y española en materia de mercado e instrumentos financieros (instrumentos financieros, contratos, conductas, operaciones y órdenes).

Mientras tanto, el art. 285 quáter prevé la punición expresa y atenuada de los actos preparatorios (proposición, conspiración y provocación) relativos a esos tres tipos penales.

**Art. 286 bis. 1.** El directivo, administrador, empleado o colaborador de una empresa mercantil o de una sociedad que, por sí o por persona interpuesta, reciba, solicite o acepte un beneficio o ventaja no justificados de cualquier naturaleza, u ofrecimiento o promesa de obtenerlo, 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, será castigado con la pena de prisión de 6 meses a 4 años, inhabilitación especial para el ejercicio de industria o comercio por tiempo de 1 a 6 años y multa del tanto al triple del valor del beneficio o ventaja.

2. Con las mismas penas será castigado quien, por sí o por persona interpuesta, prometa, ofrezca o conceda a directivos, administradores, empleados o colaboradores de una empresa mercantil o de una sociedad, un beneficio o ventaja no justificados, de cualquier naturaleza, para ellos o para terceros, como contraprestación para que le favorezca indebidamente a él o a un tercero frente a otros en la adquisición o venta de mercancías, contratación de servicios o en las relaciones comerciales.

3. Los jueces y tribunales, en atención a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable, podrán imponer la pena inferior en grado y reducir la de multa a su prudente arbitrio.

4. Lo dispuesto en este artículo será aplicable, en sus respectivos casos, a los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva, cualquiera que sea la forma jurídica de ésta, así como a los deportistas, árbitros o jueces, respecto de aquellas conductas que tengan por finalidad predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva de especial relevancia económica o deportiva.

A estos efectos, se considerará competición deportiva de especial relevancia económica, aquélla en la que la mayor parte de los participantes en la misma perciban cualquier tipo de retribución, compensación o ingreso económico por su participación en la actividad; y competición deportiva de especial relevancia deportiva, la que

sea calificada en el calendario deportivo anual aprobado por la federación deportiva correspondiente como competición oficial de la máxima categoría de la modalidad, especialidad, o disciplina de que se trate.

5. A los efectos de este artículo resulta aplicable lo dispuesto en el artículo 297.

*Los arts. 286 ter y 286 quáter no han sido modificados por la LO 1/2019, se incluyen a efectos de sistemática del comentario.*

**Art. 286 ter.** 1. Los que mediante el ofrecimiento, promesa o concesión de cualquier beneficio o ventaja indebidos, pecuniarios o de otra clase, corrompieren o intentaren corromper, por sí o por persona interpuesta, a una autoridad o funcionario público en beneficio de estos o de un tercero, o atendieran sus solicitudes al respecto, con el fin de que actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de funciones públicas para conseguir o conservar un contrato, negocio o cualquier otra ventaja competitiva en la realización de actividades económicas internacionales, serán castigados, salvo que ya lo estuvieran con una pena más grave en otro precepto de este Código, con las penas de prisión de prisión de 3 a 6 años, multa de 12 a 24 meses, salvo que el beneficio obtenido fuese superior a la cantidad resultante, en cuyo caso la multa será del tanto al triplo del montante de dicho beneficio.

Además de las penas señaladas, se impondrá en todo caso al responsable la pena de prohibición de contratar con el sector público, así como la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales y de la Seguridad Social, y la prohibición de intervenir en transacciones comerciales de trascendencia pública por un periodo de 7 a 12 años.

2. A los efectos de este artículo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427.

**Art. 286 quáter.** 1. 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.

**En el caso del apartado 4 del artículo 286 bis, los hechos se considerarán también de especial gravedad cuando:**

- a) tengan como finalidad influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; o**
- b) sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional.**

SUMARIO: I. LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES. II. LA CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES. III. SUBTIPOS AGRAVADOS.

### I. LA CORRUPCIÓN ENTRE PARTICULARES

Más allá del cambio de orden de los apartados —ahora la corrupción pasiva ocupa el ap. 1 y la activa el ap. 2—, la LO 1/2015 introduce una serie de mejoras técnicas en el tipo penal del art. 286 bis: se elimina la referencia «al incumplimiento de las obligaciones» en ambos apartados; se sustituye la expresión «con el fin de favorecer frente a terceros a quien le otorga o del que espera el beneficio o ventaja» por la de cómo «contraprestación para favorecer indebidamente a otro»; se limita la referencia a empresas mercantiles, sociedades, asociaciones, fundaciones u organizaciones, sustituyendo la enumeración por una remisión al art. 297 CP; y, por último, se incluye la fórmula «u ofrecimiento o promesa de obtenerlo», presente para los delitos de corrupción en los negocios (art. 286 bis), cohecho pasivo de funcionario público (art. 420) y tráfico de influencias (art. 430), al objeto de poner fin a la impunidad de quien recibe, solicita o acepta, no un beneficio o ventaja injustificados, sino el ofrecimiento o promesa de obtener dicho beneficio o ventaja injustificados.

El tipo tutela un bien jurídico de carácter colectivo: la competencia empresarial en la contratación de bienes y servicios y, de hecho, atendiendo a ese carácter colectivo del bien jurídico protegido, no está sujeto al requisito de perseguibilidad del art. 287 CP. Según el informe del Consejo Fiscal al Anteproyecto de 2008 se trata de tutelar las reglas de la competencia con el fin de conseguir un desarrollo económico sólido. El Consejo de Estado en su informe puso de manifiesto que la integración de este delito dentro de los dentro del cap. XI no permite delimitar con claridad el bien jurídico protegido.

Las conductas típicas del art. 286 bis están basadas estructuralmente en el cohecho pasivo y activo.

En el supuesto del ap. 1 el injusto no requiere la causación de un perjuicio patrimonial para el titular de la empresa a cuyo servicio se haya el sujeto activo, ni siquiera un peligro efectivo para su patrimonio.

El ap. 2 tipifica la corrupción activa y su configuración no excluye el dolo eventual.

El ap. 3 prevé la posibilidad de que el juez o tribunal atenúe la pena atendiendo a la cuantía del beneficio o al valor de la ventaja, y a la trascendencia de las funciones del culpable. Sorprende el hecho de que los criterios de menor gravedad de la conducta no atiendan al bien jurídico protegido: la competencia sino que atienden más bien a la vertiente patrimonial del delito.

El ap. 4 recoge la corrupción en el deporte que como novedad introdujo la LO 5/2010. La reforma introducida por la LO 1/2015 afecta sólo a la naturaleza de la prueba que antes debía ser «profesional» y ahora «de especial relevancia económica o deportiva». Además, se añade una interpretación auténtica de lo que debe entenderse por «especial relevancia económica o deportiva».

La doctrina ha criticado la incriminación de esta conducta señalando que carece de un bien jurídico penal digno de tutela y que lo único que puede entenderse que se protege es la pureza o limpieza en la obtención del resultado en una competición deportiva.

La técnica de tipificación empleada consiste es una remisión a los tipos de corrupción entre particulares pasiva y activa, con dos precisiones: la enumeración de unos sujetos activos diferentes y el hecho de que las conductas típicas hayan de tener por finalidad «predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva, de especial relevancia económica o deportiva».

Los sujetos activos en la corrupción activa serán los directivos, administradores, empleados o colaboradores de una entidad deportiva y en el caso de la corrupción pasiva los deportistas, árbitros o jueces.

Las conductas deben tener por finalidad «predeterminar o alterar de manera deliberada y fraudulenta el resultado de una prueba, encuentro o competición deportiva, de especial relevancia económica o deportiva». La reforma de la LO 1/2015 amplía los supuestos a los que puede aplicarse el tipo penal al sustituir el adjetivo «profesionales» por la expresión «de especial relevancia económica o deportiva».

Estamos ante un tipo de consumación anticipada porque no se exige que se llegue a alterar el resultado de la prueba deportiva.

En materia de concursos si lo que se pretende en ganar una apuesta, se produciría un concurso medial con el delito de estafa que no podrá apreciarse sin conculcar el principio de *non bis in idem*, al estar expresamente prevista esta circunstancia como agravación en el art. 286 quater.

La atenuación del ap. 3 también sería teóricamente aplicable a la conducta del ap. 4, aunque las circunstancias que fundamentan la atenuación parecen ajenas a la corrupción deportiva.

Entre las agravaciones previstas en el art. 286 quáter hay dos específicamente previstas para la corrupción en el deporte: la finalidad de influir en el desarrollo de juegos de azar o apuestas; y que los hechos sean cometidos sean cometidos en una competición deportiva oficial de ámbito estatal calificada como profesional o en una competición deportiva internacional.

## II. LA CORRUPCIÓN EN LAS TRANSACCIONES COMERCIALES INTERNACIONALES (ART. 286 TER)

La LO 1/2015 trasladó a esta sec. 4.<sup>a</sup> del cap. XI del Tít. XIII las conductas de corrupción en las transacciones internacionales del art. 445, introducidas en el CP de 1995 por la LO 3/2000 y que la LO 15/2003 había reubicado en un capítulo creado ex profeso para este precepto. Este delito se introdujo en respuesta al Convenio de la OCDE de lu-

cha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales.

Respecto del bien jurídico protegido la doctrina se encontraba dividida entre los que consideraban que como en el delito de cohecho, el bien jurídico protegido era la imparcialidad de la Administración; y los partidarios de considerar que lo que se tutelaba era la competencia leal y, por tanto, lo situaban más cerca de la corrupción entre particulares. La reubicación de este tipo penal en esta sección 4.<sup>a</sup> refuerza esta segunda postura.

Además de la reubicación apuntada, las novedades introducidas por la LO 1/2015 en este precepto se concretan sustancialmente en la sustitución de la referencia a «funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales» por la genérica de «autoridad o funcionario público»; la introducción de una cláusula para resolver los supuestos de concursos con otros preceptos —cohecho— que el nuevo art. 286 ter recurriendo a la regla del art. 8.4.<sup>a</sup> CP; y la elevación del límite mínimo de la pena de prisión y la cuantía de la multa.

Una de las cuestiones más sorprendentes y que se justifica por razones prácticas es que el tipo sólo sanciona el cohecho activo. Las normas sobre competencia harían difícil la sanción de la conducta del funcionario extranjero que, en cualquier caso, ya estará sancionada por su propio ordenamiento jurídico.

El tipo prescinde de la distinción entre el cohecho propio e impropio, de conformidad con el Convenio OCDE, evitando las dificultades probatorias que surgirían si en el proceso español debiera probarse la licitud o ilicitud del acto que el sujeto activo pretende del funcionario extranjero.

El hecho de que el precepto utilice la expresión «en relación con el ejercicio de funciones públicas» ha llevado a la doctrina a entender que el tráfico de influencias se encuentra también incluido en este tipo delictivo.

Aunque con referencia al antiguo art. 445 la jurisprudencia (SAN, 1.<sup>a</sup>, 3/2017, 23 feb.) reciente jurisprudencia ha señalado que para ver qué debe entenderse por funcionario público a efectos penales, debe acudir al art. 1.4 del Convenio OCDE según el cual «agente público extranjero» es «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». El concepto de función pública, comprende, de esta forma, cualquier actividad de interés público, incluso cuando haya sido delegada por el país extranjero, en relación con la contratación pública. Por organismo público, debe entenderse toda entidad que se constituye según el Derecho público para desempeñar específicas tareas de interés público. Por empresa pública, debe entenderse aquella sobre la que un gobierno puede ejercer de forma directa o indirecta una influencia dominante (controla la mayoría del capital, la mayoría de los derechos de voto, o la mayoría de los miembros del órgano de administración). Dentro del concepto de funcionario público extranjero, cabe incluir todos los niveles y subdivisiones de la administración, tanto a nivel nacional como a nivel local. De este modo el Convenio OCDE (art. 1.4 a) y el art. 445

del CP equiparan a los funcionarios públicos extranjeros con los funcionarios públicos o agentes de organizaciones internacionales.

En cuanto a los elementos del tipo, la misma jurisprudencia ha señalado que el tipo penal en cuestión, exige cuando menos un dolo eventual, y además otros dos elementos subjetivos adicionales a aquél: que el sujeto realice el comportamiento con el fin de que las autoridades o funcionarios públicos extranjeros o de organizaciones internacionales actúen o se abstengan de actuar en relación con el ejercicio de las funciones públicas; para conseguir o conservar un contrato u otro beneficio irregular en la realización de actividades económicas internacionales.

En definitiva, sólo serán reconducibles al precepto que nos ocupa, los supuestos en los que el corruptor pretende que el funcionario público extranjero o agente: realice en el ejercicio de su cargo i) una acción u omisión constitutivos de delito en la legislación del país del funcionario público extranjero; ii) un acto injusto no delictivo, conforme a la legislación del agente público extranjero; iii) se abstenga de ejecutar un acto que debería practicar en el ejercicio de su cargo.

Además la corrupción sólo será típica cuando se lleva a cabo en el marco de transacciones económicas internacionales, esto es, en aquellas en las que se encuentran involucrados más de un Estado, de manera que existe esta intencionalidad, evidentemente, cuando una empresa española hace un pago a un funcionario de un país extranjero para obtener o conservar un contrato en dicho país.

### III. SUBTIPOS AGRAVADOS

La LO 1/2015 introdujo unas agravaciones que son aplicables a todos los delitos de la sec. 4.<sup>a</sup> y que suponen la imposición de la pena en su mitad superior, pudiendo llegar a imponer el juzgador la pena superior en grado.

Todas las agravaciones son nuevas a excepción de la prevista en la letra d) que ya existía en el antiguo art. 445 aunque son agravaciones conocidas en otras figuras delictivas.

Como se indicó *ut supra* se incluyen dos agravaciones específicas para el delito de corrupción deportiva.

*El art. 287 no ha sido modificado por la LO 1/2019, se incluye a efectos de sistemática del comentario.*

**Art. 287. 1. Para proceder por los delitos previstos en la Sección 3.<sup>a</sup> de este Capítulo, excepto los previstos en los artículos 284 y 285, será necesaria denuncia de la persona agraviada o de sus representantes legales. Cuando aquella sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, también podrá denunciar el Ministerio Fiscal.**

**2. No será precisa la denuncia exigida en el apartado anterior cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas.**

**Art. 288.** En los supuestos previstos en los artículos anteriores se dispondrá la publicación de la sentencia en los periódicos oficiales y, si lo solicitara el perjudicado, el juez o tribunal podrá ordenar su reproducción total o parcial en cualquier otro medio informativo, a costa del condenado.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

1.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283 y 286:

a) Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, o que se hubiera podido obtener, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de 2 años.

b) Multa del doble al triple del beneficio obtenido, favorecido o que se hubiera podido obtener, en el resto de los casos.

2.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284, 285, 285 bis, 285 quater y 286 bis al 286 quater:

a) Multa de 2 a 5 años, o del triple al quintuple 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 2 años de privación de libertad.

b) Multa de 6 meses a 2 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.

3.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.

SUMARIO: I. CONDICIÓN DE PERSEGUIBILIDAD. II. LA PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS.

#### I. CONDICIÓN DE PERSEGUIBILIDAD (ART. 287)

El ámbito de aplicación de esta condición de perseguibilidad que inicialmente afectaba a todo el Cap. XI quedó reducido, tras las modificaciones introducidas por LO 15/2003, a los delitos relativos al mercado y a los consumidores de la sección tercera.

La LO 5/2010 exceptuó del requisito de perseguibilidad a los delitos integrados dentro de lo que se conoce como abuso de mercado —manipulación de mercado (art. 284 CP) y abuso de información privilegiada (art. 285 CP)— y dejó fuera del ámbito de aplicación del art. 287 CP a los delitos de corrupción entre particulares (art. 286 bis) y corrupción deportiva (art. 286 ter).

Sorprende el modo de proceder del legislador porque ha eliminado el requisito de perseguibilidad para los delitos contra la propiedad intelectual e industrial que tutelan

bienes jurídicos individuales y, sin embargo, lo mantiene para los delitos contra el mercado y los consumidores que, salvo la violación de secretos de empresa (arts. 278 a 280) y el delito de piratería (art. 286) protegen bienes jurídicos supraindividuales. No obstante, habrá que entender que, salvo en estos dos delitos, en el resto de la sec. 3.<sup>a</sup> será de aplicación la excepción del art. 287.2, según la cual la denuncia no será exigible cuando la comisión del delito afecte a los intereses generales o a una pluralidad de personas, circunstancias estas que siempre concurren en los delitos contra los consumidores y el libre mercado (*Vid.* SAP Madrid, 30.<sup>a</sup>, 424/2012, 15 oct., FJ 2.<sup>o</sup>, según la cual los intereses de los consumidores llevan ínsitas las notas de generalidad y pluralidad).

El requisito de perseguibilidad aparece redactado en los mismos términos que en el art. 296 CP aplicable a los delitos societarios. Son numerosos los pronunciamientos jurisprudenciales en relación al art. 287 CP cuando en su ámbito de aplicación se encontraban los delitos contra la propiedad intelectual e industrial. En este sentido la jurisprudencia (*Vid.* STS 1276/2006, 20 dic.) ha señalado que el incumplimiento de esta condición de procedibilidad establecida no determina la atipicidad de los hechos denunciados, ni supone que éstos no sean constitutivos de infracción penal, ya que las condiciones de procedibilidad o de perseguibilidad, como la del art. 287.1, no condicionan la existencia del delito sino su persecución procesal, es decir, la apertura del procedimiento penal, por lo que, aunque la condición de procedibilidad falte, el delito, de existir, subsiste hasta la prescripción y hasta tal momento puede ser perseguido tan pronto se cumple la atendida condición.

También señala esta misma jurisprudencia que una vez presentada la denuncia corresponde el ejercicio de la acción al Ministerio Fiscal, sin perjuicio de que el denunciante se constituya en forma en parte, y formule también su pretensión punitiva. Esto es lo que se denomina por la doctrina «traspaso de persecución» y situación de interviniente adhesivo.

La falta del requisito de perseguibilidad es subsanable a lo largo del procedimiento y cabe remarcar que el criterio jurisprudencial acerca del nivel de exigencia con arreglo al cual puede tenerse por cumplido el requisito de denuncia es notablemente amplio y susceptible de convalidación mediante la posterior actuación de la parte o partes perjudicadas. Basta la presencia en la causa del agraviado o de su representante legal para tenerlo por cumplido (STS 709/2000, 19 abr.).

Todo ello ha de ponerse en relación con la reiterada doctrina del TC, en relación con la posibilidad de subsanación de defectos procesales, que considera, desde la perspectiva constitucional que los requisitos procesales no tienen sustantividad propia, sino que constituyen medios orientados a conseguir ciertas finalidades en el proceso, de forma que sus eventuales anomalías, cuya valoración corresponde a los órganos judiciales, no pueden, sin embargo, ser convertidas en meros obstáculos formales impositivos de una respuesta judicial o de la continuación del proceso, resultando, por ello, obligada una interpretación presidida por un criterio de proporcionalidad entre la finalidad y entidad real del defecto advertido, y las consecuencias que de su apreciación pueden seguirse para la efectividad del derecho a la tutela judicial efectiva, perspectiva que favorece, por tanto

la subsanación del defecto siempre que sea posible (SSTC 110/1985, 174/1988, 17/1995 y 104/1997, entre otras).

La numerosa jurisprudencia existente sobre el requisito de perseguibilidad en los delitos contra la propiedad intelectual mantuvo un debate interesante sobre la legitimación de las entidades gestoras de los derechos de autor para iniciar el procedimiento penal que puede resultar de aplicación a las asociaciones de consumidores con respecto a los delitos de la sección 3.ª. Parte de la jurisprudencia entendió que estas entidades estaban legitimadas legalmente por el art. 150 del RDL 1/1996, 12 abr., por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual y, por tanto, su denuncia era suficiente para entender cumplido el requisito de procedibilidad (SAP Madrid 314/2008, 7 jul. EDJ 2008/145777 y SAP Albacete 102/2004, 10 dic.). La postura contraria que negaba que los criterios civiles pudieran ser extrapolados al proceso penal por la diferente trascendencia de los intereses en juego en uno y en otro y por la patente diferencia entre los ilícitos civiles y los penales fue sostenida, entre otras, por la SAP Madrid 405/2006, 16 jun. y la SAP Sevilla 626/2004, 22 nov., que exigían poder especial del perjudicado. Una tercera postura que parece más acertada desde la perspectiva de los intereses en juego es la que sostenía que el requisito de perseguibilidad se entendía cumplido si la entidad de gestión acreditaba que las entidades perjudicadas era miembros de la misma (SAP Lleida 467/2004, 8 oct., SAP Palencia 45/2003, 5 nov.; SAP Granada 575/2006, 25 sep.; y SAP Huelva 238/2004, 28 sep.), criterio este que podría aplicarse a las asociaciones de consumidores.

Como hemos señalado anteriormente habrá que interpretar que en los delitos relativos al mercado y los consumidores a excepción de los contenidos en los arts. 278 a 280 y en el art. 286 habrá siempre una afectación de los intereses generales, entendiendo por tales aquellos que inciden objetivamente en géneros, mercancías o actividades esenciales al buen desarrollo de intereses sociales o de la comunidad en cualquiera de los aspectos del tráfico (SAP Cádiz 316/2011, 17 oct.), ya que como ha señalado la jurisprudencia los intereses de los consumidores llevan ínsita esta nota de generalidad (SAP Madrid, 30.ª, 424/2012, 15 oct.; SAP Málaga, 2.ª, 198/2010, 19 abr.).

En cuanto a la afectación a una pluralidad de personas la jurisprudencia ha considerado cumplido el requisito de procedibilidad cuando la acción del acusado era indiscriminada vulnerando el derecho de los distintos autores, explotadores y distribuidores de las diferentes obras reproducidas ilegalmente (SAP Ciudad Real, 1.ª, 60/2004, 26 abr.); y no ha considerado cumplido el requisito cuando afectaba sólo a 3 (SAP Las Palmas, 2.ª, 175/2007, 15 jun.). Sin embargo, otros pronunciamientos jurisprudenciales se inclinan por considerar que basta con que estén afectados 3 o más sujetos. En este sentido señalan que aunque nuestro TS ha venido exigiendo un número alto de víctimas en referencia a los preceptos en los que se incluye la expresión «múltiples perjudicados» dicha interpretación no es trasladable sin más al art. 287.2.º CP vigente porque no hay razones para sustentar una interpretación restrictiva al tratarse de la eliminación de una condición de perseguibilidad. A ello añaden que el vocablo «pluralidad» empleado por el legislador

penal debe ser interpretado tal y como lo define el DRAE, es decir, como «calidad de ser más de uno»; de modo que debe optarse aquí por una interpretación similar a la que la propia jurisprudencia atribuye a otros preceptos en los que se exige una «pluralidad de sujetos», aunque se trate de normas de diferente naturaleza (por ejemplo, las que se refieren a las asociaciones ilícitas).

En definitiva, el requisito de perseguibilidad cederá siempre en los delitos contra relativos al mercado y los consumidores —todos ellos llevan ínsitas las notas de generalidad y pluralidad— a excepción de los contenidos en los arts. 278 a 280 y en el art. 286 en los que habrá que determinar si en el caso concreto concurren esas notas o no.

En cuanto al perdón del ofendido nada prevé expresamente el legislador en el art. 287 por lo que habrá que considerar que, según la dicción literal del art. 130.4.º, será irrelevante y que una vez concorra el requisito de perseguibilidad, la acusación pública podrá continuar el procedimiento aunque el denunciante perdone al denunciado, sin perjuicio de que en la práctica ello dificultará la prueba.

## II. LA PUBLICACIÓN DE LA SENTENCIA Y LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS (ART. 288)

El párr. 1.º del art. 288 CP prevé la publicación de la sentencia condenatoria para todos los delitos del cap. XI. Esta es una sanción habitual en los países de nuestro entorno en el ámbito de los delitos que afectan al mercado y a la competencia, ya que la misma se adapta bien al perfil del infractor.

La naturaleza de esta medida suscita dudas porque no se ha incluido en el catálogo de penas, medidas de seguridad ni consecuencias accesorias, por lo que podría dudarse de su naturaleza punitiva y discutirse si no es parte de la responsabilidad civil.

No se indica si la sentencia debe ser firme, aunque difícilmente podrá pedirse la ejecución si no se ha incoado la ejecutoria.

Se establece imperativamente la publicación en el BOE y a petición del perjudicado en cualquier otro medio informativo a costa del infractor.

El pár. 2.º del art. 288 es uno de los supuestos en que conforme al art. 31 bis se ha previsto la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Se diferencian dos grupos de delitos a la hora de asignar las penas y dentro de ellos se fija la pena atendiendo a la de la persona física.

Nos remitimos aquí a los comentarios realizados al analizar el art. 31 bis.

## ANTONIO DEL MORAL GARCÍA

**Art. 305**

(...)

**3. Las mismas penas se impondrán a quien cometa las conductas descritas en el apartado 1 y a quien eluda el pago de cualquier cantidad que deba ingresar o disfrute de manera indebida de un beneficio obtenido legalmente, cuando los hechos se cometan contra la Hacienda de la Unión Europea, siempre que la cuantía defraudada excediera de 100.000 euros en el plazo de 1 año natural. No obstante lo anterior, en los casos en los que la defraudación se lleve a cabo en el seno de una organización o grupo criminal, o por personas o entidades que actúen bajo la apariencia de una actividad económica real sin desarrollarla de forma efectiva, el delito será perseguible desde el mismo momento en que se alcance la cantidad fijada en este apartado.**

**Si la cuantía defraudada no superase los 100.000 euros pero excediere de 10.000, se impondrá una pena de prisión de 3 meses a 1 año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de 6 meses a 2 años.**

(...)

La LO 1/2019, 20 feb. ha modificado tanto el ap. 3 del art. 305 —delitos contra la Hacienda Comunitaria— como el art. 308 CP para acompañar la regulación con las previsiones de la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, 5 jul. sobre lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho Penal. Se eleva el dintel mínimo de la cuota defraudada a 10.000 euros. Hasta los 100.000 euros se dibuja un tipo atenuado (antes el arco de este subtipo se movía entre los 4.000 y los 50.000 euros). El resto del precepto subsiste en sus propios términos.

Las penas de este nuevo subtipo atenuado suscitan un problema de concordancia con el art. 310 bis: cuando conforme a este precepto es exigible responsabilidad penal a una persona jurídica carecemos de previsión penológica, en tanto que tal precepto no contempla delitos castigados con pena privativa de libertad inferior a 2 años.

*El art. 306 no ha sido modificado por la LO 1/2019, se incluye a efectos de sistemática del comentario.*

**Art. 306. El que por acción u omisión defraude a los presupuestos generales de la Unión Europea u otros administrados por ésta, en cuantía superior a 50.000 euros, eludiendo, fuera de los casos contemplados en el apartado 3 del artículo 305,**

**el pago de cantidades que se deban ingresar, dando a los fondos obtenidos una aplicación distinta de aquella a que estuvieren destinados u obteniendo indebidamente fondos falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubieran impedido, será castigado con la pena de prisión de 1 a 5 años y multa del tanto al séxtuplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de 3 a 6 años.**

**Si la cuantía defraudada o aplicada indebidamente no superase los 50.000 euros, pero excediere de 4.000, se impondrá una pena de prisión de 3 meses a 1 año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de 6 meses a 2 años.**

Llama poderosamente la atención que, pese a lo expresado en la Exposición de Motivos de la LO 1/2019, se mantenga formalmente el art. 306 con las viejas cuantías, cuando su contenido material ha pasado a acrecer el art. 308. El error estaba ya presente en el Proyecto legislativo y se ha perpetuado durante toda la tramitación parlamentaria: nadie ha detectado el desliz, que no es de segundo: arrastrar a la duplicidad legislativa: dos preceptos que contemplan las mismas conductas pero con perfiles diferentes (cuantías y forma de cómputo), penas distintas (más graves las del art. 306), y régimen de exoneración y atenuación diferentes (virtualidad de la regularización, atenuación extraordinaria por el pronto reintegro).

La única salida lógica a esta anómala situación sería corregir el flagrante error legislativo por vía interpretativa y entender derogado el precepto. Sin duda tal exégesis resulta atrevida: supone la abrogación judicial de una norma que formalmente el legislador no ha derogado. Ciertamente existe la derogación tácita. Pero cuando se trata del mismo texto normativo, de rango orgánico y además de preceptos tan próximos, se presenta esa conclusión, al menos, como discutible.

La solución más formal —y así lo ha sugerido algún comentarista— pasaría por considerar vigentes ambas normas (306 y 308) y solventar los problemas de doble tipicidad a través del art. 8 CP. Desde esta perspectiva tendríamos:

a) los fraudes a los presupuestos europeos en cuantía comprendida entre 4.000 y 10.000 euros siguen siendo conducta penalmente relevante. Deben sancionarse conforme al art. 306 CP, sin perjuicio de la conveniencia de instar el indulto total (art. 4.3 CP);

b) los fraudes comprendidos entre 50.000 y 100.000 euros deberán sancionarse también conforme al art. 306 CP, aunque resultará procedente instar el indulto parcial para reducir la pena determinada conforme al párr. primero de tal norma de forma que no se supere la penalidad que establece para esos casos el actual art. 308;

c) para los fraudes superiores a 100.000 euros y los comprendidos entre 10.000 y 50.000 euros se producirá entre los arts. 306 y 308 una relación de alternatividad pura: es indiferente aplicar uno u otro precepto. No obstante, en el caso de regularización

temporánea o pago pronto, o se considera norma especial el art. 308 (art. 8) y se le dota en virtud de ello de preferencia sobre el art. 306, determinando la exoneración o en su caso la atenuación cualificada; o habrá de acudirse otra vez al mecanismo del indulto para borrar el dislate legislativo;

d) si las cuantías establecidas como frontera entre lo punible y lo no punible se obtienen solo mediante la suma de diversas subvenciones o ayudas será de aplicación el art. 308. Antes la conducta en fraudes comunitarios no sería típica (según la lectura más estricta del art. 306 que, en todo caso, no puede considerarse segura).

Ante ese alambicado, tortuoso y desarmónico panorama, se me antoja más natural y simple estimar que se ha producido una derogación implícita del art. 306. Habrá que comprobar cómo se abordan esos supuestos en la praxis judicial y jurisprudencial cuando se presenten.

(...)

**Art. 308. 1.** El que obtenga subvenciones o ayudas de las Administraciones Públicas, incluida la Unión Europea, en una cantidad o por un valor superior a 100.000 euros falseando las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que la hubiesen impedido será castigado con la pena de prisión de 1 a 5 años y multa del tanto al séxtuplo de su importe, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.

2. Las mismas penas se impondrán al que, en el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones públicas, incluida la Unión Europea, los aplique en una cantidad superior a 100.000 euros a fines distintos de aquéllos para los que la subvención o ayuda fue concedida, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.

3. Además de las penas señaladas, se impondrá al responsable la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante un período de 3 a 6 años.

4. Si la cuantía obtenida, defraudada o aplicada indebidamente no superase los 100.000 euros pero excediere de 10.000, se impondrá una pena de prisión de 3 meses a 1 año o multa del tanto al triplo de la citada cuantía y la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de los beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social durante el período de 6 meses a 2 años, salvo que lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6.

5. A los efectos de determinar la cuantía a que se refiere este artículo, se atenderá al total de lo obtenido, defraudado o indebidamente aplicado, con independencia de si procede de una o de varias Administraciones Públicas conjuntamente.

6. Se entenderá realizado el reintegro al que se refieren los apartados 1, 2 y 4 cuando por el perceptor de la subvención o ayuda se proceda a devolver las subven-

ciones o ayudas indebidamente percibidas o aplicadas, incrementadas en el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que las percibió, y se lleve a cabo antes de que se haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación o control en relación con dichas subvenciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el juez de instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias. El reintegro impedirá que a dicho sujeto se le persiga por las posibles falsedades instrumentales que, exclusivamente en relación a la deuda objeto de regularización, el mismo pudiera haber cometido con carácter previo a la regularización de su situación.

7. La existencia de un procedimiento penal por alguno de los delitos de los apartados 1, 2 y 4 de este artículo, no impedirá que la Administración competente exija el reintegro por vía administrativa de las subvenciones o ayudas indebidamente aplicadas. El importe que deba ser reintegrado se entenderá fijado provisionalmente por la Administración, y se ajustará después a lo que finalmente se resuelva en el proceso penal.

El procedimiento penal tampoco paralizará la acción de cobro de la Administración, que podrá iniciar las actuaciones dirigidas al cobro salvo que el juez, de oficio o a instancia de parte, hubiere acordado la suspensión de las actuaciones de ejecución previa prestación de garantía. Si no se pudiere prestar garantía en todo o en parte, excepcionalmente el juez podrá acordar la suspensión con dispensa total o parcial de garantías si apreciare que la ejecución pudiese ocasionar daños irreparables o de muy difícil reparación.

8. Los jueces y tribunales podrán imponer al responsable de este delito la pena inferior en 1 o 2 grados, siempre que, antes de que transcurran dos meses desde la citación judicial como investigado, lleve a cabo el reintegro a que se refiere el apartado 6 y reconozca judicialmente los hechos. Lo anterior será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado al reintegro o del autor del delito, cuando colaboren activamente para la obtención de pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos o para la averiguación del patrimonio del obligado o del responsable del delito.

SUMARIO: I. EL FRAUDE DE SUBVENCIONES: CUESTIONES GENERALES. II. OBTENCIÓN FRAUDULENTE DE SUBVENCIONES. III. INCUMPLIMIENTO DE LA FINALIDAD EN EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES SUBVENCIONADAS. IV. LA ACCIÓN DE RECUBRO. V. SUBTIPO ATENUADO. VI. LA REFORMA DE 2019: FRAUDES A LOS PRESUPUESTOS DE LA UNIÓN EUROPEA.

## I. EL FRAUDE DE SUBVENCIONES: CUESTIONES GENERALES

Se contemplan en este precepto dos modalidades delictivas que son conocidas genéricamente como fraude de subvenciones. Se introdujeron en la reforma de 1985. Se protege la Hacienda Pública pero no en su vertiente recaudatoria, a la que atiende el art. 305, sino en su vertiente de gasto público de fomento. El genérico delito de estafa era insuficiente en la mayoría de los casos por sus exigencias típicas para cobijar las conductas aquí castigadas. La frontera entre el delito y la infracción administrativa se situaba en 120.000 euros. La LO 1/2019 ha reducido la cuantía a 100.000 euros, estableciendo un tipo atenuado hasta los 100.000 euros (párf 4.º). A partir de esa cifra mantiene la penalidad originaria. Se consigue así una plena asimilación con los fraudes a la UE que han sido reconducidos a este precepto si en concordancia con la Exposición de Motivos estimamos desaparecido el contenido del art. 306 al haber quedado embebido en éste (vid. comentario al art. 306 CP).

También existen opiniones diversas en torno a la naturaleza de ese *quantum*: resultado típico o condición objetiva de punibilidad (vid. STS 213/1997, 19 abr.). La jurisprudencia parece inclinarse por la segunda estimación (la STS 316/2017, 3 may. alude a ese problema sin llegar a pronunciarse).

En cuanto a la posibilidad de delito continuado hay que remitirse a lo ya expuesto al comentar el delito de defraudación tributaria, con la advertencia de que en este delito es más generalizada la admisión de la continuidad delictiva, a condición siempre de que cada uno de los fraudes aglutinados en un único delito continuado por sí solo alcance la cuantía mínima (STS 277/2015, 3 jun.). No obstante a partir de la reforma de 2019 la cuestión puede complicarse más según interpretemos el nuevo art. 308.5 que sustituye al criterio del art. 305.4. Antes debía estarse al año natural y se aglutinaban para hacer el cómputo todas las subvenciones referidas a la misma actividad. De ahí podría deducirse que para construir un delito continuado sería necesario enlazar conductas cuantificables cada una por encima de los 120.000 euros referidas bien a actividades diferentes; bien a anualidades diferentes. La nueva redacción del art. 308.5 podría llevar a considerar inexigible esa identidad de actividad provocando resultados en relación al tipo del art. 308.1 difícilmente admisibles (como convertir en delito continuado una suma de fraudes por importes penalmente irrelevantes —1.000 euros, v.gr.— que se van acumulando en ejercicios sucesivos hasta alcanzar el dintel de los 10.000 euros).

La Ley 7/2012 al igual que en el delito de defraudación tributaria introdujo en el párr. 5.º de este precepto (6.º, a partir de la LO 1/2019) la regularización como elemento negativo del tipo. Pueden reproducirse todos los comentarios realizados en torno al art. 305.4 y 307.3. Es necesaria la devolución de las cantidades defraudadas. Se habla expresamente de «reintegro». Ese reintegro ha de hacerse con el incremento cuantitativo por el interés de demora aplicable en materia de subvenciones desde el momento en que se percibieron. Desde 2019 esa eficacia exoneradora se extiende también a los fraudes comunitarios (vid. no obstante comentario al art. 306 CP).

El reintegro ha de producirse antes de la persecución de los hechos, si bien el «reintegro tardío» puede dar lugar a una atenuación de la pena (ap. 8).

El núm. 3 del precepto anuda a las conductas castigadas junto a las penas la pérdida de la posibilidad de obtener subvenciones o ayudas públicas y del derecho a gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

Es esta también infracción que puede generar responsabilidad penal para la persona jurídica. En los tipos atenuados, tal y como se ha mencionado ya al comentar el art. 305, se produce una discordancia con el art. 310 bis: no hay previsión penológica para la persona jurídica responsable.

## II. OBTENCIÓN FRAUDULENTO DE SUBVENCIONES

Se alude a las subvenciones, desgravaciones o ayudas de las Administraciones Públicas. Se abarcan por tanto ya todo tipo de ayudas económicas de cualquier especie que las Administraciones Públicas otorgan a particulares (STS 213/1997, 19 abr.), incluidos los premios y primas. El fraude a través del subsidio de desempleo —calificable como ayuda— queda de esta forma incluido en este precepto, lo que no sucedía con anterioridad pues no constituían subvenciones (SSTS 1156/1997, 29 sep., 264/1998, 1 dic. y 1161/1998, 25 nov.). Este delito tiene carácter subsidiario respecto del delito de estafa y así lo ha señalado la STS 1030/2013, 28 nov. rectificando posturas anteriores que consideraban que regía el principio de especialidad (STS 213/1997, 19 abr. o 1161/1998, 25 nov.). Eso se traduce en que si la conducta colma todos los elementos de la estafa (engaño suficiente, dolo antecedente, perjuicio...) será típica con independencia de la cuantía por la vía del art. 248 CP.

Las modalidades defraudatorias son dos: el falseamiento de las condiciones requeridas para la obtención de la ayuda o la ocultación de datos que la hubiesen impedido. Ha de tratarse de circunstancias esenciales y no accesorias: es decir, aquellas que hubiesen determinado la no concesión de la subvención, desgravación o ayuda. La consumación llegará cuando la cantidad quede a disposición del sujeto activo: no basta el acto administrativo de concesión. Es posible la tentativa en principio, aunque pueden plantearse dudas (STS 316/2017, 3 may.).

## III. INCUMPLIMIENTO DE LA FINALIDAD EN EL EJERCICIO DE ACTIVIDADES SUBVENCIONADAS

El ap. 2 cierra el cuadro de protección castigando la desviación de la finalidad de la subvención o ayuda concedida. Antes de la reforma Ley 7/2012, 27 dic., se hacía referencia al «incumplimiento de las condiciones (...) con alteración sustancial de los fines que determinaron la subvención», terminología que permitía excluir del tipo las meras irregularidades, pero generaba dudas interpretativas en cuanto a qué debía entenderse por modificación «sustancial». Con la reforma del año 2012, se castiga a quien en el desarrollo de una actividad sufragada total o parcialmente con fondos de las Administraciones

públicas «los aplique a fines distintos de aquéllos para los que la subvención o ayuda fue concedida», tratando de ofrecer mayor seguridad.

Ha de entenderse que sólo las subvenciones o ayudas para «el desarrollo de actividades» pueden dar lugar al delito, pues sólo en el marco de una actividad subvencionada puede hablarse con propiedad de condiciones y finalidades que puedan ser incumplidas. Por tanto las ayudas públicas de contenido social o las desgravaciones quedan al margen de este tipo.

No se exige que se cause un perjuicio superior a 10.000 euros —100.000 para el tipo básico—, sino que basta con que la aplicación fraudulenta de la subvención o ayuda rebase ese *quantum*. El desvío en cantidad inferior quedará en el ámbito de la sanción administrativa (STS 316/2017, 3 may.)

Se excluye el tipo, al igual que sucede que en el ap. 1, cuando el responsable haya procedido al reintegro conforme a lo dispuesto en el ap. 6 del art. 308.

#### IV. LA ACCIÓN DE RECOBRO

Otra de las novedades de la reforma operada por la Ley del año 2012 es la posibilidad de que la Administración Tributaria continúe con el procedimiento administrativo de cobro de la deuda pese a la pendencia del proceso penal. Nos remitimos a lo dicho al respecto en el art. 305 CP, que establece esta misma acción de recobro. Se trata, como vimos, de no paralizar la acción de cobro de la Administración por la sola pendencia del proceso penal, salvo que el Juez, de oficio o a instancia de parte, acuerde la suspensión de las actuaciones de ejecución previa prestación de garantía.

La responsabilidad civil sería exigible ante el Tribunal de Cuentas por vía de principio, aunque no se excluyen casos de ejercicio efectivo ante la jurisdicción penal (STS 277/2015, 3 jun. o 149/2015, 11 mar.).

#### V. SUBTIPO ATENUADO

A imagen y semejanza de lo establecido para la defraudación tributaria y el fraude de cuotas de la Seguridad Social la operada en virtud de la Ley 7/2012 establece un subtipo atenuado referido al «reintegro tardío» de las cantidades que completa la exclusión de la responsabilidad si ese reintegro se lleva a cabo «antes de que se haya notificado la iniciación de actuaciones de comprobación o control en relación con dichas subvenciones o ayudas o, en el caso de que tales actuaciones no se hubieran producido, antes de que el Ministerio Fiscal, el Abogado del Estado o el representante de la Administración autonómica o local de que se trate, interponga querrela o denuncia contra aquél dirigida o antes de que el Ministerio Fiscal o el Juez de Instrucción realicen actuaciones que le permitan tener conocimiento formal de la iniciación de diligencias». Para la atenuación facultativa también se establece un tope cronológico: dos meses a contar desde la citación judicial como imputado (investigado en la actualidad). Esta ventaja punitiva será igualmente aplicable respecto de otros partícipes en el delito distintos del obligado al reintegro o del autor del delito, en los términos establecidos en la norma.

## VI. LA REFORMA DE 2019: FRAUDES A LOS PRESUPUESTOS DE LA UNIÓN EUROPEA

La LO 1/2019 ha querido unificar a todos los efectos la protección dispensada mediante estas tipicidades a los presupuestos de la UE con los nacionales. Eso supone novedades relevantes. Por un lado ha llevado a disminuir las cuantías ampliando por debajo la tipicidad de los fraudes en el ámbito puramente nacional (ahora reducidas a 10.000 euros). Por otra extiende la eficacia exoneradora del reintegro a los fraudes comunitarios en estas modalidades típicas, así como la atenuación extraordinaria por pronto reintegro.

Absurdamente y en lo formal subsiste el art. 306 CP. Estimamos postura más lógica considerarlo derogado y sustituido por las menciones introducidas en el art. 308 a la UE. De entenderse otra cosa habrá que estar a las pautas que hemos marcado en el comentario del art. 306.

RAFAEL ESCOBAR JIMÉNEZ

**Art. 382.** Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 380 y 381 se ocasionare, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces o Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado.

Quando el resultado lesivo concorra con un delito del artículo 381, se impondrá en todo caso la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores prevista en este precepto en su mitad superior.

*Concordancias:* véanse las expuestas en el art. 379. RD L 8/2004, 29 oct., por el que se aprueba el Texto Refundido de la L. sobre responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor y Ley 21/2007, 11 jul., que lo modifica. L. 20/2015, 14 jul., de ordenación, supervisión y solvencia de las entidades aseguradoras y reaseguradoras. RD 1507/2008, 12 sep., por el que se aprueba el Reglamento del seguro obligatorio de responsabilidad civil en la circulación de vehículos a motor.

SUMARIO: I. NATURALEZA DEL PRECEPTO. II. REQUISITOS. III. SUPUESTOS. IV. RESPONSABILIDAD CIVIL. V. EL PÁRR. 2.º DEL ART. 382.

También la LO 15/07 afectó al contenido de este precepto que hasta la entrada en vigor de aquélla se encontraba en el art. 383. Las principales novedades que incorporó la reforma consistieron en, 1.º) incluir, en su texto, la referencia a las conductas que describe el art. 381 (ubicadas, antes de la reforma, en el art. 384), con lo cual se solventan las dudas sobre si las mismas eran abarcadas por su ámbito de aplicación; 2.º) el resultado lesivo que se produzca ha de ser constitutivo de delito, frente a la redacción anterior que únicamente exigía el resultado lesivo, aunque este aspecto carece en la actualidad de controversia tras la supresión de las faltas; 3.º) establece de modo imperativo que se imponga la pena del delito

más grave en su mitad superior; 4.º) queda suprimida la dispensa de sujeción a las reglas del art. 66 que se establecía en el texto precedente, con lo cual, la extensión de la pena habrá de ser determinada conforme a las susodichas reglas del art. 66 CP. Por su parte la LO 2/2019, 1 mar., ha añadido un segundo párrafo al precepto.

### I. NATURALEZA DEL PRECEPTO

Es una de las cuestiones de evidente trascendencia que plantea el art. 382. Hasta la entrada en vigor de la LO 15/07 era unánime la opinión de que regulaba concretos supuestos de concursos de normas que resolvía expresamente, frente a la formulación general del art. 8 CP, con la aplicación del principio de alternatividad al ordenar el castigo de la infracción más gravemente penada. Así se reflejaba también en la jurisprudencia, señalando la STS 19 nov. 92 (con cita de la sentencia de 29 nov. 90), que este precepto, para el caso de que se produzca el resultado lesivo, sanciona, con arreglo al principio de alternatividad y mayor rango punitivo, el resultado más grave. (Véanse, igualmente, las SSTs 130/2000, 10 abr.; 2411/2001, 1 abr., y 1241/2001, 20 jun.). Disponía el entonces art. 383: «Cuando con los actos sancionados en los artículos 379, 381 y 382 se ocasionara, además del riesgo prevenido, un resultado lesivo, cualquiera que sea su gravedad, los Jueces y Tribunales apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, condenando en todo caso al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado. En la aplicación de las penas establecidas en los citados artículos, procederán los Jueces y Tribunales según su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el artículo 66».

Las indicadas correcciones que introdujo la reforma de la LO 15/07 en el art. 382, como luego se explicará, no han perturbado la esencia de su precedente legislativo ni, por tanto, modificado la naturaleza de la disposición. Y así lo viene entendiendo un sector de la doctrina científica (entre otros, GÓMEZ PAVÓN que cita a DE VICENTE MARTÍNEZ y MOLINA FERNÁNDEZ, MOLINA GIMENO). Sin embargo, apoyado en la frase del art. 382 que reza «apreciarán tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior», algunos autores defienden el criterio de que lo que se regula es un supuesto de concurso de delitos (ZUGALDÍA ESPINAR), y, más en concreto, un concurso ideal (SÁNCHEZ MELGAR, LUZÓN CUESTA, PIPAON PULIDO-PEDREÑO, NAVARRO-BEL FRANCÉS, GUTIÉRREZ RODRÍGUEZ).

La Circular FGE 10/2011, aunque es minuciosa en el análisis del contenido del precepto respecto de las hipótesis que pueden plantearse, muestra la misma imprecisión que atribuye al art. 382 y, más allá de la expresión *regla o norma concursal*, no llega a matizar con claridad si se trata de una disposición para el concurso de delitos o para el concurso aparente de normas. También en la Sala 2.ª se encuentran pronunciamientos dispares. Para la STS 1019/2010, 2 nov., no hay duda de que contempla un supuesto de concurso de delitos. Sin embargo, la STS 1135/2010, 29 dic., se decanta por entender que se trata de un precepto que resuelve un concurso de normas:

«A pesar de las críticas unánimes de la doctrina científica, es patente que dicho precepto consagra una cláusula concursal específica. En este sentido, el legislador ha considerado que se trata de un concurso de leyes y sanciona tan sólo uno de los hechos, el más gravemente penado. Aplica directamente la cláusula de alternatividad y mayor rango punitivo que el art. 8.4.<sup>a</sup> CP establece para resolver el concurso de normas que se proyecta sobre el hecho enjuiciado, siendo por ello doctrina

de la Sala que el delito de peligro seguido de otro con resultado de igual o mayor rango penal queda consumido en éste. La regla concursal específica no se ve alterada en el caso de concurrencia de diversos resultados lesivos, pues la absorción se producirá siempre en la infracción más gravemente penada. Realmente el art. 383 (ahora 382) consagra un concurso de normas a resolver por el n.º 4 del art. 8 CP que es la solución específica prevista por el referido art. 383 CP».

Finalmente, la STS 890/2010, 8 oct., aunque no se pronuncia expresamente sobre la cuestión, parece entender que el art. 382 regula un concurso de normas. También merece cita la STS 706/2012, 24 sep., que *obiter dicta* señala que:

«El art. 382 ha equiparado el supuesto al concurso medial, aunque eso no necesariamente signi-

fica que el legislador se ha decantado por considerar que estamos ante un concurso ideal o medial».

Parece zanjar la cuestión la S. del Pleno de la Sala 2.<sup>a</sup> 390/2017, 30 may., al partir de que el art 382 establece una norma concursal cuando, junto con el delito de riesgo abstracto, concorra otro delito de resultado, en cuyo caso, por el juego de tal norma solo se sanciona el más gravemente penado.

Como ya se adelantó, el art. 382 está establecido para resolver, por el principio de alternatividad, un específico concurso de normas con exclusión de la regla general establecida en el art. 8 CP. Y aquel concurso no es otro que el que se puede dar entre uno de los artículos que menciona (arts. 379, 380 ó 381) y el precepto penal en el que se subsuma el resultado lesivo siempre que éste sea constitutivo de delito, cualquiera que sea su gravedad.

Y la principal razón que aboga por la existencia del concurso de normas reside en que uno de los elementos nucleares, en cualquiera de los delitos previstos en los preceptos que indica, sea el art. 379, el art. 380, o el art. 381, a su vez, va a formar parte integrante de la formulación típica contenida en la norma del Lib. II que contemple el resultado lesivo producido, de modo y manera que, de afirmarse la existencia de un concurso ideal, lo que implica la concurrencia, al menos, de dos delitos, quedaría quebrantada la prohibición del *bis in idem*. Imaginemos, por ejemplo, una persona que conduce con una tasa de alcohol en sangre de 1,9 gramos por litro y que atropella a un peatón que cruza por un paso de cebra no regulado por semáforo causándole la muerte. Los preceptos del CP que entrarían en liza serían, de un lado, el art. 379.2, en su inciso 2.º y, de otro, el art. 142 CP; y éste último sería el que ha de aplicarse por ser el más grave. La conducción que el agente realiza con la susodicha tasa de alcohol, no obstante, estar prevista en el art. 379.2, una vez producido el resultado, forma parte de la infracción del deber de cuidado propia de la imprudencia en la que aquél incurre al atropellar al peatón. En otras palabras, empleando un criterio de la Sala 2.<sup>a</sup> para distinguir los supuestos de concurso de normas frente al de delitos, aplicando el art. 142 se abarca la total antijuricidad del hecho. Cita, en este sentido, la STS1231/09, 25 nov., la STS 458/2003, 31 mar. que afirma:

«Cuando los hechos delictivos encajan en dos disposiciones penales y no es necesario aplicar las dos para abarcar la total antijuridicidad del suceso, nos hallamos ante un concurso de normas a resolver por lo regulado en el art. 8 CP, concretamente por la regla 3.ª que recoge el criterio de

la absorción, a aplicar cuando el precepto penal más amplio consume a otro más simple.». Pero la consunción de una norma solo puede admitirse cuando 'ninguna parte injusta del hecho' queda sin respuesta penal, debiendo accederse en otro caso al concurso de delitos».

Por el contrario, apreciando el concurso ideal de delitos, arts. 379.2, inciso 2.º, y 142, resultaría castigada dos veces la misma conducta aunque finalmente se pene como un único delito.

Frente a estas consideraciones, uno de los argumentos que se esgrime para sostener que el art. 382 prevé un supuesto de concurso ideal de delitos es que dicho precepto ordena aplicar la infracción más gravemente penada, imponiendo la pena en su mitad superior. Sin embargo, este argumento, que orilla analizar la estructura típica de los preceptos susceptibles de aplicarse, resulta igualmente válido para defender la hipótesis de concurso de normas y, sobre todo, si se hubiera considerado como un supuesto de concurso ideal, habría bastado con una remisión del art. 382 al art. 77 CP. *Item* más, tampoco se alcanza a entender, de constituir un supuesto de concurso ideal, que no se ofrezca la posibilidad normativa de penar los delitos por separado como sí hace el art. 77 CP. Carece de sentido que ello fuera así por el simple hecho de tratarse de delitos contra la seguridad vial.

Otros argumentos conducen, del mismo modo, a la solución que se viene propugnando. Así, el art. 382 utiliza la expresión *apreciarán tan sólo* que es indicativa de la referencia a un concurso de normas. Y, sobre todo, el propio Preámbulo de la LO 15/07 apunta con nitidez al concurso de normas al decir:

«Al igual que sucede en el derecho vigente, se ofrece una específica regla para salvar el concurso de normas cuando se hubiera ocasionado además del riesgo prevenido un resultado lesivo. En tal caso se apreciará tan sólo la infracción más gravemente penada, aplicando la pena en su mitad superior y condenando, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado».

Finalmente, al ordenar el castigo por el precepto penal más grave, cuya pena ha de imponerse en su mitad superior, el art. 382 incluye una deliberada previsión específica que atiende a las circunstancias que han propiciado el resultado lesivo, especialmente, la previa ingesta de alcohol o drogas, la velocidad excesiva, la conducción temeraria o con consciente desprecio por la vida, y que todo ello tenga lugar al conducir un vehículo de motor o un ciclomotor por lugares en los que se encuentran otros usuarios que intervienen de una u otra forma, directa o indirectamente, en el tráfico rodado. Lo expuesto, como luego se tratará, con independencia de que el delito resultante tras resolver el concurso de normas constituya, a su vez, un concurso ideal propio respecto del resto de resultados producidos (vgr. dos o más muertes).

## II. REQUISITOS

Como reclama la dinámica propia de cualquier concurso de normas, en este específico que prevé el art. 382, párr. 1.º, el paso previo a concretar la infracción más grave pasa por oponer los dos preceptos del Lib. II del CP susceptibles, en principio, de aplicarse: uno será el que contemple el delito contra la seguridad vial que corresponda y, otro, aquél en el que pueda subsumirse el comportamiento íntegro, incluido, obviamente, el resultado lesivo producido.

Para que venga en aplicación el art. 382, párr. 1.º, es necesario: 1.º) que tenga lugar cualquiera de las conductas previstas en los arts. 379, 380 ó 381; 2.º) que se produzca un resultado lesivo. El empleo del término *lesivo* y no *dañoso*, ha de entenderse como resultado que afecta a la vida o integridad física con exclusión de daños en el patrimonio o bienes, sin perjuicio del resarcimiento que pueda proceder por los desperfectos causados a éstos. Por tanto, si se ejecuta, por ejemplo, la conducta del art. 379.2 y, a consecuencia de la influencia del alcohol ingerido en la conducción que realiza el sujeto se producen únicamente daños en la propiedad ajena, el art. 382 no puede aplicarse al faltar el exigido resultado lesivo constitutivo de delito, debiendo estarse exclusivamente al art. 379.2. Ello es así, incluso, en el hipotético supuesto de llegar a causarse daños superiores a 80.000 euros (en cuantía inferior no hay resultado típico de daños imprudentes), pues el precepto a tener en cuenta será, entonces, el art. 8.4.ª CP que propicia la aplicación del art. 379.2 frente al art. 267.1 CP (en este caso, no hay absorción pues el tipo del art. 379.2 es de mera actividad). Del mismo modo, en relación con los daños, cabe plantear la hipótesis de realización de la conducta del art. 381 con producción exclusiva de daños que habrían de calificarse como intencionales (dolo eventual). En tal caso, al no concurrir *resultado-lesivo* tampoco procede aplicar el art. 382; es el art. 8, ordinal 4.º, CP el que resolverá el concurso de normas entre aquél precepto y el correspondiente de los daños. Se estima que no es el art. 8.3.º CP porque el delito del art. 381, precepto más grave en la mayoría de los casos, formal o de mera actividad, no puede absorber el resultado dañoso. 3.º) Por último, exige el art. 382, párr. 1.º, que el resultado lesivo producido sea constitutivo de delito. Recuérdese, en este punto, que el art. 382, respecto del resultado lesivo, matiza *‘cualquiera que sea su gravedad’*, lo que significa que también acoge el resultado previsto en el ap. 2 del art. 147 CP (modificado por LO 1/2015 que suprimió las faltas).

## III. SUPUESTOS

Detengámonos ahora en los supuestos que pueden darse. No obstante, ha de hacerse una precisión previa: si el vehículo de motor o ciclomotor es utilizado deliberadamente como medio para acabar con la vida de una persona o producirle lesiones (o daños), el art. 382 no entra en aplicación. En este caso, la acción es por completo ajena al ámbito de la seguridad vial al no figurar el vehículo como elemento de riesgo sino como instrumento de aquélla (véase, por ejemplo, STS 423/2012, 22 may.). Tan es así que conforme al acuerdo del Pleno de la Sala 2.ª TS de 24 abr. 2007:

«No responderá la aseguradora, con quien se tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil, cuando el vehículo de motor sea el instrumento directamente buscado para causar

daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor».

a) *El art. 382, párr. 1.º, y cualquiera de los delitos previstos en el art. 379 o 380.* En principio, el resultado lesivo consecuencia de cualquiera de las conductas previstas en el art. 379 ó 380 nos introduce en el terreno de la imprudencia grave. Recuérdesse que la reforma de la LO 1/2015 ha suprimido del Texto penal la imprudencia leve e introducido la imprudencia menos grave.

La jurisprudencia de la Sala 2.<sup>a</sup> ha venido ofreciendo los criterios de distinción entre la imprudencia grave y la desaparecida leve, que continúan siendo válidos para descartar, en su caso, la afirmación de la primera. Los mismos son citados, por ejemplo, en la STS 26/2010, 25 ene.:

«La diferencia entre la imprudencia grave y la simple ha sido establecida por esta Sala en alguna ocasión en atención a la entidad del bien jurídico puesto en riesgo por la conducta. Así, en la STS 211/2007, citando la STS 2235/2001, se decía que «la gravedad de la imprudencia está directamente en relación con la jerarquía de los bienes jurídicos que se ponen en peligro y con la posibilidad concreta de la producción del resultado lesivo. En otros términos: cuando la acción del autor genera un peligro para un bien jurídico importante en condiciones en las que la posibilidad de producción del resultado son considerables, la imprudencia debe ser calificada de grave». En otros casos, sin embargo, se ha atendido más directamente a la entidad de la infracción del deber de cuidado. En la STS 1111/2004, se afirmaba que «La imprudencia será grave, y por ello constitutiva de delito, o leve, siendo una falta, en función de la calificación que merezca la entidad

de la infracción del deber objetivo de cuidado». En la STS 186/2009 señala, con cita de la STS 665/2004, 30 jun. «que el criterio fundamental para distinguir ambas clases de imprudencia ha de estar en la mayor o menor intensidad o importancia del deber de cuidado infringido». Y en la STS 181/2009, antes citada, se argumentaba que «la imprudencia es grave, equivalente a la temeraria del CP derogado, cuando supone dejar de prestar la atención indispensable o elemental, comprendiendo tanto la culpa consciente como la inconsciente, ya que no es precisa una representación mental de la infracción por parte del sujeto. Se configura así por la ausencia de las más elementales medidas de cuidado causante de un efecto fácilmente previsible y el incumplimiento de un deber exigido a toda persona en el desarrollo de la actividad que ejercita (SS 1082/1999, 28 jun.; 1111/2004, 13 oct.)».

Por su parte, la nueva categoría de imprudencia, llamada menos grave, se sitúa en un estadio intermedio entre la grave y la leve y, frente a la primera, que conlleva la omisión del deber de diligencia o, si se quiere, de las precauciones más elementales, o a la segunda, que apunta al mero descuido o desatención leve, ha de consistir en la omisión de la diligencia media acostumbrada en el ámbito de actividad de que se trate que, en el presente supuesto, es el tráfico rodado.

En cualquier caso, es claro que la conducción a velocidad punible, bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias estupefacientes, con tasas de alcohol que refiere el tipo del art. 379.2, o con temeridad manifiesta, supone una infracción evidente e intensa del deber objetivo de cuidado o, si se quiere, una omisión de las más elementales normas de cuidado. Por consiguiente, de producirse el resultado lesivo a consecuencia de aquellas conductas, la imprudencia no admitirá otra calificación que la grave.

De hecho, en lo que se refiere a la conducción bajo los efectos del alcohol o drogas, la Sala 2.<sup>a</sup> ha venido afirmando, en constante doctrina, que toda conducción bajo los efectos del alcohol, drogas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas que produce un determinado resultado lesivo se califica como imprudencia temeraria (ss. 2 feb. 81; 20 nov. 85; 11 jul. 86; 20 oct. 87; 24 nov. 89; 5 mar. 92; 26 mar. 93), equivalente a grave en el actual CP. Razonamiento que es trasvasable *mutatis mutandi* al resto de los indicados supuestos.

En consecuencia, si se produce la muerte de una persona, se aplicará el art. 142, ap. 1, párrs. 1.º y 2.º, como infracción más grave que cualquiera de los supuestos previstos en los arts. 379 ó 380, dadas las penas señaladas a éstos, imponiéndose la pena establecida en el art. 142 en su mitad superior. Sin embargo, si el resultado consiste en lesiones, ha de distinguirse según la clase de lesión producida. Si es una lesión descrita en el art. 147.1, se aplicará el art. 152.1.1.º y párr. 2.º, como más grave que el art. 379; empero, si aquella lesión se ocasiona a consecuencia de una conducción con temeridad manifiesta, el precepto más grave es el art. 380 frente al art. 152.1.1.º. Por el contrario, si las lesiones producidas son las descritas en el art. 149, ha de estarse al art. 152.1.2.º y párr. 2.º, por ser infracción más gravemente penada que cualquiera de las que contienen los arts. 379 ó 380. CP. Finalmente, si el resultado lesivo es subsumible en el art. 150, se aplicará el art. 152.1.3.º y párr. 2.º, frente al art. 379, cediendo, por otro parte, su aplicación el referido art. 152.1.3.º al art. 380 que es precepto más grave dada la mayor duración de la pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores. Recuérdese que la pena del correspondiente precepto penal más grave habrá de imponerse en su mitad superior por imperativo del art. 382, párr. 1.º.

b) *El art. 382 y el delito previsto en el art. 381.1.* Si se produjera un resultado de muerte se aplicará directamente el art. 138 CP. En este supuesto<sup>2</sup>, el art. 382, párr. 1.º, provoca que el homicidio intencional así ocasionado (dolo eventual) sea castigado con mayor severidad que un homicidio ordinario pues la pena del art. 138 ha de imponerse en su mitad superior. Quizá, una remota justificación de ello haya de buscarse en el incremento del desvalor de la acción y del resultado por el hecho emplear un vehículo y de tener lugar con ocasión del tráfico rodado a la que cotidianamente se accede en una atmósfera de confianza en la circulación. Tras la LO 2/2019, también ha de imponerse la pena de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores prevista en el art. 381 en su mitad superior (art. 382, párr. 2.º).

Si resultaran lesiones, una vez acreditado que se obró con intención de causar la muerte (dolo eventual), hay que entender que el homicidio es imperfecto o en grado de tentativa, por lo que se acudirá a los arts. 138, 16 y 62 CP. Si, por el contrario, en el caso anterior, únicamente se acreditó un *animus laedendi*, (al comentar el art. 381 ya se indicó

<sup>2</sup> Recuérdese que, como ya se advirtiera, el apartado no se refiere a los supuestos en los que se emplea deliberadamente el vehículo para ocasionar la muerte pues, en tal supuesto, se impone la aplicación directa del art. 138 ó 139 CP sin que el art. 382 tenga nada que ver.

que adolece de cierta complicación el engarce entre el peligro concreto para la integridad física contemplado en el art. 380 y el conducir con manifiesto desprecio por la vida de los demás exigido en el art. 381), ha de distinguirse pues el art. 381.1 es más grave que el art. 147 (incluso, haciendo uso del art. 148.1.1.º que es precepto facultativo) y, sin embargo, en caso de lesiones previstas en los arts. 149 ó 150 se aplicarán estos preceptos imponiendo la pena prevista en ellos en su mitad superior al ser infracciones más graves que el art. 381.1 CP, ello, sin olvidar la observancia del párr. 2.º del art. 382 CP.

c) *El art. 382 y los supuestos de varias muertes y/o resultados lesivos.* Procede distinguir según sean aplicables los tipos imprudentes o los dolosos. Si bien, a la hora resolver estas hipótesis no puede obviarse el delito contra la seguridad vial cometido ni que el art. 382, párr. 1.º, ordena estar al precepto más grave.

1) Por ello, en los supuestos en que se producen distintos resultados (muertes y/o lesiones) son varios los pasos que deben darse: 1.º) ha de aplicarse, en primer lugar, el art. 382, párr. 1.º, para determinar el precepto más grave entre el delito contra la seguridad vial y el correspondiente por el resultado producido, sin olvidar que la pena establecida en el precepto tenido como infracción más grave habrá de imponerse en su mitad superior. 2.º) Por otro lado, si los restantes resultados se entienden causados por imprudencia grave (arts. 142 y 152), el sistema de culpa establecido en el vigente CP (*crimina culposa*, art. 12), determinará la existencia de tantos delitos imprudentes como resultados típicos producidos y todos ellos constituirán un concurso ideal dado que están ocasionados por un único hecho (art. 77.1, inciso 1.º, CP). 3.º) Finalmente, entre el delito más grave resultante de aplicar el art. 382, párr. 1.º, —cuya pena ha de imponerse en su mitad superior— y el concurso ideal integrado por los delitos imprudentes, se constituye un nuevo concurso ideal (art. 77 CP) que obligará a imponer la pena correspondiente al delito más grave —normalmente, el que ya viene castigado en su mitad superior— en su mitad superior. Por tanto, la pena resultante será la mitad superior de la mitad superior de la pena establecida para la infracción más grave. (Véase STS 1187/2011, 2 nov. y acuerdo del Pleno de la Sala 2.ª, ya citado, de 20 ene. 2015).

La Circular FGE 10/2011, por distinta vía (parece entender que se producen dos concursos ideales), alcanza esta solución:

«Por lo expresado, los Sres. Fiscales cuando en aplicación de la norma del art. 382 concurra una pluralidad de delitos de resultado imprudentes, solicitarán la pena del delito más grave en su mitad superior y dentro de ella —y si éste es el delito de resultado— aplicarán a su vez las reglas del concurso ideal del art. 77 CP».

2) En el caso de que los resultados sean imputables a título de dolo eventual, teniendo en cuenta el actual criterio de la Sala 2.ª (véase acuerdo del Pleno de 20 ene. 2015 y STS 717/2014, 29 ene. 2015), superando pareceres anteriores en pro del concurso ideal (vgr. STS 1019/2010, 2 nov.), la solución debe ser que el más grave de ellos, por ejemplo, art. 138, sea castigado, por mor del art. 382, párr. 1.º, con la pena del art. 138 en su mitad superior (más, en caso de haberse aplicado el art. 381, la pena de privación del derecho

a conducir vehículos de motor y ciclomotores en él prevista, en su mitad superior, —art. 382, párr. 2.º— y, por otro lado, constituirá, con el resto de los resultados dolosos, un concurso real de delitos.

d) Todo lo expuesto anteriormente se entiende sin perjuicio de la posibilidad de aplicar, cuando proceda, los arts. 142 bis y 152 bis, introducidos por LO 2/2019, 1 mar., que facultan al Juez o Tribunal a imponer la pena superior en uno o dos grados en los supuestos previstos, respectivamente, en los arts. 142.1 y 152.1, en caso de concurrir las circunstancias previstas en ellos.

#### IV. RESPONSABILIDAD CIVIL

El art. 382 CP ordena que se condene, en todo caso, al resarcimiento de la responsabilidad civil que se hubiera originado. Como se decía en la anterior edición, esta importante previsión que incorporó una ya antigua reforma tuvo su origen en la reacción del legislador ante las resoluciones de juzgados y tribunales que, más preocupados por mantener a ultranza criterios propios que de unificarlos en pro de la seguridad jurídica, se pronunciaban de forma contradictoria sobre la existencia o inexistencia de responsabilidad civil en aquellas hipótesis en las que, no obstante haberse producido un resultado lesivo o dañoso, únicamente se aplicaba la norma que castigaba la conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas, drogas tóxicas o sustancias estupefaciente. La postura que defendía la inclusión de la indemnización en la sentencia penal se fundamentaba en que el resultado lesivo o dañoso era consecuencia del delito y que, de este modo, se daba protección al perjudicado y satisfacción a la economía procesal pues evitaba al interesado tener que dirigirse a la jurisdicción civil para obtener la reparación por el perjuicio sufrido. La tesis negativa se apoyaba en la naturaleza formal o de mera actividad del delito, la ausencia de un precepto específico y, en gran medida, la falta de tipicidad de algunos resultados causados (lesiones leves y/o daños que no excedieran de la cuantía del seguro obligatorio).

En la actualidad, el art. 382 ordena que los Tribunales condenen en todo caso al resarcimiento de la responsabilidad civil que se haya originado. Sin embargo, el texto legal no está acertado del todo en este punto pues, no se olvide, se está refiriendo a los supuestos de los art. 379, 380 y 381, siempre que se produzca un resultado lesivo que sea constitutivo de delito, lo cual, de *lege lata*, deja fuera las indemnizaciones por daños. Para tales casos, la situación es idéntica a la descrita anteriormente. Sin embargo, doctrina y tribunales suelen coincidir en admitir el pronunciamiento sobre el resarcimiento de la responsabilidad civil. En el mismo sentido se manifestó la Circular FGE 10/2011. Frente alguna audiencia provincial que ha defendido un posicionamiento contrario a la indemnización, la Sentencia del Pleno de la Sala 2.ª 390/2017, 30 may., por las razones que expresa, recoge el criterio generalmente admitido y asienta que ha de mantenerse en todo caso el pronunciamiento indemnizatorio respecto del daño producido.

Finalmente, recordar, en este lugar, dos acuerdos del Pleno de la Sala 2.ª. Uno es de 30 ene. 2007, que se refiere a la legitimación en el proceso penal de la actividad de la entidad aseguradora:

«Cuando la entidad aseguradora tenga concertado un contrato de seguro con el perjudicado por el delito y satisfaga cantidades en virtud de tal contrato, sí puede reclamar frente al responsable penal en el seno del proceso penal que se siga contra el mismo, como actor civil, subrogándose en la posición del perjudicado».

El otro, de fecha 24 abr. 2007, resuelve el dilema de si debe condenarse a la aseguradora, con la que el responsable civil tiene concertado el seguro obligatorio, cuando el origen de esa responsabilidad civil derive de una responsabilidad penal dolosa por el hecho que origina el daño a indemnizar:

«No responderá la aseguradora, con quien se tenga concertado el seguro obligatorio de responsabilidad civil, cuando el vehículo de motor sea el instrumento directamente buscado para causar daño personal o material derivado del delito. Responderá la aseguradora por los daños diferentes de los propuestos directamente por el autor».

#### V. EL PÁRR. 2.º DEL ART. 382

La LO 2/2019, 1 mar., añade un segundo párr. al art. 382 que asegura, en supuestos muy específicos, la imposición de un mayor tiempo de duración de la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores. En efecto, esta nueva regla penológica, únicamente atendible en caso de ejecución de cualquiera de las modalidades delictivas que prevé el art. 381 CP, ordena imponer en todo caso la pena de privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores prevista en el art. 381 (de 6 a 10 años), exasperada a su mitad superior, sea cual sea el precepto que resulte aplicable a consecuencia de lo previsto en el primer párrafo del art. 382 CP.

**Art. 382 bis. 1. El conductor de un vehículo a motor o de un ciclomotor que, fuera de los casos contemplados en el artículo 195, voluntariamente y sin que concurra riesgo propio o de terceros, abandone el lugar de los hechos tras causar un accidente en el que fallecieran una o varias personas o en el que se le causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2, será castigado como autor de un delito de abandono del lugar del accidente.**

**2. Los hechos contemplados en este artículo que tuvieran su origen en una acción imprudente del conductor, serán castigados con la pena de prisión de 6 meses a 4 años y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de 1 a 4 años.**

**3. Si el origen de los hechos que dan lugar al abandono fuera fortuito le corresponderá una pena de 3 a 6 meses de prisión y privación del derecho a conducir vehículos a motor y ciclomotores de 6 meses a 2 años.**

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO. II. CONDUCTA DELICTIVA. 1. Sujetos. 2. Conducta. 3. Penalidad. III. CONCURSOS. IV. PROCEDIMIENTO.

## I. INTRODUCCIÓN Y BIEN JURÍDICO PROTEGIDO

La LO 2/2019, 1 mar., añade una figura delictiva a este Cap. IV dedicado a los delitos contra la seguridad vial. Denominada por el propio precepto «delito de abandono del lugar del accidente», también conocido como «delito de fuga», persigue sancionar, según su Preámbulo, «la maldad intrínseca en el abandono de quien sabe que deja atrás a alguien que pudiera estar lesionado o incluso fallecido, la falta de solidaridad con las víctimas, penalmente relevante por la implicación directa en el accidente previo al abandono, y las legítimas expectativas de los peatones, ciclistas o conductores de cualquier vehículo a motor o ciclomotor, de ser atendidos en caso de accidente de tráfico».

Como se matizará a lo largo de este comentario, el delito que castiga el art. 382 bis es subsidiario respecto del previsto en el art. 195 por lo que en modo alguno podrán conformar, uno y otro, un concurso de delitos. Frente a la infracción de un deber de solidaridad humana que se predica del delito de omisión del deber de socorro, el art. 382 bis, en su faz excluyente, reclama al conductor del vehículo de motor o ciclomotor causante del accidente el cumplimiento del deber de permanecer en el lugar del mismo, deber que se infiere del propio espíritu de la normativa reguladora del tráfico rodado dado que, como obligación específica, únicamente contempla la impuesta al usuario de la vía, que se vea implicado en un accidente de tráfico, lo presencie o tenga conocimiento de él, de auxiliar o solicitar auxilio para atender a las víctimas que pueda haber, prestar su colaboración, evitar mayores peligros o daños, restablecer, en la medida de lo posible, la seguridad de la circulación y esclarecer los hechos (art. 51.1 TRLT).

El mencionado deber del conductor se detiene en la permanencia en el lugar de los hechos y el legislador conecta su incumplimiento a la falta de solidaridad con las víctimas del accidente y sus legítimas expectativas a ser atendidas. Por consiguiente, el bien jurídico protegido tiene que ver en cierto modo con la solidaridad aunque solo alcance al acompañamiento de las víctimas sin perjuicio de que la presencia del conductor causante facilite o permita la determinación de las identidades de conductores, vehículos implicados y resto de circunstancias que han de esclarecerse para la declaración de responsabilidades y los correspondientes resarcimientos.

## II. CONDUCTA DELICTIVA

Se trata de un delito de mera actividad. La conducta criminal aparece descrita en el ap. 1 del art. 382 bis que a continuación distingue, a efectos de penalidad, si los hechos tuvieran su origen en una acción imprudente del conductor o aquél fuera fortuito.

### 1. Sujetos

El sujeto activo únicamente puede serlo el conductor del vehículo de motor o del ciclomotor causante del accidente. Por conductor se entiende el que va a los mandos del ve-

hículo (STS del Pleno n.º 670/2018, 19 dic., con cita de la STS del Pleno n.º 436/2017, 15 jun. En el comentario al art. 379 se concretan los conceptos de conductor, vehículo de motor y ciclomotor). Dicha acotación típica deja fuera al ocupante no conductor o pasajero del vehículo de motor o ciclomotor causante del accidente (sin perjuicio de ser factible cierta categoría de autoría como la inducción), al conductor de un vehículo de motor o ciclomotor no causante del accidente y al peatón, ciclista, o cualquier otro usuario de la vía (en patinete, jinete, cochero de carro, carruaje o carreta de tracción animal, etc.), sean o no causantes del mismo.

Respecto del sujeto pasivo hay que tener en cuenta que no puede considerarse como tal la persona que fallece cuando acaece aquél sin perjuicio de estar contemplada en el tipo. Precisamente, dicha previsión legal hace que queden incluidos los supuestos en los que el único o todos los afectados en el accidente resulten fallecidos. Al margen de la temática sobre los sujetos, considero que si es utilizado, como hace el Preámbulo, el vocablo «víctima» en relación al art. 382 bis, que parte de un accidente, debiera entenderse en el sentido expresado por la RAE («persona que padece daño o ha muerto por causa ajena o fortuita»), de modo que el fallecido en el accidente es víctima —no sujeto pasivo— a los efectos del abandono del lugar de los hechos.

Por lo demás, es sujeto pasivo la persona —o personas— que en el accidente resulta con lesiones a las que se refiere el art. 152.2, esto es, las especificadas en los arts. 147.1, 149 o 150 CP. Parece que en la frase del art. 382 bis.1 «en el que se le causare lesión» sobra el pronombre «le» pues, de otro modo, se llegaría al absurdo de predicar la lesión del conductor causante del accidente. Además, no es muy acertada la expresión «causare lesión constitutiva de un delito del artículo 152.2» pues el delito culposo que prevé se construye a partir de una «*imprudencia menos grave*» no exigida en modo alguno en el tipo del art. 382 bis; más atinada hubiera sido la referencia a «alguno de los resultados previstos en el art. 152.2».

Obviando estas incorrecciones, es relevante subrayar que a diferencia de la previsión del art. 195 CP, donde se cometen en régimen de concurso ideal tantos delitos como sujetos no fueren socorridos, en la del art. 382 bis la singularidad de la conducta, consistente en *abandonar el lugar de los hechos*, y la referencia a *una o varias personas* como fallecidas o lesionadas, determinan la existencia de un único delito de abandono del lugar del accidente con independencia del número de víctimas que, eso sí, es de tener en cuenta a la hora de concretar la pena imponible dentro de su extensión legal.

## 2. Conducta

El delito del art. 382 bis tiene como elementos constitutivos: 1.º) que el sujeto activo sea causante de un accidente; 2.º) que en dicho accidente fallezcan una o varias personas o se causen lesiones a las que se refiere el art. 152.2 CP; 3.º) como elemento subjetivo, que el sujeto causante abandone voluntariamente el lugar de los hechos sin que exista riesgo propio o de tercero; 4.º) el supuesto no ha de estar previsto en el art. 195 CP. Se adosa un comentario a cada uno de ellos.

1.º) El sujeto activo ha de ser causante del accidente. El término «accidente» no se emplea en sentido técnico-jurídico (ausencia de dolo o culpa), sino en su acepción vulgar, como mero suceso eventual y abarca cualquier incidencia en el tráfico rodado en la que resulten personas fallecidas o lesionadas (atropello de peatón, ciclista, maniobra que provoca que otro vehículo vuelque o colisione, etc.). El tipo requiere que el conductor del vehículo de motor o del ciclomotor «cause» el accidente, es decir, tenga una aportación causal en el mismo o, si se prefiere, que su comportamiento en la conducción o pilotaje constituya uno de los factores que lo provocaron. En la dicción del art. 382 bis CP «causante del accidente» en modo alguno equivale a responsable del mismo sin perjuicio de que puedan coincidir ambos calificativos. El precepto detiene su exigencia básica en el verbo rector «causar» sin que sea necesario que la conducta infrinja deberes de cuidado residenciables en la imprudencia típica, grave o menos grave, o atípica. Es más, al distinguir el art. 382 bis en sus aps. 2 y 3 que el origen de los hechos se deba a una acción imprudente o fuera fortuito, corrobora que la expresión *causar* quiere referirse exclusivamente a la aportación causal o factor de causación en el sentido dicho. Obviamente, quedan extramuros del tipo las hipótesis de ejecución dolosa pues ello impide hablar de accidente.

2.º) En segundo lugar es necesario que en dicho accidente fallezcan una o varias personas o se causen lesiones a las que se refiere el art. 152.2 CP. El desenlace del accidente se expresa en términos facultativos abarcando, por tanto, cualquier clase de combinación con tal de que, como mínimo, se haya producido el fallecimiento de una persona o que resulte con lesiones de las previstas en los arts. 147.1, 149 ó 150 CP. En cualquier caso, el tipo no requiere que la víctima esté desamparada, en peligro o en cualquier otra situación de vulnerabilidad o indefensión pues, concurriendo los reseñados desenlaces, se castiga el mero abandono del lugar con independencia del escenario y de las circunstancias concretas de aquélla.

3.º) El sujeto causante del accidente ha de abandonar el lugar de los hechos. Abandonar equivale a irse, marcharse. El art. 382 bis emplea la expresión «lugar de los hechos» que entiendo más precisa que el concreto punto geográfico donde se produjo el accidente y, además, evitará la indagación de conducta equívocas. El abandono viene acompañado de una doble exigencia: a) de índole subjetiva, que sea voluntario, vocablo que integra, además del actuar intencionado, que el sujeto sea consciente de que se ha producido un accidente y que ha habido víctimas. Se trata de un delito doloso en el que no tiene cabida la imprudencia. Sin embargo, no es preciso que el sujeto tenga un conocimiento cabal y exacto del número de víctimas y de las consecuencias de muerte o lesiones bastando que, atendido el siniestro, se represente su existencia o probabilidad de acaecimiento pues la figura delictiva admite el dolo eventual; b) de índole objetiva, con igual fórmula que la empleada en el art. 195 CP, que sea posible permanecer en el lugar sin que exista riesgo propio o de tercero. El riesgo, propio o de tercero, que ha de ser objetivo y serio (ejemplo, un camión volcado derramando sustancias peligrosas, vehículo con posibilidad de explosión, etc.), funciona como causa exonerante y su ausencia significa que no existe posibilidad de sufrir lesión o perjuicio desproporcionados frente al hecho de quedarse en

el lugar de los hechos. Teniendo que ver dicha construcción con las eximentes de estado de necesidad, cumplimiento de un deber o ejercicio de un derecho, hubiera sido más acertado no incluirla como tal en la formulación típica. En cualquier caso, permanecer en el lugar del accidente elimina toda posibilidad de aplicación del art. 382 bis pero no de otros preceptos: si la víctima no fallecida del accidente se encuentra desamparada y en peligro manifiesto y grave, y el conductor causante del accidente no socorre o, impedido de hacerlo, no reclama auxilio ajeno, cometerá el delito del art. 195 CP.

4.º) Finalmente, una exigencia de índole negativa, el supuesto no ha de estar previsto en el art. 195 CP. La aplicación del art. 382 bis se impone aunque la víctima del accidente no se halle desamparada y en peligro manifiesto y grave o en cualquiera de las tres situaciones. Se castiga el abandono del lugar. Sin embargo, no se olvide que el art. 382 bis está en relación de subsidiaridad respecto del art. 195 por lo que, dándose los supuestos que exige este último precepto (véase el comentario al art. 195 CP), deberá ser el aplicado. No obstante, hipótesis que la jurisprudencia de la Sala II entiende que no contempla el art. 195 (muerte instantánea de la víctima que impide afirmar un estado de desamparo y, con matices, presencia de personas que prestan auxilio —cfr. SSTS 42/2000, 19 ene y 706/2012, 24 sep.—), determinan ahora la aplicación del art. 382 bis CP.

### 3. Penalidad

En orden a la pena a imponer distingue el art. 382 bis CP según *los hechos*, es decir, el accidente producido, tuviera su origen en una acción imprudente del conductor o fuera fortuito.

*Acción imprudente* del conductor no se identifica necesariamente con las categorías típicas de la imprudencia por lo que, dándose aquélla, presupuesto indispensable en todo caso de este ap. 2, es indiferente que la imprudencia como tal sea calificada de grave, menos grave, leve o levisima. Por consiguiente, la acción imprudente podrá dar lugar, en su caso, a la aplicación de los arts. 142 ó 152 CP pero, a los efectos del art. 382 bis, bastará con que haya mediado una infracción del deber de cuidado por mínima que fuera, si bien, como anteriormente se apuntaba, es preciso que dicha acción imprudente del conductor tenga una aportación causal en el accidente. La pena que se prevé para tal supuesto es elevada.

El ap. 3 del art. 382 bis contempla otra alternativa en orden a la producción del accidente: que su origen fuera fortuito. Permanece la exigencia, no se olvide, que la intervención del vehículo sea causal respecto del accidente, esto es, constituya uno de los factores que lo provocaron, aunque, en el presente caso, su génesis no se deba a culpa o negligencia.

### III. CONCURSOS

El delito del art. 382 bis parte de la producción del accidente por lo que es compatible, en régimen de concurso real, con cualquiera de los delitos contra la seguridad vial e,

igualmente, con el delito imprudente de los arts. 142 o 152 CP. Sin embargo, respecto del conductor del vehículo o ciclomotor causante del accidente, el art. 382 bis es de imposible aplicación simultánea con la omisión del deber de socorro del art. 195 CP.

#### IV. PROCEDIMIENTO

A diferencia del delito del art. 195, que es juzgado por el Tribunal del Jurado, el delito del art. 382 bis CP se somete a las reglas generales (arts. 14 y 757 LECrim.) correspondiendo su enjuiciamiento, en cualquiera de sus supuestos, al Juez de lo Penal por los trámites del procedimiento abreviado.

**Art. 386. 1. Será castigado con la pena de prisión de 8 a 12 años y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda:**

**1.º. El que altere la moneda o fabrique moneda falsa.**

**2.º. El que exporte moneda falsa o alterada o la importe a España o a cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea.**

**3.º. El que transporte, expendá o distribuya moneda falsa o alterada con conocimiento de su falsedad.**

**2. Si la moneda falsa fuera puesta en circulación se impondrá la pena en su mitad superior.**

La tenencia, recepción u obtención de moneda falsa para su expedición o distribución o puesta en circulación será castigada con la pena inferior en uno o dos grados, atendiendo al valor de aquélla y al grado de connivencia con el falsificador, alterador, introductor o exportador.

**3. El que habiendo recibido de buena fe moneda falsa la expendá o distribuya después de constarle su falsedad será castigado con la pena de prisión de 3 a 6 meses o multa de 6 a 24 meses. No obstante, si el valor aparente de la moneda no excediera de 400 euros, se impondrá la pena de multa de 1 a 3 meses.**

**4. Si el culpable perteneciere a una sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de estas actividades, el juez o tribunal podrá imponer alguna o algunas de las consecuencias previstas en el artículo 129 de este Código.**

**5. Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los anteriores delitos, se le impondrá la pena de multa del triple al décuplo del valor aparente de la moneda. 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.**

*Concordancias.* arts. 23, 65.1.b) y 89 bis LOPJ; arts. 31bis a 31 quinquies, 64 y 400 CP; Convenio de Ginebra para la represión de la falsificación de moneda de 20-4-29, ratificado por España el 28-4-30. Ley 10/1975, 12 mar., sobre Regulación de la Moneda Metálica. L. 46/1998, 17 dic., sobre introduc-

ción del euro. LO 10/1998, 17 dic., complementaria de la Ley sobre introducción del euro. Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 may. 2014 relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, y por la que se sustituye la Decisión marco 2000/383/JAI del Consejo.

SUMARIO: I. BIEN JURÍDICO. II. CONDUCTAS TÍPICAS. 1. Fabricación de moneda falsa o alteración de moneda (art. 386.1.1.º). 2. Exportación de moneda falsa o alterada o importación a España o a cualquier otro Estado miembro de la UE (art. 386.1.2.º). 3. Transporte, expendición o distribución de la moneda falsa o alterada con conocimiento de su falsedad (art. 386.1.3.º). 4. Tenencia, recepción u obtención de moneda falsa para su expedición o distribución o puesta en circulación (art. 386.2, párr. 2.º). A. *Análisis de las conductas*. B. *Cuestión acerca de posibles exigencias del tipo*. C. *Consumación*. 5. Distribución o expendición de moneda falsa siempre que la haya adquirido de buena fe y se lleve a cabo por el agente después de constarle su falsedad (art. 386.3). III. CONCURSO CON LA ESTAFA. IV. LOS APS. 4 Y 5 DEL ART. 386. V. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO.

La LO 1/2019, 20 feb., introduce algunas modificaciones en dos preceptos de este Cap. I, los arts. 386 y 387, que su Preámbulo justifica, en términos generales, al resultar «necesario perfeccionar la transposición de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 may. 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación», Directiva que, recuérdese, como señala su Considerando 7, complementa las disposiciones y facilita la aplicación del Convenio de Ginebra por los Estados miembros.

Respecto del art. 386, la indicada reforma recae, en apariencia, sobre los aps. 1 y 5 presentados como si se les diera nueva redacción aunque en realidad únicamente resultan afectados, respecto de su anterior redacción, el ordinal 2.º de su ap. 1 y el ap. 5.

## I. BIEN JURÍDICO

La doctrina y la jurisprudencia señalan que el bien jurídico protegido es la seguridad del tráfico monetario (SSTS 1 abr. 71 y 756/2008, 12 nov.). La STS 30 jun. 93 matizó que la falsificación y expendición de moneda falsa, alterando artificial y fraudulentamente la masa monetaria en circulación, representa un grave atentado a la economía y estabilidad monetaria de un país.

## II. CONDUCTAS TÍPICAS

Todas las conductas relativas a la falsificación de moneda se agrupan en el art. 386, modificado por Leyes Orgánicas 1/2015 y 1/2019, y son las siguientes: a) fabricar moneda falsa o alterarla; b) exportar moneda falsa o alterada o importarla a España o a cualquier otro Estado miembro de la UE; c) transportar, expender o distribuir moneda falsa o alterada con conocimiento de su falsedad; d) la tenencia, recepción u obtención de moneda falsa para su expedición o distribución o puesta en circulación; y, e) la distribución o expendición de moneda falsa siempre que se haya adquirido de buena fe y se lleve a cabo por el agente después de constarle su falsedad.

El hecho de que el legislador únicamente establezca una concreta referencia, en lo atinente a la cuantía de la moneda, en la modalidad contemplada en el ap. 3 del art. 386, permite afirmar, para el resto de las figuras previstas en el precepto, que existirá delito con independencia del valor aparente de la misma. La STS 1137/2005, 6 oct., precisó que:

«La consideración de escasa entidad de la fabricación de moneda falsa no puede ser atendida. El recurrente fabricó varios billetes de 50 euros que entregó para su expedición, logrando su intercambio con moneda auténtica en los hechos que se relacionan en el hecho probado. El tipo penal prevé la penalidad para la fabricación

de moneda falsa, sin tener en cuenta el alcance de la fabricación, sin perjuicio de su consideración como delito patrimonial de estafa las concretas actuaciones de expedición de la moneda con el consiguiente engaño derivado de la fabricación de la moneda falsa».

### 1. Fabricación de moneda falsa o alteración de moneda (art. 386.1.1.º)

1. «Fabricar» moneda equivale a crearla, elaborarla o producirla. Según la STS 7 mar. 89, la fabricación supone hacer o crear moneda o billetes falsos que tengan una apariencia de genuidad. La única exigencia es, pues, que la moneda resultante de dicha actividad tenga apariencia de verdadera no bastando una confección burda, tosca o grosera. La STS 21 dic. 83 concretó:

«En lo que concierne a la apariencia de autenticidad, no es exigible un virtuosismo o una técnica tan sumamente depurada que haga poco menos que imposible distinguir la moneda inauténtica de la legítima a la que se imita, pero no parece lógico extender la dura represión a imitaciones burdas y groseras fácilmente perceptibles o a actos o resultados deleznales; y aunque,

este Tribunal, en S. 17 mar. 67, consideró punible la fabricación de monedas falsas cualquiera que sea la perfección o el grado de imitación de las legítimas, lo más certero es entender que hay apariencia de punible cuando lo fabricado puede ser confundido con lo auténtico por un hombre medio, situándose el listón por debajo del nivel del técnico monetario o del perito».

La STS 115/2009, 12 feb., sostiene que a pesar de las diferencias ostensibles con el original, las mismas requieren, para ser detectadas, un examen detenido que, ciertamente, cuando se está pagando en un establecimiento comercial, a veces, no se efectúa, con lo cual hay que entender que esa calificación de falsedad ‘peligrosa’ es adecuada: se trata de billetes falsos que pueden ser confundidos con los legítimos.

Según la citada resolución de 21 dic. 83, este delito:

«Se consuma con una creación o elaboración ultimada de las monedas aptas para circular, pero sin que sea indispensable, para la perfección delictiva, la circulación efectiva o simplemente intentada —véanse las SSTS 20 ene. 1888, 29 ene. 1892, 15 nov. 1906, 20 jun. 49, 27 ene. 53,

22 sep. 58, 17 mar. 67, entre otras muchas—, añadiendo, la doctrina científica, que el delito se consuma con una elaboración concluida con apariencia de legitimidad y destino de ulterior circulación en el tráfico monetario en general».

De igual modo, apuntó también la STS 18 sep. 87, que el delito de fabricación se consuma cuando la moneda falsa se halla dispuesta para ser lanzada a la circulación, sin que se precise ni la efectividad de ésta ni el perjuicio para un sujeto concreto, supuesta siempre la mínima apariencia de autenticidad precisa para su acceso al tráfico. Las SSTS 1419/2003, 31 oct., y 544/2012, 2 jul., citan la STS 1384/2003, 27 oct., que expresa que

el delito se consuma aunque los ejemplares falsos no sean perfectos siempre que puedan suscitar efectivo error en el tráfico pues la falsedad se dirige a toda clase de personas y no sólo a los expertos. Véase también la STS 524/2009, 19 may.

La expuesta exégesis jurisprudencial queda confirmada tras la reforma de la LO 1/2015 pues, conforme al art. 386.2, se impondrá la pena prevista en el ap. primero, en su mitad superior, «si la moneda falsa fuera puesta en circulación», introduciéndose así un subtipo agravado respecto de las conductas descritas en los ordinales 1.º), 2.º) y 3.º) del art. 386.1 CP. Téngase en cuenta, por otro lado, que tras la LO 1/2019 también se considera moneda, a los efectos del art. 386, aquella que no ha sido todavía emitida o puesta en circulación oficialmente pero que está destinada a su circulación como moneda de curso legal (art. 387.1).

2. Por su parte, «alterar» moneda implica, en palabras de la STS 873/2011, 21 jul., la modificación, sustitución o cambio de su esencia o forma. En consecuencia, alteración es equivalente a cualquier modificación que se realice sobre la moneda siempre que, obviamente, no se trate de creación o elaboración de la misma que supondría fabricación.

En ambas figuras delictivas de fabricación o alteración, el elemento subjetivo viene integrado por el conocimiento de estar elaborando moneda falsa o alterando una verdadera y la voluntad de realizarlo. Ninguna de ellas exige un propósito añadido de puesta en circulación de la moneda. El bien jurídico ya resulta atacado con dicha creación o modificación.

## **2. Exportación de moneda falsa o alterada o importación a España o a cualquier otro Estado miembro de la Unión Europea (art. 386.1.2.º)**

El ordinal que alberga estas conductas ha sido objeto de expresa modificación por la LO 1/2019, según su Preámbulo, porque «es recomendable ampliar la protección penal del euro y de cualquier moneda extranjera cuando la falsificación afecte en general a las fronteras de la UE y no solo a las de nuestro país». La reforma ha consistido en sustituir la introducción en el país de la moneda falsa o alterada por la importación de aquélla a España o a cualquier otro Estado miembro de la UE.

Se mantiene la conducta de «exportar» moneda falsa o alterada que implica sacarla del territorio nacional, incluido el espacio aéreo y el marítimo, con conocimiento de su falsedad o alteración. Por su parte, la «importación» equivale a la introducción en territorio español o en cualquier otro Estado miembro de la UE, también en sus espacios aéreos y marítimos, de la moneda falsa o alterada. Respecto de la importación es indiferente el país de procedencia que, obviamente, ha de ser ajeno a la UE, bastando con que el agente introductor tenga conocimiento de la falsedad o alteración de la moneda. Se castiga el acto material de introducción sin necesidad de ningún otro aditamento. Rechazó la STS 24 feb. 89 que se trate de un delito de propia mano que sólo puede ser llevado a cabo por quien personalmente realiza el movimiento corporal prohibido por la norma. Añade, el alto Tribunal, que:

«...es perfectamente imaginable que quien no realizó la acción individualmente tenga sin embargo el dominio del hecho de una manera tan disvaliosa como el que lo lleva a cabo personalmente. Cuando varios toman parte en la ejecución, la distinción fundamental que impone el derecho vigente requiere establecer quiénes han tomado parte con una tarea fundamental y quiénes lo han hecho de una manera secundaria. El criterio del dominio del hecho permite, en este

sentido, establecer a tales fines quiénes tuvieron en sus manos la ejecución del hecho desde el punto de vista material. En el caso del coautor el condominio del hecho se manifiesta cuando la participación es de tal naturaleza que, mediante división del trabajo, importa la realización de una tarea en el estadio ejecutivo que es esencial para el éxito del plan decidido en común y al que se presta un aporte esencial».

Sobre la base del criterio manejado en la STS 4 mar. 69, cabe señalar que estas figuras delictivas se consumarán, respectivamente, cuando la moneda salga del territorio español o cuando penetre o se introduzca en el territorio nacional o en cualquier otro Estado miembro de la UE, incluidos, en ambos casos, los espacios marítimos y aéreos. Las conductas de exportación o importación de la moneda falsa o alterada han de ser ejecutadas por quien no fue su fabricante o alterador pues si éstos ejecutan aquéllas quedarán absorbidas en la acción primigenia.

Conforme al art. 386.2, se impondrá la pena prevista en el ap. primero, en su mitad superior, «si la moneda falsa fuera puesta en circulación».

### 3. **Transporte, expendición o distribución de la moneda falsa o alterada con conocimiento de su falsedad (art. 386.1.3.º)**

Acciones de esta índole, que aparecen de ordinario una vez finalizada la falsificación o la importación de la moneda (también antes de su exportación como sucede con el transporte), son ejecutadas por terceros que, de este modo, cubren una fase más en las tareas operativas de incorporación de la moneda al tráfico monetario. Obvio es decir que si cualquiera de ellas es ejecutada por quien falsificó, alteró o importó la moneda, la conducta quedará absorbida en la correspondiente de éstas. La exportación no será penada en grado de tentativa si con anterioridad el agente es sorprendido ejecutando alguna de las conductas previstas en este ordinal.

Por su parte, las novedades que introdujo la LO 1/2015 obligan a precisar alguno de sus términos. Quedó suprimido el elemento del tipo que exigía la connivencia del transportista, expendedor o distribuidor de moneda con el falsificador, alterador, introductor o exportador. Ahora sólo se requiere, respecto del sujeto activo, el lógico conocimiento de la falsedad de la moneda. Sin embargo, el art. 386.1.3.º mantiene el verbo rector «expender», frente al empleado en el párr. 2.º del art. 386.2, «expedición». Semejante redacción obliga, por un lado, a interpretar el verbo «expender» y, por otro, a estudiar si «expender» y «expedir» poseen un mismo significado (esto último más adelante).

El legislador, so pena de resultar redundante, parece entender que son actividades distintas ‘expender’ y ‘poner en circulación’; de hecho, establece como subtipo agravado de las conductas que incluye el ordinal 3.º del art. 386.1 (entre las que se encuentra la expendición), que la moneda falsa fuera puesta en circulación (art. 386.2). La Sala 2.ª venía

dando a «expende» el significado de introducir las monedas falsificadas en la circulación monetaria (STS 27 mar. 63). Decía al respecto la STS 30 jun. 93 que:

«El acto de expendere hace referencia a una actividad instantánea de entregar, gastar o 'dar salida' a la moneda o billetes falsos, por lo que el tipo queda consumado en el mismo momento en que la moneda pasa de las manos del expendedor a las del receptor (s. 17 abr. 1909)».

En mi opinión, a la vista de la actual redacción, es correcto mantener la apuntada exégesis pues a la acción de expendere no le es atribuible otro significado so pena de forzarlo; y ello, no sólo porque es el que le otorga el diccionario de la RAE sino también porque la entrega a un tercero de la moneda que no constituya puesta en circulación en el flujo monetario se encuentra contemplada en la distribución. Por consiguiente, si la expendición de la moneda conlleva, en sí misma, su puesta en circulación, habrá lugar a la aplicación del art. 386.1.3.<sup>a</sup> pero no el subtipo agravado (art. 386.2) por evidente infracción de la prohibición del *bis in idem*. Como se sostendrá, no sucede lo mismo con el término «expedición».

Por su parte, «distribuir», verbo rector no utilizado en el anterior CP, equivale a repartir el falso producto entre uno o cierto número de individuos para que éstos, a su vez, lo coloquen a menor escala. Basta con que la moneda sea entregada por el agente a uno de los que componen otro peldaño en el organigrama distributivo para que esta figura delictiva se entienda consumada. En este caso, será aplicable el subtipo agravado del art. 386.2 si la moneda es puesta en circulación. Matizó la STS 544/2012, 2 jul., respecto de la distribución:

«La gestión para la distribución no puede ser lo mismo que la propia distribución o traslación, si se quiere 'colocación', del producto falso. El legislador se ha expresado así, y no podemos ampliar el tipo contra reo. Y de todos modos, la tenencia de moneda falsa para la distribución tomando en consideración el grado de connivencia con el falsificador, nos ha de llevar al mismo resultado: la rebaja de uno o dos grados de la pena principal».

La expendición (o puesta en circulación) y la distribución absorben la mera tenencia con tales fines tipificada en el párr. 2.º del art. 386.2 (ver STS 30 jun. 93 y art. 8.3.<sup>a</sup> CP). Para la STS 544/2012, 2 jul.:

«A la hora de interpretar la modalidad distribución, como versión típica diferente a la expendición, hemos de convenir que lo constituye la operación mediante la cual se traslada, en el mercado ilícito, la moneda falsa a un tercero, sea o no, mediante precio o contraprestación».

A pesar de lo presencia del art. 386.2, párr. 2.º, se admite la tentativa de distribución (o expendición) para el caso de que la entrega de la moneda no llegue a efectuarse. Y para la Sala 2.<sup>a</sup>, dado que la tenencia de moneda falsa para su distribución o expendición está expresamente penada, existirá tentativa de expendición o distribución, como señaló la STS 1639/1993, 30 jun.:

«...cuando la entrega no llegue a realizarse por causas ajenas a la voluntad del agente, como puede ser una intervención policial (ss. 19 ene. 10 y 7 abr. 84), y, en el caso en que en el mismo momento de la entrega la moneda es rechazada por la persona a quien se ofrece, por lo que jurídicamente no se produce tal entrega (SSTS 26 ene. 1906 y 27 nov. 1907)».

La STS 544/2012, 2 jul., admitió igualmente la tentativa de distribución.

En cuanto al «transporte», acapara las acciones de traslado de la moneda de un lugar a otro por cualquier medio. Puede suceder que coincidan en una misma persona las tareas de transportista y expendedor de la moneda, en cuyo caso, podrá ser castigado por la conducta de transportar con aplicación del subtipo del art. 386.2 si la moneda fuera puesta en circulación. En los supuestos en los que el teórico expendedor o distribuidor de la moneda haya sido el que previamente la transportó, será indiferente que efectivamente llegue a expenderse o distribuirse.

#### 4. **Tenencia, recepción u obtención de moneda falsa para su expedición o distribución o puesta en circulación (art. 386.2, párr. 2.º)**

##### A. *Análisis de las conductas*

Cualquiera de ellas constituye un acto anterior preparatorio a la distribución, expedición o puesta en circulación expresamente penado (ver art. 64 CP), que requiere los siguientes elementos:

1.º) *Tenencia, recepción u obtención de la moneda falsa*. Este elemento del tipo se proyecta sobre tres posibles conductas. La «tenencia» ha de ser entendida no sólo como detención material sino también como poder de disposición sobre la moneda que haga posible al agente la disponibilidad de la misma. Para la Sala 2.<sup>a</sup>, respecto del requisito de la tenencia, es pacífico que se corresponde con la posesión, concepto asentado en la jurisprudencia de esta Sala sobre las ideas del *corpus* y del *animus* (SSTS 50/2009, 22 ene., y 961/2009, 24 sep.). La «recepción», junto con la «obtención» de la moneda falsa, voces introducidas por la LO 1/2015, sustituyen la «adquisición» empleada con anterioridad a la misma. Se pretende no dejar resquicio alguno en el castigo de las conductas susceptibles de producirse sobre la moneda falsa. Para que se afirme la concurrencia de este elemento del tipo bastará el acto de recibir, en el que se encuentra incluida la adquisición, o el de obtener, que parece aludir a una actividad previa para conseguir de cualquier modo la moneda. En parte, pueden ser de utilidad algunas proclamaciones jurisprudenciales sobre la otrora prevista como adquisición de moneda falsa; para las SSTS 25 feb. 93 y 22 ene. 99, el término adquisición es muy amplio, comprensivo de cualquier actividad que lleve a alcanzar su posesión, sea a título oneroso o lucrativo, o incluso, por medio de conducta delictiva como la receptación. La conciencia de la falsedad de la moneda adquirida ha de ser una conciencia concurrente al tiempo de la adquisición (SSTS 27 ene. 99 y 800/2011, 19 jul.). Añadió la STS 17 abr. 90, que el hecho de haberse recibido los billetes espurios en forma no concretada carece de interés, pues lo cierto es que conocían su ilegitimidad e intentaron introducirlos en el normal tráfico monetario. Y apuntó la STS 30 jun. 93, que el extremo consistente en la adquisición, a sabiendas, de la moneda falsa, es discutible en casación aunque la Sala juzgadora lo considere probado.

2.º) En cualquier caso, la *tenencia, recepción u obtención de la moneda ha de ser con conocimiento de su falsedad*. La STS 800/2011, 19 jul., con cita de la de 17 jun. 2002,

matizó que es indudable la exigencia de dolo de conocimiento de la falsedad desde el momento de la adquisición (en igual sentido, STS 201/2004, 24 feb.), presupuesto evidente predicable de la recepción u obtención. La Sala 2.<sup>a</sup> (véase STS 77/2018, 14 feb.) ya ha advertido que el conocimiento de la falsedad de la moneda ha de tenerse *ab initio*, esto es, desde el momento en que se recibe pues en la hipótesis contraria, recepción de buena fe y posterior conocimiento de la falsedad, ha de acudir, en su caso, al art. 386.3 CP. Sin embargo, como se argumenta con ocasión de lo dispuesto en el art. 386.3, en este último supuesto caben otras posibilidades.

3.º) *La tenencia, recepción u obtención de la moneda ha de ser para su expedición, distribución o puesta en circulación.* Este elemento subjetivo de carácter tendencial resulta igualmente imprescindible. Se trata de una cualidad de índole interna, exigido como ánimo tendencial al autor de estas conductas, constituida por el propósito de distribuir o expedir o poner en circulación la moneda (pueden verse, respecto de la adquisición, las SSTS 23 feb. 94, 27 ene. 99 y ATS 81/2008, 24 ene.). Ello es así hasta el punto que la mera tenencia, recepción u obtención de la moneda sin tal propósito es atípica. Por tanto, habrá de acreditarse de igual manera que el resto de los presupuestos de la figura delictiva y, como elemento interno que es, raramente vendrá demostrado por prueba directa y, más frecuentemente, a través del mecanismo de la indiciaria. Sin embargo, no es preciso, para que esta modalidad se tenga por realizada, que efectivamente se haya llegado a producir la distribución o expedición. La STS 544/2012, 2 jul., cita la añeja S. 7 abr. 1984, en donde se lee que:

«Esta modalidad delictiva tiene un aspecto objetivo: la adquisición o recepción sin reservas y con fines de expendición de billetes de banco —S. 8 may. 1965—, y otro subjetivo, que se

bifurca en dos elementos: el conocimiento de la falsedad de la moneda y el ánimo posterior de ponerla en circulación —SSTS 18 jun. 1930 y 21 mar. 1958».

Véase también la STS 471/2017, 22 jun.

Respecto de la tenencia de moneda, la jurisprudencia anterior a la LO 1/2015 (SSTS 50/2009, 22 ene. y 961/2009, 24 sep.), tras apuntar que se trata de «un delito de tenencia preordenada al tráfico (naturalmente, de la moneda falsa en poder del sujeto activo del delito), pues en él se castiga la tenencia de moneda falsa para su expendición o distribución», enumeraba los elementos del tipo de la siguiente manera:

«1) tenencia de moneda; 2) que ésta sea falsa; y 3) un elemento tendencial, o sea, la finalidad de expendición o distribución<sup>1</sup>. Desde luego, que en todos ellos late la idea de castigar tal posesión preordenada a la circulación de la moneda falsa, como actividad de grado inferior a la fabricación o introducción, pero que cierra el círculo jurídico de la punición de los atentados contra la moneda, bien sea ésta nacional, de la UE o incluso de la moneda extranjera, por afectar a bienes jurídicos

de indudable trascendencia para la economía mundial. La protección de los sistemas de pago, es esencial en una economía globalizada, y garantiza los medios mediante los cuales se adquieren bienes o servicios. No creemos necesario insistir sobre esta idea, por ser elemental. Sobre el requisito de la tenencia, es pacífico que se corresponde con la posesión, concepto asentado en la jurisprudencia de esta Sala, sobre las ideas del *corpus* y del *animus*».

En la actualidad, exige el precepto penal que la tenencia, recepción u obtención de la moneda falsa esté preordenada a su expedición, distribución o puesta en circulación. Como se advertía *ut supra*, la LO 1/2015 introdujo en estas conductas un importante matiz. Si el texto anterior (LO 15/2003) castigaba «la tenencia de moneda falsa para su «expedición»», el ahora vigente prevé «la tenencia, recepción u obtención de la moneda para su «expedición», distribución o puesta en circulación». Y si bien, como se sostiene, son términos sinónimos ‘expedición’ y ‘puesta en circulación’ cuando se relaciona el art. 386.1.3.º con el subtipo agravado del art. 386.2, no sucede lo mismo, en mi opinión, con las palabras ‘expedición’ y ‘puesta en circulación’. En efecto, «expedir», etimológicamente, no equivale a dar salida al por menor o, si se quiere, a poner en circulación la moneda, pues significa enviar o remitir a alguien por correo u otro medio, en este caso, la moneda, luego expedición y puesta en circulación no abrazan el mismo sentido en este párr. 2.º del art. 386.2 CP.

Por último, reseñar que el autor de cualquiera de estas conductas no ha de ser el que fabricó, alteró, importó o exportó la moneda pues, en tal caso, será castigado por los ordinales 1.º ó 2.º del art. 386.1 para no infringir la prohibición del *bis in idem*. También, por mor del art. 8.3.ª CP, la tenencia de la moneda quedará absorbida o consumida en el transporte, expedición o distribución, penándose entonces la conducta por el ordinal 3.º del art. 386.1 (cfr. STS 30 jun. 93). Recuérdese que las conductas se detienen en la tenencia, recepción u obtención de la moneda falsa, teniendo como límite, por arriba, el acto de expedición (o puesta en circulación) o distribución. Mas si el hecho trasciende la mera tenencia para avanzar en el *iter* delictivo, podrá dejar de ser tenencia, recepción u obtención de la moneda para convertirse en tentativa de distribución o expedición (Véase lo dicho *ut supra* sobre ‘distribución’).

### B. *Cuestión acerca de posibles exigencias del tipo*

Se discute en la doctrina si estas modalidades delictivas requieren o no, como elemento integrante, la connivencia del tenedor o receptor de la moneda con los ejecutores de las conductas descritas en el art. 386.1 CP. En la Sala 2.ª se observan las dos posibles respuestas aunque en las sentencias de fecha más reciente predominan las que consideran, con acierto, que la mencionada connivencia no es un elemento exigido en este tipo penal, siendo ésta la línea interpretativa que ha prevalecido. Así, matizan las SSTS 50/2009, 22 ene. y 961/2009, 24 sep. (en el mismo sentido, SSTS 1419/2003, 31 oct. y 544/2012, 2 jul.):

«Los requisitos relacionados como el valor de la moneda o el grado de connivencia con los autores mencionados en los números anteriores no son elementos del tipo, sino criterios de individualización penológica, que pueden o no estar pre-

sentés a la hora de llevar a cabo esta operación jurídica, pero que no forman parte del tipo, por condicionarles exclusivamente ley penal a la hora de imponer la pena inferior en uno o dos grados».

Igualmente, las SSTS 471/2017, 22 jun.; 77/2018, 14 feb. y las que cita, confirman este criterio; (en contra, pueden verse las SSTS 1154/2002, 17 jun. y 20201/2004, 24 feb.).

A mi juicio, el valor de la moneda y el grado de connivencia, lejos de ser elementos del delito, funcionan como parámetros para la concreción de la rebaja en grado y la extensión de la pena a imponer. Baste fijar la atención en el primero de ellos, «valor de la moneda,» para advertir que dicho referente nada tiene que ver con el tipo en cuestión que, en modo alguno, exige una cifra a partir de la cual ha de entenderse cometido el delito. Por otro lado, la relación y diseño de las conductas que agrupa el art. 386 CP permiten confirmar esta interpretación pues se recorren así todas las acciones posibles a ejecutar en este ámbito delictivo. Y la tenencia, recepción u obtención de moneda preordenada a la distribución, expedición o puesta en circulación, no precisa de connivencia alguna de su autor para merecer el reproche penal y es suficiente para entender atacado el bien jurídico protegido.

No obstante, de darse la mencionada connivencia, puede serlo con los falsificadores, alteradores, introductores, exportadores, transportistas o, a su vez, con otros distribuidores que, concertados con alguno de éstos últimos, les precedieron en la cadena delictiva de la que aquel tenedor o receptor ocupa el siguiente eslabón que, por otro lado, no tiene que ser necesariamente el último. Más difícil, por no decir imposible, es imaginar la tenencia para distribuir o expedir en connivencia con otros expendedores, pues, como se viene entendiendo al analizar el art. 386, «expender» hace referencia, precisamente, a la incorporación directa de la moneda al flujo o torrente monetario y no a la ejecución de una anterior fase o etapa distributiva. El grado de esa connivencia descrita y el valor de la moneda falsa serán tenidas en cuenta a la hora de concretar la pena que, en todo caso, será la inferior en uno o en dos grados a la señalada en el párr. primero de este art. 386.1.

### C. *Consumación*

No es necesaria, para la consumación del delito, la efectiva puesta en circulación de la moneda (SSTS 27 feb. y 27 nov. 1913, 16 may. 67, 27 ene. 99). Señaló la STS 891/2012, 12 nov., respecto de la consumación de esta modalidad delictiva que:

«La tenencia no admite formas imperfectas de ejecución. No bastará, claro es, el simple contacto material para la consumación. Será indispensable una disponibilidad abstracta de los billetes falsos. Pero acreditada aquélla, el delito se ha consumado... se adelantan... las barreras de protección penal incriminando actos de ejecución imperfecta

o preparatorios, como son, respectivamente, la tenencia y la adquisición para expenderla o distribuirla. Basta, por tanto, el propósito de ponerla en circulación, exigido como ánimo tendencial, sin necesidad de que la puesta en circulación de la moneda se haga efectiva (STS 88/1999, 27 ene.)».

**5. Distribución o expendición de moneda falsa siempre que la haya adquirido de buena fe y se lleve a cabo por el agente después de constarle su falsedad (art. 386.3)**

A diferencia de la anterior, en esta figura la moneda se adquiere por el sujeto ignorando su falsedad pero, posteriormente, la distribuye o expende sabiendo que no es genuina (ver STS 3 feb. 93). Como ya se adelantó, la expresión de buena fe equivale a la creencia de que la moneda que se adquiere es legítima o, si se quiere, al desconocimiento de su falsedad. La STS 9 jul. 84 habló de desconocimiento de la inautenticidad de la moneda. Respecto a la noción de ‘distribución’ y ‘expendición’ me remito a lo expuesto anteriormente. La STS 75/2002, 29 ene., recuerda que:

«La consumación del delito, pues, exige: a) el hecho de la adquisición de la moneda apócrifa de buena fe, es decir, ello implica que el adquirente haya sido bien engañado por el expendedor de la misma o bien incluso le haya sido entregada sin tampoco conocer aquél su inautenticidad, pues lo relevante es el desconocimiento de la falsedad, siendo incluso indiferente que la posesión haya sido adquirida en virtud de una transacción lícita o de un hecho ilícito, pues la buena fe se predica

de la moneda en sí misma pero no del título de su adquisición; b) que tenga conocimiento de la falsedad con posterioridad a dicho momento adquisitivo y ya la moneda en su posesión; c) que la misma sea expendida o distribuida a un tercero, lo que equivale al traspaso de la posesión de las monedas o su reintroducción en el tráfico, bastando para ello el mero acto traslativo; d) que el valor aparente de dicha moneda expendida o distribuida exceda de 400 euros (en la actualidad)».

Si bien, se matiza por el Texto legal, que si aquel valor es inferior a 400 euros la pena es leve (art. 386.3, en su inciso final). Por su parte, la STS 77/2018, 14 feb., contiene una afirmación con la que no se coincide:

«Si al recepcionar la moneda falsa el autor desconoce ese dato, la ulterior tenencia (cuando ya conoce esa falsedad) para la distribución no invade el Código Penal hasta que se produce una efectiva expedición como resulta de una interpretación sistemática de los números 2 y 3 del art. 386 CP. La recepción, obtención o tenencia de moneda falsa con fines de distribución se castiga

con una pena comprendida entre dos y ocho años (según variemos uno o dos grados) siempre que existiese mala fe. Cuando la mala fe es sobrevenida solo se colmará la tipicidad si se procede a la efectiva distribución (pena de prisión de tres a seis meses o multa, si excede de 400 euros la moneda distribuida; o de multa de uno a tres meses si no alcanza ese monto)».

En mi opinión, esta última proclamación no es del todo cierta. Es claro, como reza el precepto, art. 386.3, que la mala fe tiene que ser sobrevenida, pero la tenencia de la moneda, ya con conocimiento de su falsedad, puede llegar a ser típica si se acreditan las exigencias del art. 386.2, párr. 2.º, es decir, una tenencia de la moneda para su expedición, distribución o puesta en circulación. Ello es así porque el escenario fáctico cambia por completo ya que a la adquisición de buena fe de la moneda le sigue un conocimiento posterior de su falsedad y una tenencia de la misma que no se va a detener en la mera detentación sino en su preordenación a cualquiera de las modalidades de tráfico que establece aquel precepto.

Dijo la STS 27 ene. 99 que:

«El dolo precisa conciencia de la falsedad de la moneda adquirida que, en todo caso, ha de ser una conciencia concurrente al tiempo de la adquisición. En efecto, de ser una conciencia sobrevenida, que surgiera durante la tenencia subsiguiente a una adquisición de buena fe, la

barrera penal se retrasa a los actos efectivos de expendición o distribución conociendo ya la falsedad de la moneda adquirida. Modalidad típica que como delito recoge el párr. 3.º del art. 386 (actual art. 386.3)...».

### III. CONCURSO CON LA ESTAFA

La adquisición de cualquier bien con la moneda falsa determina la comisión del delito de estafa. Expuso la STS 232/2003, 13 feb., que:

«Si en la sentencia recurrida se dice que fue el hoy recurrente quien llevó los billetes falsos, con la pretensión de hacerlos pasar por legítimos, como efectivamente consiguió, es incuestionable que el hecho enjuiciado ha sido calificado de forma jurídicamente correcta. El señor J.M. entregó billetes falsos de 20 dólares USA a cambio de pesetas. Los billetes falsos llegaron a manos de los compradores que, incluso, acudieron con algunos de ellos a distintas oficinas bancarias para cambiarlos por moneda nacional. El hecho es típicamente antijurídico, conforme a lo establecido en el art. 386 CP. Como quiera que dicho procesado pretendió

—y consiguió— hacer pasar los billetes falsos por auténticos, es patente igualmente que su conducta debe incardinarse en la figura de la estafa de los arts. 248.1, 249 y 250.1.6 CP por cuanto con su conducta engañosa consiguió que los adquirentes de los dólares pagasen por ellos el precio convenido en pesetas, al creer que se trataba de dólares USA legítimos, con el consiguiente beneficio para el acusado y el correlativo perjuicio de los compradores, que en modo alguno habrían efectuado el desplazamiento patrimonial descrito en el *factum* sin el engaño de que les hizo objeto el acusado».

Puede verse también la STS 1137/2005, 6 oct.

### IV. LOS APS. 4 Y 5 DEL ART. 386

El ap. 4 del art. 386 faculta, que no obliga, la imposición de alguna o algunas de las consecuencias previstas en el art. 129 CP cuando el culpable de alguno de los delitos previstos en el art. 386 pertenezca a sociedades, organizaciones o asociaciones, incluso de carácter transitorio, que carezcan de personalidad jurídica.

Por su parte, la LO 1/2015 introdujo, en el ap. 5 del art. 386, la previsión de responsabilidad penal de las personas jurídicas, una vez cumplidas las exigencias de los arts. 31 bis y siguientes del CP, respecto de los delitos de falsedad de moneda contenidos en el art. 386. A la penalidad que se estableció para la persona jurídica (multa del triple al décuplo del valor aparente de la moneda) la LO 1/2019, 20 feb., añade, como penas de imposición facultativa, las recogidas en las letras b) a g) del ap. 7 del artículo 33, según su Preámbulo, porquese hace preciso «ampliar el abanico de sanciones que se pueden imponer a las personas jurídicas cuando éstas sean responsables penales de este tipo de hechos delictivos». Recuérdese que las penas aplicables a las personas jurídicas que enumera el art. 33.7 CP, incluida la multa, tienen la consideración legal de graves y que las previstas en las letras b) a g) son de índole interdictiva lo que exigirá, caso de imponerse,

una adecuada motivación (arts. 66 bis.1.<sup>a</sup> y 72 CP). Véase al respecto lo dicho en la STS n.º 154/2016, 29 feb.

## V. COMPETENCIA Y PROCEDIMIENTO

La DF 3.<sup>a</sup> de la LO 5/2010 modificó la letra b) del ap. 1.º del art. 65 de la LOPJ que ahora atribuye a la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional el conocimiento de los delitos de «Falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales». De resultar competente, el esquema procedimental es el que a continuación se expone respecto de su Sala de lo Penal y Juez Central de lo Penal.

Cuando el correspondiente delito de falsedad de moneda no sea cometido por organizaciones o grupos criminales, se seguirán los trámites del procedimiento ordinario en caso de delito del art. 386.1 (los tres ordinales) y del procedimiento abreviado cuando se trate de alguna de las modalidades previstas en el párr. 2.º del art. 386.2, siendo enjuiciado, en ambos casos, por la Audiencia Provincial. Para condenar el delito del art. 386.3 es competente el Juez de lo Penal por los trámites del procedimiento abreviado (arts. 14 y 757 LECr.). Para el caso del último inciso del art. 386.3, el procedimiento será el de enjuiciamiento para delitos leves (arts. 962 y ssLECr).

**Art. 387.** A los efectos del artículo anterior, se entiende por moneda la metálica y el papel moneda de curso legal y aquella que no ha sido todavía emitida o puesta en circulación oficialmente pero que está destinada a su circulación como moneda de curso legal. Se equiparán a la moneda nacional las de otros países de la Unión Europea y las extranjeras.

Se tendrá igualmente por moneda falsa aquella que, pese a ser realizada en las instalaciones y con los materiales legales, se realiza incumpliendo, a sabiendas, las condiciones de emisión que hubiere puesto la autoridad competente o cuando se emita no existiendo orden de emisión alguna.

El objeto material del delito está adaptado a las previsiones en materia monetaria. Dicha adaptación proviene, obviamente, de la específica equiparación de las monedas de otros países de la UE y las extranjeras a la moneda nacional. En todo caso, ha de tratarse de moneda o papel moneda de curso legal con exclusión de las de valor histórico y de las que en el momento de la comisión de los hechos estaban retiradas del mercado monetario.

Han de tenerse en cuenta varios preceptos de distintas disposiciones legales. El art. 3 de la L. 46/1998, 17 dic., sobre introducción del euro, establece: «1. Desde el 1 de enero de 1999, inclusive, la moneda del sistema monetario nacional es el euro, tal y como esta moneda se define en el Reglamento (CE) 974/98, del Consejo, 3 may. 2. El euro sucede sin solución de continuidad y de modo íntegro a la peseta como moneda del sistema monetario nacional. La unidad monetaria y de cuenta del sistema es un euro. Un euro se

divide en cien cents o céntimos. Los billetes y monedas denominados en euros serán los únicos de curso legal en el territorio nacional». Y el ap. 2 del art. 4 de dicha Ley hace una importante matización para el régimen transitorio de la peseta: «No obstante lo dispuesto en el artículo 3 de esta Ley, los billetes y monedas denominados en pesetas continuarán siendo válidos como medio de pago de curso legal con pleno poder liberatorio, en cuanto subdivisión del euro al tipo de conversión, hasta el 28 de febrero de 2002. A partir de dicho momento, tales billetes y monedas perderán su curso legal y sólo conservarán un mero valor de canje en los términos previstos en esta Ley y sus disposiciones de desarrollo». Por su parte, dispone el art. 2, ap. 3 y 5 de la LO 10/1998, 17 dic., complementaria de la Ley sobre introducción del euro: «3. No obstante lo dispuesto en el artículo 4 de la Ley sobre Introducción del Euro, las referencias contenidas en las normas penales a la moneda nacional se entenderán que engloban tanto a la moneda euro como a la moneda peseta. A estos solos efectos, la peseta mantendrá la consideración de moneda nacional hasta la finalización del período de canje a que se refiere el artículo 24 de la Ley sobre Introducción del Euro». «5. Durante el período transitorio al que se refiere el artículo 12 de la Ley sobre Introducción del Euro, los euros acuñados o impresos en moneda metálica o en papel moneda se considerarán en todo caso moneda de curso legal a los efectos previstos en los artículos 386 y 387 de la Ley Orgánica 10/1995, 23 nov., del Código Penal». Según el art. 25 de la L. 46/1998: «A partir del 1 de julio de 2002 el canje de los billetes y monedas denominados en pesetas por billetes y monedas en euros se llevará a cabo exclusivamente por el Banco de España previo el correspondiente redondeo de conformidad con lo dispuesto en el artículo 11 de esta Ley». En consonancia con todas estas previsiones, la Instrucción FGE 5/2001, 13 dic., sobre los efectos de la introducción del euro en el ámbito penal, matizó:

«Asimismo, pese a dejar de tener la peseta la consideración de moneda nacional y de gozar de la protección del sistema monetario a partir del 1 de enero de 2002, y sobre todo perder su capacidad liberatoria a partir del 1 de marzo de 2002, las monedas y billetes de pesetas siguen teniendo tal consideración durante todo el período de canje al que se refiere el art. 24 LIE (es decir, hasta el 30 jun. 2002) al efecto de poder ser objeto material de las conductas típicas relativas a la falsificación de moneda (art. 2.3 de la LO 10/98). Por el contrario, a partir del 1 jul. 2002, coincidiendo con el momento en que las monedas y billetes de peseta sólo pueden ser objeto de canje en el Banco de España (art. 25 LIE), su falsificación pasa a ser una conducta atípica, sin perjuicio de que pueda dar lugar a otros delitos de carácter patrimonial, como la estafa que tendría lugar en el caso de hacer un pago en pesetas falsas a un particular que las recibiese creyendo que iba a poder canjearlas por euros en el Banco de España, o en el supuesto de vender a un coleccionista billetes o monedas de pesetas antiguas que hubiesen sido falsificados».

El actual texto del art. 387 ha sufrido dos reformas que ahora se indican en el orden que aparecen en el propio precepto. Las dos persiguen ensanchar la protección penal de la moneda cuando se encuentra en las fases previas a su emisión o puesta en circulación, o

a la misma emisión cuando no está autorizada o se incumplen las condiciones impuestas por la autoridad competente.

La LO 1/2019, 20 feb., modifica en parte el párr. 1.º que exclusivamente sustituye la frase «aquella que previsiblemente será puesta en curso legal» por la más precisa de «aquella que no ha sido todavía emitida o puesta en circulación oficialmente pero que está destinada a su circulación como moneda de curso legal» y ello, según su Preámbulo, porque «es conveniente mejorar la redacción del artículo 387 del Código Penal para aquellos casos en los que se anticipa la protección penal de la moneda a las fases previas a su puesta oficial en circulación, y ello con la finalidad de otorgar a la redacción del precepto una mayor concreción técnica y obtener así una mayor seguridad jurídica». Semejante proclamación se encuentra en la línea del Considerando 12 de la Directiva 2014/62/UE que preconiza que «Los billetes y monedas que el BCE o los bancos centrales y cecas nacionales todavía no hayan emitido oficialmente deberían asimismo beneficiarse de la protección de la presente Directiva. Así, por ejemplo, las monedas de euro con nuevas caras nacionales o las nuevas series de billetes de euro deberían recibir protección antes incluso de ser puestas oficialmente en circulación». Por consiguiente, a los efectos del art. 386, se incluyen la moneda o papel moneda cuyo proceso de fabricación en la respectiva casa de la moneda (española, país de la UE o resto de naciones) le haga alcanzar esa apariencia o aptitud de tenerla por verdadera. La Ley 13/1994, 1 jun., de autonomía del Banco de España, establece en su art. 15: «1. Corresponderá al Banco de España, previa autorización del Banco Central Europeo, la facultad de emisión de billetes en euro que, sin perjuicio del régimen legal aplicable a la moneda metálica, serán los únicos de curso legal dentro del territorio español, de conformidad con lo establecido en la normativa comunitaria en vigor. 2. Con el fin de promover la autenticidad y calidad de los billetes de euro en circulación, el Banco de España podrá establecer criterios y procedimientos de actuación en relación con su puesta en circulación, retirada, canje, custodia y recirculación, y velará por su cumplimiento».

Por su parte, la LO 1/2015 incluyó en el párr. 2.º del art. 387, como moneda falsa, la que es realizada en las instalaciones y con los materiales legales pero incumpliendo de manera intencionada las condiciones de emisión que hubiere puesto la autoridad competente o cuando se emita no existiendo orden de emisión alguna.

GONZALO CAMARERO GONZÁLEZ

**Art. 423.** Lo dispuesto en los artículos precedentes será igualmente aplicable a los jurados y árbitros, nacionales o internacionales, así como a mediadores, peritos, administradores o interventores designados judicialmente, administradores concursales o a cualesquiera personas que participen en el ejercicio de la función pública.

Se recoge en este artículo una enumeración no taxativa de sujetos asimilados a las autoridades y funcionarios públicos para su consideración como autores del delito de cohecho pasivo. Se trata de una cláusula de extensión de la responsabilidad a sujetos que, sin ser funcionarios, desempeñan funciones públicas.

La regulación, procedente en su gran parte de 2010, presenta dos novedades respecto de la original del CP de 1995, que se encontraba en el art. 422. Por una parte, la inclusión de «los administradores o interventores designados judicialmente». Por otra, la ubicación sistemática. En efecto, el anterior art. 422 se ubicaba tras los arts. 419 a 421, que tipificaban el cohecho pasivo propio, por lo que el artículo no se aplicaba a los cohechos pasivos impropios de los arts. 425 y 426. Ahora queda claro que el art. se refiere a todas las formas de cohecho pasivo.

Frente al art. 388 del Código de 1973, donde se hablaba de «personas que desempeñaren una función pública» y se incluían figuras jurídicamente obsoletas como los «hombres buenos» y los «arbitradores», la norma actual se expresa con mayor propiedad, en orden a una mayor precisión de su contenido. Así, en el cotejo con el art. 24 llama la atención el empleo, común a ambas normas, de la expresión participar en el ejercicio de la función pública. La diferencia de campos de aplicación de dichos artículos, que evidentemente ha de existir para justificar la razón de ser de este 423, no se basa, pues, en la participación, que no constituye un elemento diferenciador entre ambos, sino en el título que la origina. En el art. 24 se considera funcionario público al que participa de las funciones públicas «por disposición inmediata de la ley, por elección o por nombramiento de autoridad competente». Sin embargo, en la norma comentada no se hace referencia alguna al origen de dicha participación, sino meramente al hecho de que tal participación existe. Partiendo de tal distinción, parece que puede concluirse que este artículo se refiere a aquellos sujetos, que sin estar orgánica ni funcionalmente integrados en la estructura administrativa, desempeñan ocasional o habitualmente actividades que comportan la participación en el ejercicio de una función pública.

Determinar que sea «función pública» es evidentemente cuestión mucho más compleja. Con carácter general (VALEIJE, COBO DEL ROSAL) puede definirse como «aquella manifestación de la actividad del Estado que consiste en legislar, juzgar y ejecutar, y mediante las cuales el Estado persigue sus fines» (*vid.* S. 35/83, TC 11 may. 1983).

De modo que se trataría, en fin, de sujetos no incorporados a la Administración pero sí dedicados en determinada medida a coadyuvar a la consecución de sus fines.

Por ello se ha criticado la inclusión expresa de los Jurados, que no sólo participan directamente en el ejercicio de funciones públicas (art. 24.2 CP) sino que incluso ejercen jurisdicción como integrantes de un auténtico Tribunal ordinario predeterminado por la Ley (art. 125 CE y art. 2 LO 5/1995), por lo que son propiamente autoridad a los efectos penales conforme al art. 24.1. Debe reseñarse no obstante que durante años, suspendida la figura del Tribunal de Jurado de la Ley de 1888, la doctrina entendió reconducible este concepto de jurado incluido en el delito de cohecho a figuras con igual denominación, aunque funciones muy distintas —no jurisdiccionales—, contempladas básicamente en el

derecho laboral y administrativo (los «jurados de empresa», los miembros de los Jurados de Expropiación, etc.).

Ha de reconocerse en cualquier caso que la amplitud con que en el art. 24 se define la figura del funcionario público, acompañada de la generosa interpretación que de tal precepto ha venido realizando la Sala 2.<sup>a</sup> del TS, permite considerar poco menos que remota la aplicación práctica de este artículo —o, al menos, así ha sido hasta el presente—, salvo en los casos de mención expresa de peritos, árbitros y jurados, cuya inclusión en el ámbito de dicho art. 24 no sólo es posible en la práctica totalidad de los supuestos imaginables, sino que en algunos, como queda dicho, resulta manifiestamente inexcusable.

En el Protocolo Adicional de 15 may. 2003 al Convenio Penal sobre la Corrupción del Consejo de Europa, de 27 ene. 1999, se contienen definiciones auténticas tanto del «árbitro» (persona que, en razón de un acuerdo de arbitraje, está llamado a pronunciar una decisión jurídica vinculante sobre un litigio que le es sometido por las partes del acuerdo) como del «jurado» (miembro no profesional de un órgano colegiado encargado de pronunciarse en el curso de un proceso penal sobre la culpabilidad de un acusado).

El texto menciona entre los grupos a los que se les aplican los artículos precedentes sobre el cohecho a los «mediadores», probablemente ya incluidos entre las personas «interpuestas». Esta persona interpuesta es cooperador necesario (STS 1493/1999, 21 dic.).

La reforma de 2015 ha incorporado al tipo a los «administradores concursales», cuya mención expresa no era necesaria, pues el TS ya ha aplicado este precepto a un comisario de una quiebra, representante de la autoridad judicial, que solicitó una cantidad de dinero para emitir un informe favorable al quebrado para que, de ese modo, la quiebra se tramitara sin problemas (STS 16 nov. 2006).

La modificación introducida por la LO 1/2019, consiste en añadir la mención, respecto de jurados y árbitros, que pueden ser nacionales o extranjeros. En su «Tercer ciclo de evaluación. Segunda adenda al segundo informe de evaluación sobre España», publicado el 9 feb. 2016, el GRECO (punto 15) consideraba que este artículo cubre la dimensión nacional del delito de corrupción referido a jurados y árbitros, pero dudaba de que, en la regulación vigente en el momento de la evaluación, los árbitros y jurados extranjeros estuvieran cubiertos por el tipo penal, dado que no existe jurisprudencia sobre este tema, ni están incluidos en el art. 427 CP, que regula específicamente el aspecto internacional de la corrupción. La reforma da respuesta a esta petición.

...

**Art. 427. Lo dispuesto en los artículos precedentes será también aplicable cuando las conductas descritas sean realizadas por o afecten a:**

**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.**

**d) Cualquier persona a la que se haya asignado y que esté ejerciendo una función de servicio público que consista en la gestión, en los Estados miembros o en terceros países, de intereses financieros de la Unión Europea o en tomar decisiones sobre esos intereses.**

En el derecho comunitario se considera funcionario nacional al funcionario o empleado público tal como se defina ese concepto en el Derecho nacional del Estado miembro en que la persona de que se trate tenga esta condición a los fines de la aplicación del Derecho penal de dicho Estado miembro (art. 1 c).

El ap. final del art. 1 c) del Convenio basado en el art. K.3 letra c) ap. 2 del Tratado de la UE sobre lucha contra los actos de corrupción en los que estén implicados funcionarios de las Comunidades Europeas o de los Estados Miembros de la UE, firmado en Bruselas el 26 may. 1997, establece que «no obstante, cuando se trate de diligencias judiciales en las que esté implicado un funcionario de un Estado miembro incoadas por otro Estado miembro, éste sólo deberá aplicar la definición de funcionario nacional en la medida en que esa definición sea compatible con su Derecho nacional».

Según lo establecido en el Estatuto de los funcionarios de las Comunidades Europeas o del Régimen aplicable a otros agentes de la UE (Reglamento núm. 31 (CEE) 11 (CEE)) se consideran funcionarios de las Comunidades Europeas las personas que hayan sido nombradas, en las condiciones previstas en el Estatuto, para un puesto de trabajo permanente en una de las instituciones de las Comunidades, mediante un acto escrito de la autoridad facultada para proceder a los nombramientos de dicha institución. Abarca también a las personas nombradas por los organismos comunitarios a las que sea de aplicación el Estatuto en virtud de los actos comunitarios que los crean (agencias) (art. 1 bis). Por lo que se refiere a los otros agentes de la UE, se trata de agentes temporales o contractuales al servicio de la UE (POZUELO PÉREZ).

Si el texto de 2010 limitaba su alcance a los funcionarios de la UE o a los funcionarios nacionales de otro Estado miembro de la Unión, el texto introducido por la reforma penal de 2015 es más amplio, al referirse a funcionarios de países de la UE o de cualquier otro país extranjero o de organizaciones internacionales públicas, con el mismo carácter extensivo que para los funcionarios —en sentido penal— nacionales establece el art. 24 CP. Se sigue muy de cerca el art. 1.4.a) Convenio OCDE de 1997 de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. Una de las preocupaciones puestas de manifiesto por la OCDE fue la inexistencia en nuestro derecho interno de un concepto de funcionario público extranjero en los términos previstos en el art. 1.4 Convenio citado, como se señaló en las Recomendaciones de

la OCDE de 2006. Al respecto, se sugirió que la definición de autoridad y funcionario público nacionales contenida en el art. 24 CP podría extrapolarse al ámbito internacional, donde tendrían cabida, en principio, todos los supuestos previstos en el Convenio. El Convenio OCDE se ha inclinado por ofrecer un concepto autónomo de funcionario público, a diferencia de lo que ocurre en otros acuerdos internacionales, como por ejemplo los de la UE, donde la naturaleza de funcionario debe determinarse conforme al Derecho penal del país del cual procede el agente público. El concepto de funcionario que acoge el Convenio y que se traslada a este artículo es, sin duda, más amplio que el previsto en el art. 24 CP. Todos los funcionarios públicos conforme al derecho penal español resultan funcionarios conforme al art. 427, pero además en el marco de este precepto deben considerarse funcionarios públicos los particulares que ejercen funciones públicas, por delegación de la Administración, lo que comprende los casos de privatización de funciones públicas. Igualmente son funcionarios los empleados de empresas participadas por el Estado, en las que éste posee la mayoría del capital o de los votos o puedan nombrar a los miembros de los órganos de administración. No obstante, como aclaran los Comentarios al Convenio, no deben considerarse empresas públicas aquellas que actúan sobre una base comercial, sustancialmente equivalente a la empresa privada, sin subvenciones o privilegios. El Convenio también maneja una definición autónoma de funcionario de organizaciones internacionales. La intención del Convenio con su definición es no dejar fuera ningún tipo de organización internacional, especialmente aquellas como la UE, a caballo entre las organizaciones clásicas y los estados federales (NIETO MARTÍN).

El legislador trata de, por un lado, simplificar la fórmula, acuñando un concepto funcional de funcionario, inspirado en el art. 24 CP (que determina quién es funcionario español) y, por otro, de ampliar la aplicación de los preceptos no sólo a los funcionarios de la UE o de Estados miembros de la misma, sino también a los de cualquier otro país extranjero u organización internacional pública.

Parte de la doctrina ya había propuesto, en referencia a los funcionarios comunitarios, que su condición de funcionario fuera compatible con el concepto del art. 24 CP, como se hace en el Convenio de la UE (art. 1.c) en el que se incluyen dos criterios: el de la legislación del Estado del funcionario corrupto y el de la *lex fori*. Ahora que se amplía el ámbito a cualquier país extranjero, este doble criterio (el punto de vista del país de origen y el de la *lex fori*) parece que debería haberse incluido.

(Ver el comentario al art. 286 ter, sobre cohecho en las relaciones económicas internacionales).

La modificación realizada por la LO 1/2019, además de la corrección del estilo de redacción del encabezado inicial, consiste en la introducción del nuevo apartado d). El motivo de la reforma, según la Exposición de Motivos de la Ley, es que la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 jul. 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, en su art. 4.4.b amplía el concepto de funcionario público que debe tenerse en cuenta en los delitos de cohecho y malversación. La nueva definición es más expansiva que las

reguladas en anteriores directivas y excede del concepto previsto en el art. 427 CP, que precisamente establecía la definición de los funcionarios extranjeros y de la UE para los delitos de cohecho.

El art. 4.4.b de la Directiva se refiere a «toda persona a la que se haya asignado y que esté ejerciendo una función de servicio público que consista en la gestión, en los Estados miembros o en terceros países, de intereses financieros de la Unión o en tomar decisiones sobre esos intereses». Como puede verse, este texto de la Directiva pasa casi literalmente al Código Penal.

...

**Art. 431. A los efectos de este capítulo se entenderán funcionarios públicos los determinados por los artículos 24 y 427.**

En su «Tercer ciclo de evaluación. Segunda adenda al segundo informe de evaluación sobre España», publicado el 9 feb. 2016, el GRECO (punto 27) mostraba sus dudas sobre la aplicabilidad del art. 427 CP (corrupción de agentes extranjeros e internacionales) al delito de tráfico de influencias, dado que este artículo se refiere específicamente a las «disposiciones precedentes» por lo que el tráfico de influencias (regulado en los arts. 428 a 430 CP) no entraría en el campo de aplicación del art. 427 CP. Pero la Convención penal sobre la corrupción, en su art. 12, es clara a este respecto, pues hace una concreta referencia a la incriminación del delito de tráfico de influencias de agentes públicos extranjeros, de miembros de asambleas públicas extranjeras, de agentes de organizaciones internacionales, de miembros de asambleas parlamentarias internacionales, y de jueces y agentes de cortes y tribunales internacionales. La incorporación de este artículo al CP en la reforma de la LO 1/2019, trata de atajar esta laguna.

...

**Art. 435. Las disposiciones de este capítulo son extensivas:**

**1.º) A los que se hallen encargados por cualquier concepto de fondos, rentas o efectos de las Administraciones públicas.**

**2.º) A los particulares legalmente designados como depositarios de caudales o efectos públicos.**

**3.º) A los administradores o depositarios de dinero o bienes embargados, sequestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares.**

**4.º) 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 particulares cuando de manera dolosa se alterara el orden de pagos de los créditos establecido en la ley.**

5.º) A las personas jurídicas que de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis sean responsables de los delitos recogidos en este Capítulo. En estos casos se impondrán las siguientes penas:

a) Multa de 2 a 5 años, o del triple al quíntuple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de 5 años.

b) Multa de 1 a 3 años, o del doble al cuádruple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad no incluida en el anterior inciso.

c) Multa de 6 meses a 2 años, o del doble al triple del valor del perjuicio causado o de los bienes o efectos apropiados si la cantidad resultante fuese más elevada, 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.

Mediante este artículo se opera una extensión *ex lege* de las penas previstas en los anteriores a objetos y sujetos en principio no incluidos en su respectivo ámbito de aplicación, por lo que, como es obvio, las conductas típicas se configuran mediante la integración con las descritas en dichos artículos (SSTS 27/3/87, 10/3/94).

Es un delito especial impropio con parentesco con el alzamiento de bienes y la apropiación indebida. Sigue el legislador la pauta marcada en el art. 399 del Código anterior, si bien introduce ciertas innovaciones (vid. *infra*) que no impiden reproducir con carácter general la distinción de orden dogmático entre dos tipos de supuestos sustancialmente distintos, que responden a técnicas de extensión punitiva también diferentes, respectivamente contemplados en los núm. 1.º y 2.º, *por una parte*, y en el núm. 3.º *por otra*.

Los aps. 1.º y 2.º recogen supuestos que en cierto modo se solapan, por cuanto el segundo, de nueva factura, se refiere a casos reconducibles sin obstáculo al tenor literal del primero. Puede comprobarse en efecto que: 1) no hay especialidad respecto del sujeto, ya que «el particular» no es distinto de «el que» cuando la conducta del no particular, es decir, del funcionario, se tipifica directamente en los arts. 432 a 444 (en contra, MORALES PRATS y MORALES GARCÍA, para quienes en el primer ap. se contemplan las conductas de autoridades y funcionarios, frente a los particulares del segundo. Sin embargo, la STS 27/02/2001 afirma expresamente que «el art. 435.1 permite considerar autor de la malversación a los particulares»); 2) el depósito es obviamente una forma de hallarse encargado por «cualquier» concepto de los bienes de que se trate; 3) la designación legal cabe dentro de ese «cualquier concepto»; 4) no existe —si se atiende a la Jurisprudencia y la doctrina abrumadoramente mayoritarias (ver comentario al art. 432 e *infra*, acerca de la diferencia entre el objeto de estos dos primeros ap. y el del tercero)— diferencia relevante entre los

caudales o efectos públicos y los fondos, rentas o efectos de las Administraciones Públicas; y, 5) tampoco se prevé distinción alguna entre ambos supuestos desde el punto de vista de la pena a imponer. La distinción parece, pues, superflua.

Para MUÑOZ CUESTA, estarían incluidas aquellas entidades colaboradoras o agencias ejecutivas de recaudación, también bancos o cajas de ahorros que utilizan la administración para cumplir de manera regular más ágil sus funciones

La mención específica del depósito fue apreciada por algún autor (QUERALT) en su redacción similar en el Proyecto de Código de 1992 como un modo de referencia implícita a los retenedores de determinados tributos o de cuotas de la Seguridad Social. Esa posibilidad parece sin embargo excluida en el presente Código habida cuenta de la tipificación expresa de tales conductas en los arts. 305 y 307.

En el caso de estos dos primeros números, el Código opera una asimilación o extensión punitiva a sujetos en quienes no concurre per se la condición de autoridad o funcionario público (es decir, más allá de la amplia cabida del art. 24), en función precisamente de la naturaleza de los bienes que tienen a su cargo.

Los bienes han de tener la condición de públicos (sobre ese concepto, ver comentario al art. 432), según el ap. 2.º, o pertenecer a las Administraciones Públicas, según el 1.º. Con la generalización a todas las Administraciones se superan las reticencias que había suscitado la inclusión entre los «fondos, rentas y efectos provinciales o municipales» de los pertenecientes a las Comunidades Autónomas, como forma de analogía contra reo (ZABALEGUI).

II.—Es el ap. 3.º, comúnmente identificado bajo la denominación de quebrantamiento de depósito, el que ha suscitado mayor preocupación en la doctrina y una extensa jurisprudencia.

Atendiendo al objeto material (el dinero o bienes embargados, secuestrados o depositados por autoridad pública, aunque pertenezcan a particulares, incluido el propio depositario) no se trata, como en los supuestos anteriores, de una mera extensión punitiva por razón del sujeto, sino de una auténtica variación (QUERALT) objetiva, esto es, del establecimiento de un régimen especial de protección penal de ciertos bienes no públicos por razón de su adscripción a fines públicos.

La jurisprudencia ha descrito esa técnica de asimilación como una doble ficción: «en primer término, equiparando los depositarios o administradores de caudales embargados, secuestrados o depositados por autoridad, al funcionario público, en tanto no sean formalmente relevados, asimilación temporal o episódica pero no por ello menos firme, en cuanto concierne a deberes y obligaciones impuestos por razón de la relación de servicio ocasional constituida; relación fundamentada en la confianza que particularmente pudiesen inspirar aquéllos, a la que se sobreponen, además de las obligaciones características de todo depositario —art. 1.766 y siguientes del CC—, los especiales deberes de probidad, integridad, fidelidad, lealtad, respeto u obediencia, inherentes a la encomienda de cualquier función pública; lo que viene resaltado por las SS 16 abr. 1980 y 11 mar. 1985, al consignar que al depositario de bienes embargados por autoridad judicial, al ser investido

del cargo de depositario, le incumbe el ejercicio de una función pública. En segundo lugar y merced a la intervención de la autoridad judicial o administrativa, los caudales o bienes embargados, secuestrados o depositados, pertenecientes a particulares, quedan, por decisión legal, parificados a los públicos, pese a no corresponderles por su indicada naturaleza y tratarse de cosas o valores no pertenecientes al erario público» (STS 10 mar. 94. En similares términos, 1 feb. 96, 3 oct. 96).

Esa doble ficción se establece en orden a «una mayor protección a las decisiones de la Autoridad» (STS 10 mar. 94), lo cual precisamente permite cuestionar hasta qué punto se justifica la equiparación punitiva con los delitos de malversación propia a que conduce, cuando una buena parte del espectro criminológico que cubre podría reconducirse a los delitos de alzamiento de bienes y/o desobediencia a la autoridad (vid. arts. 257.1.º.2 y 2.º y 258).

El TS viene reiterando una sólida y clónica enumeración de los elementos subjetivos y objetivos de este delito. Tales elementos son: a) Un embargo, secuestro o depósito de caudales o bienes, realizado por autoridad pública aunque tales bienes sean de pertenencia de particulares; b) Una persona designada por una autoridad depositaria de los bienes, que adquiere por ello *ex lege* el ejercicio de la función pública para cumplir su misión. c) La aceptación del cargo por el depositario, tras ser informado de su nombramiento y debidamente advertido de las obligaciones contraídas, con obligación de conservar los bienes a disposición de la autoridad que lo designa, luego que los recibe para su custodia y depósito. d) Un acto de disposición de los caudales, sin orden, conocimiento o consentimiento de la autoridad que acordó el embargo, pudiendo consistir en cualquiera de las conductas de «sustracción», «consentimiento» o «distracción» que se describen en los artículos anteriores. (SSTS 2 mar. 92, 30 abr. 93, 10 mar. 94, 30 sep. 94, 12 abr. 95, 26 may. 95, 24 sep. 98, 27 abr. 99, 2 nov. 99).

Cabe destacar entre los referidos elementos algunos aspectos especialmente significativos.

Por supuesto, se trata de un delito especial impropio, dada la definición concreta de las condiciones que debe reunir el autor, por lo que habrá que atender a las soluciones que con carácter general se vienen proponiendo en materia de participación (vid. Comentarios a los arts. 31, 404 y 419). En cualquier caso ha de destacarse que la redacción del art. 31, que permite la imputación a sujeto común entre personas físicas (y no sólo cuando se actúa en nombre de una persona jurídica, como sucedía en el derogado art. 15 bis) abre un extenso terreno de solución a muchos de los problemas tradicionalmente planteados.

En cuanto al embargo, secuestro o depósito, la doctrina y la jurisprudencia más moderna insisten en que deben estar válidamente constituidos. Así,

«El secuestro o depósito judicial requiere, por su naturaleza (...) el desplazamiento posesorio o la necesaria constancia de que los objetos depositados se hallaban ya en posesión del depositario. La entrega no ha de consistir necesariamente en el acto de transferencia material de la cosa,

dado que si el depositario ya tenía los bienes embargados en otro concepto, puede perfectamente establecerse por la autoridad interviniente que, en lo sucesivo, los conserve en calidad de depósito. Mas ha de reflejarse en la diligencia oportuna una entrega que ponga realmente en poder del de-

positario aquellos objetos afectados y, en el caso aludido, constancia de que efectivamente existen los bienes y que los mismos, a partir de la diligencia judicial, cambian el signo de su posesión, que-

dando adscritos al fin de garantía, trascendente a la esfera pública» (STS 25 oct. 93. En semejantes términos, SSTS 31 oct. 88, 10 mar. 94, 25 oct. 95, 24 sep. 98, 11 may. 2001, 31 may. 2000).

También se ha enfatizado la necesidad de que exista una expresa aceptación del cargo por parte del depositario, así como la exigencia de que se haga a éste advertencia expresa de sus obligaciones y responsabilidades (SSTS 15 oct. 92, 12 abr. 95, 1 feb. 96), incluso poniéndole de manifiesto que el quebrantamiento de la custodia que se le encomienda puede dar lugar a responsabilidad penal (STS 12 jul. 94).

Este último aspecto relativo al posible desconocimiento por parte del sujeto de las obligaciones contraídas o del alcance de las mismas o de su incumplimiento ha sido tratado frecuentemente, a partir de la invocación del principio de culpabilidad (STS 26 may. 95), bajo el prisma del error de prohibición, en general vencible (SSTS 20 may. 94, 24 sep. 94, 12 jul. 94).

Finalmente ha de señalarse que el delito se consuma por el mero quebrantamiento del depósito —es decir, con la sustracción de los bienes a la disposición de la autoridad ordenante— sin necesidad de que se produzca lesión patrimonial efectiva ni lucro (ORTS). A partir de este dato, y del examen del bien jurídico protegido, MUÑOZ CONDE sugiere la compatibilidad (generalmente no admitida) de este delito con el de alzamiento de bienes. En este punto indica LUZÓN CÁNOVAS que la Jurisprudencia ha vacilado entre el concurso ideal (STS 18/6/90) y la más reciente aproximación a la tendencia doctrinal mayoritaria que aprecia un concurso de normas (STS 24 jun. 97).

Por idénticas razones, se ha sostenido que el delito se comete aunque la relación jurídico-material que dio lugar al embargo o secuestro se haya extinguido por el pago o por otra razón, puesto que la obligación de custodia basada en la confianza de la autoridad sólo cesa cuando ésta, formalmente, ordena la remoción del depósito, quedando lesionada— do en todo caso el bien jurídico protegido (STS 27 feb. 93).

El nombramiento ha de ser efectuado por autoridad pública, nunca por el procurador de la parte que insta el embargo; debe constar fehacientemente que los bienes existen y se encuentran en poder del administrador o depositario; al nombrado se le ha de instruir de la mutación que se produce en su estatus (cambio cualitativo que se produce en la persona que es nombrada administradora o depositaria, pasando de ser un particular a ser un funcionario público), de las obligaciones de custodia o conservación de los bienes a ella confiados y de la responsabilidad que asume si dejase de cumplir con esas funciones, responsabilidad que será fundamentalmente la de comisión de un delito (STS 1564/2005, 4 ene.). De la STS 15 abr. 2002, se desprende que el depósito ha de hacerse con presencia de los objetos que serán embargados. La jurisprudencia es muy rigurosa en cuanto a la prueba de la exigencia de que la persona depositaria conozca detalladamente las obligaciones del cargo que asume así como las responsabilidades que se pueden derivar del mismo. Más allá de la firma de un documento formulario, la persona nombrada debe haber sido informada perfectamente de las obligaciones que contrae (STS 779/2005, 18 may.).

La compatibilidad entre este delito y el de alzamiento de bienes ha sido descartada por la jurisprudencia. Dado que el bien jurídico protegido es tanto la Administración de justicia como los acreedores en cuyo favor se ha trabado el embargo, la desaparición de los bienes embargados no puede ser sancionada conjuntamente con el delito de alzamiento de bienes sin infringir el *non bis in ídem* (STS 1564/2005, 4 ene.).

III. En el ap. cuarto, los bienes que gestiona el administrador concursal no son bienes públicos, ni están en principio embargados, depositados o secuestrados, por lo que la conducta que recoge el nuevo 435.4 CP no tenía cabida en los ap. 1 a 3. La segunda parte del precepto parece seguir la técnica alemana de los *Regelbeispiele*, esto es, señalar a modo de ejemplo conductas que ya están incluidas en la definición general, dado que no respetar la *par conditio creditorum* ni el orden de prelación, en su caso, es una forma de gestión desleal.

En este caso se produce la misma doble ficción que en el art. 435.3: ni el sujeto es funcionario, ni los bienes son caudales o efectos públicos.

IV. El quinto apartado de este artículo, creado con la reforma del Código Penal de 2019, es similar al art. 427, introducido en 2010, para el cohecho y que, tras la reforma de 2015 pasó a ser el art. 427 bis, conservando la redacción. La razón de su inclusión en el Código aparece en la Exposición de Motivos de la LO 1/2019. No es otra que la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 jul. 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, «exige que sea punible cualquiera de los delitos previstos en ella, incluido el delito de malversación, cuando sea cometido por una persona jurídica. Por ello, sin perjuicio de las excepciones del art. 31 quinquies del CP, se establece también la responsabilidad de las personas jurídicas en el delito de malversación —único tipo penal de los regulados en la directiva que no lo admitía en nuestro ordenamiento— a aquellas personas jurídicas que por cualquier motivo gestionen recursos públicos o de cualquier otro modo estén encargados del erario público».

**Art. 435 bis. A los efectos de este capítulo se entenderá por funcionario público los determinados por los artículos 24 y 427.**

Disposición idéntica a la del art. 431 CP. Ahora, en vez de al tráfico de influencias, se aplica a la malversación. Ver el comentario a los arts. 427 y 431 CP.

La reforma, según la Exposición de Motivos de la LO 1/2009, sirve como base para extender la responsabilidad de estos funcionarios en el ámbito de la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 jul. 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión a través del Derecho penal, también en relación con el delito de malversación, para cumplir con lo dispuesto en su art. 4.

JAVIER ALBERTO ZARAGOZA AGUADO

**Art. 572. 1. Quienes promovieran, constituyeran, organizaran o dirigieran una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de prisión de 8 a 15 años e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.**

**2. Quienes participaran activamente en la organización o grupo, o formaran parte de ellos, serán castigados con las penas de prisión de 6 a 12 años e inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.**

La reforma del CP llevada a cabo por LO 5/2010, 22 jun., reubicó sistemáticamente las organizaciones y grupos terroristas para incardinarlas en la Sec. 1.<sup>a</sup> de un nuevo Cap. VII, incluido en los delitos contra el orden público, que lleva por rúbrica «de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo», definiendo a la vez los delitos instrumentales de terrorismo en la Sec. 2.<sup>a</sup> del mencionado Capítulo, integrada por los arts. 573 a 580 CP, eliminando en consecuencia la tipificación de las bandas armadas, organizaciones y grupos terroristas como delito de asociación ilícita (arts. 515. 2 y 516 CP derogados por LO 5/2010).

La organización y el grupo terrorista son considerados como una modalidad especial y agravada de la organización y el grupo criminal tipificados respectivamente en los arts. 570 bis y 570 ter si tenemos en cuenta la respuesta punitiva que se establece en el art. 572, con un marco penológico que oscila de 8 a 14 años de prisión para dirigentes, promotores u organizadores, y de 6 a 12 años de prisión para los miembros activos o integrantes, y la absoluta equiparación a estos efectos de las organizaciones y de los grupos terroristas.

La reforma ha incorporado una definición de organización y grupo terrorista mediante su remisión a los conceptos generales de organización y grupo criminal tipificados en los arts. 570 bis y 570 ter CP, eliminando la antigua referencia a «banda armada», un término heredado de las Leyes especiales vigentes en la década de los 80 en el que podían incluirse grupos armados de delincuentes sin fines terroristas.

Cabe destacar que si bien los arts. 571 y 572 CP establecen una distinción conceptual entre organización y grupo terrorista, sin embargo anudan la misma consecuencia penológica para las conductas de integración y/o dirección de organización terrorista y las de integración y/o dirección de grupo terrorista, manteniendo la misma respuesta penal que ha venido dando la jurisprudencia, que venía interpretando asimismo de manera unitaria los conceptos de banda armada, organización y grupo terrorista.

La Exposición de Motivos de la LO 5/2010 explica el fundamento de la equiparación en el tratamiento punitivo de los tipos penales de organización y grupo terrorista, «en atención a la gravedad intrínseca de la actividad terrorista, considerada como la mayor amenaza para el Estado de Derecho, así como a la peculiar forma de operar de determinados grupos o células terroristas de relativamente reciente desarrollo en el plano internacional, cuyo grado de autonomía constituye precisamente un factor añadido de dificultad para su identificación y desarticulación».

En esta materia la especial gravedad de las acciones violentas cometidas tanto por organizaciones como por grupos terroristas, así como la peligrosidad para el orden democrático que tales actuaciones implican, unido a la utilización del terror como estrategia de acción y de comunicación, es justificación suficiente para que se otorgue la misma respuesta punitiva a la organización terrorista de carácter estable que al grupo terrorista de carácter temporal que se constituye puntualmente para la comisión de atentados concretos.

El CP español ha venido configurando históricamente los delitos de terrorismo en atención a dos criterios, uno de tipo teleológico y otro de carácter estructural u orgánico.

El primero está representado por la ejecución del delito con las finalidades previstas en el art. 573.1 del Código. Este requisito es el elemento diferenciador entre la organización o grupo terrorista y la organización o grupo criminal: de modo que en las acciones delictivas definidas como crímenes de terrorismo debe concurrir como elemento subjetivo específico del injusto ese requisito tendencial-finalista. La justificación es lógica: La regulación de los delitos de terrorismo en nuestro CP se caracteriza fundamentalmente por una agravación penológica de las conductas incluidas en el citado capítulo, y ese «plus» de reacción punitiva, en comparación con los tipos penales comunes, se justifica por la propia naturaleza, gravedad y finalidad de la actividad terrorista. En otras palabras, este presupuesto se identifica con el fin de protección de la norma, o si se prefiere la *ratio legis* de estos tipos penales agravados o especiales, como criterio excluyente de una aplicación extensiva e indiscriminada de los mismos, y por ende contraria a los principios básicos del derecho penal y a la garantía constitucional de la legalidad penal.

El segundo criterio exigía que las acciones incriminables objeto de imputación hubieran sido realizadas por sujetos integrados en grupos dotados de una articulación orgánica idónea para la realización de aquellos objetivos. En consecuencia, lo requerido para que, en rigor, pudiera hablarse de delincuencia terrorista era la presencia de bandas o grupos armados que recurrieran a la violencia contra las personas o las cosas para provocar alarma o pánico, haciéndolo de forma organizada, aunque esto no era obstáculo para otorgar tal carácter a las estructuras de apoyo que comparten plenamente sus objetivos y que conforman el entorno de la organización terrorista (como acertadamente señalan las SSTS 19 ene. 2007 dictada en el caso JARRAI-HAIKA-SEGI, de 22 may. 2009 en el caso EKIN, y de 13 oct. 2009 en el caso GESTORAS-ASKATASUNA).

No obstante, la reforma llevada a cabo por la LO 2/2015 ha modificado el texto punitivo suprimiendo la obligada exigencia del elemento estructural u orgánico, que ya no resulta imprescindible para definir como terrorista una acción criminal, de manera que los delitos de terrorismo pueden ser cometidos, en todos los casos, por personas individuales no integradas en organizaciones o grupos terroristas siempre que persigan alguna de las finalidades establecidas por el art. 573.1 del Código.

La LO 1/2019, 20 feb., ha modificado algunas de las previsiones punitivas establecidas para estas conductas: por una parte, ha elevado la pena máxima para los dirigentes y promotores de las organizaciones terroristas hasta los 15 años de prisión (en consonancia con lo dispuesto en la Directiva 2017/541); por otra parte, ha sustituido las penas de

inhabilitación especial para empleo o cargo público por las de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

El legislador define las conductas típicas de la organización y grupo terrorista distinguiendo dos clases de autores merecedores de distinto reproche penal. Así, se diferencia la responsabilidad penal de los que promovieren, constituyeren, organizaren, o dirigieren la organización o el grupo, frente a los que meramente participaren activamente en la organización o grupo, o formaren parte de ellos. La distinción tiene su fundamento en la relación de jerarquía y en la propia distribución de roles o tareas entre sus miembros.

**1. Actos de promoción, constitución, organización, o dirección de la organización o grupo terrorista.** Sanciona el nuevo art. 572.1 del CP a «quienes promovieren, constituyeren, organizaren, o dirigieren una organización o grupo terrorista».

El precepto equipara a promotores, constituyentes, organizadores, o dirigentes, bajo cuyos conceptos hay que incluir a quienes adoptan decisiones, imparten instrucciones o desempeñan responsabilidades de carácter fundacional o de creación y puesta en funcionamiento de la organización o el grupo. Es decir, aquéllos que determinan las actividades y finalidades de la misma y sus líneas esenciales de actuación, y con carácter general, los que gobiernan o mandan en el colectivo, esto es, aquéllos que dan las órdenes o directrices que deben seguirse dentro de la organización y que tienen por tanto capacidad de decisión.

**2. Actos de participación activa e integración en la organización o grupo terrorista.** En tanto que el art. 517.2 CP sanciona únicamente la responsabilidad de los miembros activos de una asociación ilícita, el nuevo art. 572.2 CP extiende la responsabilidad penal no sólo a quienes *participaren activamente en la organización o grupo terrorista* sino también a aquellos que *formaren parte de ella*, es decir, a los miembros activos de la organización, y también a los meros integrantes de la organización o el grupo.

La participación activa en las actividades ilícitas de la organización o grupo terrorista supone una actuación de común acuerdo en la finalidad criminal, que incluye la realización de todo tipo de actividades de diferente entidad material que coadyuven a la estructuración, cohesión y actividad de la organización o grupo en conexión directa con el proyecto criminal terrorista. En este sentido el art. 2.2 de la ya derogada Decisión Marco 2002/475/JAI, 13 jun. sobre lucha contra el terrorismo incluye *la participación en las actividades de un grupo terrorista* entre las conductas que han de ser tipificadas como terroristas por los Estados nacionales de la UE. La reciente Directiva de la UE 2017/541, de 15 mar. relativa a la lucha contra el terrorismo también contempla en su art. 4, como delitos relacionados con un grupo terrorista, la dirección y la participación en las actividades de un grupo terrorista, incluido el suministro de información o medios materiales, o en cualquier forma de financiación de sus actividades.

La interpretación del concepto de pertenencia o integración que recoge el art. 572.2 CP ha tenido un desarrollo jurisprudencial ciertamente importante. De acuerdo con esa doctrina consolidada el concepto de pertenencia o integración tiene un carácter más o menos permanente, nunca esporádico, y exige un cierto comportamiento activo en relación con los fines u objetivos de la organización, esto es, participar en sus fines, aceptar

el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan en la finalidad que persigue el grupo.

A ello se ha referido la jurisprudencia, que en determinadas resoluciones sobre organizaciones vinculadas con el entorno de la banda terrorista ETA, algunas de ellas posteriores a la entrada en vigor de la LO 5/2010, ha asimilado los términos «integrante» y «miembro activo» (v.gr. SSTS 31 mar. 2010, 30 oct. 2012, 27 feb. 2013 y 17 jul. 2013).

Así, para las SSTS 31 mar. 2010 y 17 jul. 2013:

«Los «integrantes» (a los que deben ser asimilados el término «miembros activos») de una de estas bandas, organizaciones o grupos, serían, ante todo, las personas que intervienen activamente en la realización de tales acciones (que constituyen el objetivo principal de la asociación, así como el motivo de su ilicitud), esto es, delitos cometidos de manera organizada y con la finalidad subjetiva señalada.

En estos supuestos, la intervención activa no equivale, naturalmente, tan sólo a la autoría de dichos delitos, sino más bien ha de hacerse equivalente a cualquier intervención causal relevante y dolosa en el proceso de preparación y ejecución de alguno de ellos. Así serán integrantes —miembros activos— los autores de los

delitos que la banda, organización o grupo lleven a cabo, los partícipes de los mismos y también los que intervienen en su preparación, e igualmente las conductas de encubrimiento cuando revelen un carácter permanente. Puede no obstante haber personas que, aunque no intervengan en la realización de acciones delictivas, forman parte de la dirección, en sentido amplio, de la banda, ocupándose de dirigir las actividades de mantenimiento de la estructura organizativa básica a la asociación: labores de planificación y de coordinación en cualquier ámbito de la actividad de la banda. Tales personas podrán ser consideradas también integrantes de la asociación terrorista (como lo serían en cualquier otra asociación ilícita)».

Para la STS 30 oct. 2012, dictada a propósito de la integración en SEGI:

«La conducta enjuiciada es la militancia activa en la organización terrorista SEGI. El delito —luego se abundará en ello— consiste en la pertenencia activa, militante, en la organización SEGI. La simple pertenencia no es delictiva; sí, la adscripción activa. Eso no significa que la tipicidad se desdoble en dos segmentos: a) la pertenencia a la organización; b) la realización de actos específicos y relevantes como perteneciente a tal organización. El adjetivo «activa» no introduce la necesidad de hechos puntuales, sino que califica la esencia del delito. Éste no consiste en la pertenencia más una actividad, sino en una modalidad de pertenencia que es la «militante» «integración».

La acusación quedó suficientemente definida—otra cosa es que pudiera ser deseable una mayor riqueza descriptiva— achacando a cada procesado esa pertenencia activa a un grupo localizado geográficamente y temporalmente de SEGI. Las acusaciones tendrán que probar tanto la pertenencia o adscripción, como el carácter activo de esa integración. Para esto debían aportar pruebas tendientes a acreditar que cada uno ha sido prota-

gonista de hechos relevantes que demuestran que la adscripción era militante y no un mero «estar».

Si en relación a una banda armada u organización terrorista no enmascarada, no es concebible una «integración inactiva», en otras organizaciones que pueden merecer igual catalogación, sí que cabría imaginar una suerte de militancia «pasiva». Eso es lo que late detrás de la distinción efectuada en el art. 517.2.º que habla de los miembros activos de cualquier asociación ilícita, dando a entender la posible concurrencia de asociados no activos que quedarían extramuros del tipo penal. Convencionalmente podría denominarse a los primeros «militantes» y a los segundos simples «afiliados». En el caso de organizaciones terroristas no efectúa el Código esa diferenciación, lo que obedece a la idea referida. Ahora bien, en la escala en que se mueven hechos como los aquí analizados, en sintonía con la jurisprudencia que acaba de rememorarse hay que recuperar la distinción: solo es integrante de esas organizaciones satélite a los efectos del art. 516.2.º el militante activo. Si la pertenencia inactiva es impensable en

una banda armada, sí que es factible en las organizaciones a que se está aludiendo. Una exégesis correcta impone introducir ese criterio interpretativo que excluya de la sanción penal la mera adscripción «formal», un simple «estar» sin «actuar» ni «empujar». Eso ha llevado a la Sala de instancia con toda corrección a absolver a algunos de los procesados cuya pertenencia a SEGI se declara probada, pero sin aditamentos de acciones de colaboración más allá de la mera integración. No basta el estatus formal de afiliación, sino una incorporación militante, activa. En la praxis de las bandas armadas criminales no cabe pertenencia sin disponibilidad para actuar; en la de organizaciones terroristas presentadas con ropaje, pseudo político, sí cabe esa figura»

«Ahora bien, se requiere esa participación no puramente pasiva pero no una posición de dirigente. Basta un «estar a disposición», un alistamiento con voluntad de colaborar activamente, que quedará demostrada habitualmente por la ejecución concreta de actos de colaboración en las actividades promovidas. El carácter clandestino de la incorporación hace poco probables otras formas de prueba. Pero idealmente sería sancionable penalmente la adscripción a SEGI por alguien que conociendo su naturaleza terrorista, se pone a disposición para ejecutar las acciones

que puedan encomendársele tendentes a alcanzar sus fines. Salvo los supuestos de confesión de la integración, así entendida, la probanza discurrirá por deducción de las aportaciones realizadas. Eso no significa que el delito tenga como dos elementos diferentes, de un lado, la integración y de otro la realización de actuaciones en desarrollo de la actividad de la organización. El delito consiste en la adscripción orgánica como militante activo. Cosa distinta es que el carácter no pasivo de la integración venga a probarse cuando se acrediten actuaciones concretas en el marco de la organización. Éstas no constituyen un elemento más del delito, sino la prueba de la conducta típica. Desde esta perspectiva se aclara más lo que se razonó al combatir la queja derivada de la supuesta vulneración del principio acusatorio. En abstracto quien se integra en la organización y es aceptado como tal y muestra su disposición a asumir cualquier tarea que le sea encomendada relacionada con esos fines terroristas, colma las exigencias típicas aunque su detención se produzca antes de que haya llevado a cabo actuación alguna. La conducta típica es la militancia activa. Las aportaciones concretas a la organización no forman parte de la tipicidad, aunque sí son la manifestación, la prueba, de que esa pertenencia no se detenía en una afiliación pasiva».

Esta línea jurisprudencial es plenamente compartida por otras sentencias posteriores (SSTS 27 feb. 2013, 17 jul. 2013 y 19 nov. 15), también dictadas en asuntos relacionados con la integración en SEGI como organización terrorista.

Asimismo, cabe destacar que, a diferencia de la descripción de las conductas típicas de la organización criminal del art. 570 bis CP, precepto en el que la acción de «cooperar económicamente o de cualquier otro modo» es uno de los elementos objetivos que cubre «per se» la tipicidad de la pertenencia o integración, en el art. 572.2 no se recoge entre las conductas de participación activa la de colaboración con organización o grupo terrorista, habida cuenta de que tal conducta configura un tipo específico con sustantividad propia previsto en el actual art. 577 CP, sin perjuicio de recordar que el tipo de colaboración sólo resulta aplicable respecto de aquellos sujetos activos que no se consideren miembros de la organización o grupo terrorista en cuestión.

Así, a tenor de la doctrina jurisprudencial desarrollada sobre la distinción entre el delito de colaboración y el delito de integración en organización o grupo terrorista, se ha señalado que el integrante de banda armada —organizaciones o grupos terroristas— aparece en comunión más fuerte y nuclear con la patógena ideología que vértebra la actividad terrorista, en una permanente renovación de la voluntad de formar parte de la empresa criminal que es la actividad terrorista, participando de sus discursos y de su actividad, sin perjuicio de la sanción que pudiera corresponder por los actos terroristas

concretos que realice, mientras que por el contrario, el delito de colaboración con banda armada —organizaciones o grupos terroristas— supone un grado claramente inferior en la medida que partiendo de una cierta adhesión ideológica, lo relevante es la puesta a disposición de la banda, de informaciones, medios económicos, transporte, en definitiva ayuda externa voluntariamente prestada por quien sin estar integrado en la banda realiza una colaboración de actividad que, en sí misma considerada, no aparece conectada con concreta actividad delictiva (cfr. SSTS de 28 jun. 2001, 17 jun. 2002, 1 oct. 2002, 29 may. 2003, 15 oct. 2003, 15 jul. 2004, 6 may. 2007, 14 jun. 2007, 5 jun. 2008, 21 dic. 2009, 11 mar. 2010, 31 mar. 2010, 29 dic. 2010 y 12 mar. 2011 entre otras muchas), de manera que si los actos de colaboración estuvieran relacionados, causalmente, con un hecho delictivo concreto se integraría en una de las formas de participación en tal delito como autor o cómplice, y no en el de colaboración.

En la STS 119/2007, 16 feb., se citan los requisitos establecidos por la jurisprudencia para apreciar la pertenencia a banda armada, grupo u organización terrorista. Se decía en esta sentencia, recogiendo doctrina de otros precedentes (SSTS 1.127/2002, 17 jun.; o 556/2006, 31 may.), que los requisitos que se exigen para la apreciación del delito de integración en organización terrorista, son los siguientes:

a) Como sustrato primario, la existencia de un grupo o banda armada u organización terrorista, lo que, a su vez, exige, la presencia de una pluralidad de personas, la existencia de unos vínculos entre ellas y el establecimiento de relaciones de cierta jerarquía y subordinación. Tal organización tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de subvertir el orden democrático-constitucional. En definitiva actuar con finalidad política de modo criminal. Su estructura será compleja, pues sus componentes pueden abarcar diversas facetas o actuaciones (informativas, ejecutivas u operativas en cualquier orden) para la consecución de sus fines, uno de cuyos aspectos será la comisión delictiva indiscriminada, con objeto de coaccionar socialmente para la imposición de sus objetivos finales.

b) Como sustrato subjetivo, tal pertenencia o integración requiere un carácter más o menos permanente, pero nunca episódico, lo que, a su vez, exige participar en sus fines, aceptar el resultado de sus actos y eventualmente realizar actos de colaboración que, por razón de su integración, se convierten en actividades que coadyuvan a la finalidad que persigue el grupo.

Como señalan las SSTS 19 ene. 2007 (caso JARRAI-HAIKA-SEGI) y 17 jul. 2008 (caso 11-M), el delito de asociación ilícita, cuando se orienta a la comisión de delitos o cuando la asociación decide cometerlos una vez constituida «no requiere que el delito perseguido por los asociados llegue a cometerse, ni siquiera que se haya iniciado la fase ejecutiva del mismo».

Sin embargo, será preciso acreditar alguna clase de actividad de la que se pueda deducir que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción, aunque sea bastante a estos efectos con la decisión de hacerlo traducida en actos externos.

Tal actividad puede referirse a múltiples aspectos relacionados con la finalidad delictiva como:

- a) la captación de nuevos miembros,
- b) el adoctrinamiento y apoyo ideológico a los ya existentes,
- c) la obtención de financiación y medios materiales para sus fines, o
- d) la preparación o ejecución de acciones o a la ayuda a quienes las preparan o ejecutan o a quienes ya lo hayan hecho.

A la hora de abordar la relación concursal entre los delitos de organización o grupo terrorista y de organización o grupo criminal debe indicarse como punto de partida que aquél es la especie y éste es el género. El delito previsto por el actual art. 572 del CP (antes 516 CP) es una modalidad específica de la organización o grupo criminal contempladas en los arts. 570 bis y ter, como antes de la reforma del CP por LO 5/2010 lo era del delito de asociación ilícita.

En consecuencia, parece evidente que el hipotético problema concursal deberá ser resuelto siempre a favor de los tipos penales de organización y grupo terrorista. En primer lugar por aplicación de la regla de la especialidad prevista en el art. 8.1.<sup>a</sup> CP, ya que el art. 571.3 define la organización o grupo terrorista como una figura especial frente a la organización o grupo criminal, identificando aquélla por la finalidad específica de sus acciones como elemento típico adicional.

En segundo lugar, porque el art. 570 quáter 2. *in fine* obliga a aplicar en estos casos el principio de alternatividad del art. 8.4.<sup>a</sup> CP que prevé la imposición de la pena más grave. El análisis comparativo de las penas no deja margen a la duda, pues las penas previstas en los casos de terrorismo son mucho más elevadas:

- Dirigente de organización o grupo terrorista: de 8 años a 15 años de prisión
- Miembro de organización o grupo terrorista: de 6 años a 12 años de prisión
- Dirigente de organización criminal: de 3 años a 12 años de prisión (según la naturaleza de los delitos que se pretenda cometer, si son o no graves, y la concurrencia de una o varias tipicidades agravadas)
- Miembro de organización criminal: de 1 año a 7 años y 6 meses de prisión (según la naturaleza de los delitos que se pretenda cometer, si son o no graves, y la concurrencia de una o varias tipicidades agravadas)
- Dirigente o miembro de grupo criminal: de 3 meses a 6 años de prisión (según la naturaleza de los delitos que se pretenda cometer, si son o no graves, y la concurrencia de una o varias tipicidades agravadas)

**Art. 573. 1. Se considerarán delito de terrorismo la comisión de cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o**

**explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, cuando se llevaran a cabo con cualquiera de las siguientes finalidades:**

**1.<sup>a</sup> Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.**

**2.<sup>a</sup> Alterar gravemente la paz pública.**

**3.<sup>a</sup> Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.**

**4.<sup>a</sup> Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.**

**2. Se considerarán igualmente delitos de terrorismo los delitos informáticos tipificados en los artículos 197 bis y 197 ter y 264 a 264 quáter cuando los hechos se cometan con alguna de las finalidades a las que se refiere el apartado anterior.**

**3. Asimismo, tendrán la consideración de delitos de terrorismo el resto de los delitos tipificados en este Capítulo.**

Por primera vez el legislador incorpora una definición de terrorismo tomando como base la contemplada en la Decisión Marco 2002/475/JAI, 13 jun. 2002 relativa a la lucha contra el terrorismo, e implementada por la Decisión Marco 2008/919/JAI, 28 nov. 2008. Así, el art. 1 de la Decisión Marco de 2002 señalaba que:

«1. Todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para que se consideren delitos de terrorismo los actos intencionados a que se refieren las letras a) a i) tipificados como delitos según los respectivos Derechos nacionales que, por su naturaleza o su contexto, puedan lesionar gravemente a un país o a una organización internacional cuando su autor los cometa con el fin de:

— intimidar gravemente a una población,

— obligar indebidamente a los poderes públicos o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo,

— o desestabilizar gravemente o destruir las estructuras fundamentales políticas, constitucionales, económicas o sociales de un país o de una organización internacional;

a) atentados contra la vida de una persona que puedan tener resultado de muerte;

b) atentados graves contra la integridad física de una persona;

c) secuestro o toma de rehenes;

d) destrucciones masivas en instalaciones gubernamentales o públicas, sistemas de transporte, infraestructuras, incluidos los sistemas informáticos, plataformas fijas emplazadas en la plataforma continental, lugares públicos o propiedades privadas, que puedan poner en peligro vidas humanas o producir un gran perjuicio económico;

e) apoderamiento ilícito de aeronaves y de buques o de otros medios de transporte colectivo o de mercancías;

f) fabricación, tenencia, adquisición, transporte, suministro o utilización de armas de fuego, explosivos, armas nucleares, biológicas y químicas e investigación y desarrollo de armas biológicas y químicas;

g) liberación de sustancias peligrosas, o provocación de incendios, inundaciones o explosiones cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;

h) perturbación o interrupción del suministro de agua, electricidad u otro recurso natural fundamental cuyo efecto sea poner en peligro vidas humanas;

i) amenaza de ejercer cualesquiera de las conductas enumeradas en las letras a) a h)»

El art. 1 de la nueva Directiva 2017/541 reproduce íntegramente el precepto de la Decisión Marco, ya derogada por aquélla, con las siguientes adiciones:

— En el ap. f) incluye también las armas radiológicas y nucleares

— Incorpora en el ap. i) como delito de terrorismo la interferencia ilegal en los sistemas de información y en los datos a tenor de los arts. 4 y 5 de la Directiva 2013/40 relativa a los ataques contra los sistemas de información, en los casos específicos que se mencionan, de modo que el apartado i) anterior pasa a consignarse como ap. h).

El art. 573 considera como delitos de terrorismo los siguientes:

1. Todos los delitos que son tipificados en el capítulo (arts. 572, 573, 573 bis, 574, 575, 576, 577, 578 y 579).

2. Los delitos de los arts. 197 bis, 197 ter, y 264 a 264 quáter CP, cuando se cometan con las finalidades expresadas en el ap. 1 del art. 573.

3. Cualquier delito grave contra la vida o la integridad física, la libertad, la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, el patrimonio, los recursos naturales o el medio ambiente, la salud pública, de riesgo catastrófico, incendio, de falsedad documental, contra la Corona, de atentado y tenencia, tráfico y depósito de armas, municiones o explosivos, previstos en el presente Código, y el apoderamiento de aeronaves, buques u otros medios de transporte colectivo o de mercancías, siempre que se ejecute con las finalidades expresadas en el mismo ap. 1 del art. 573 (conforme al art. 13 CP son delitos graves únicamente los castigados con penas graves, y son penas graves las previstas en el art. 33.2 CP: entre ellas la prisión superior a 5 años, la inhabilitación absoluta, la inhabilitación especial y la suspensión de empleo o cargo público por tiempo superior a 5 años, etc.).

La LO 1/2019 20 feb., ha incorporado al catálogo de delitos contemplados en el ap. 1 del precepto la falsedad documental, siguiendo la línea marcada por la Directiva 2017/541 que en su art. 12 considera expresamente como delitos relacionados con actividades terroristas la expedición o utilización de documentos administrativos falsos con ánimo de cometer un delito de terrorismo, un delito relacionado con un grupo terrorista o un viaje con fines terroristas.

En consecuencia, no podrán ser considerados delitos de terrorismo los delitos menos graves y leves aun cuando en su ejecución concorra alguna de las finalidades especificadas en el ap. 1 del art. 573 del Código, salvo que expresamente estén tipificados como tales en el art. 573 y siguientes del CP. La exclusión de los mismos como delito de terrorismo tiene efectos en el orden procesal, pues la competencia para su investigación y enjuiciamiento

no corresponderá a la Audiencia Nacional (en virtud de la DT de la LO 4/88), sino a los órganos judiciales territoriales (con aplicación de las reglas establecidas en los arts. 14 y ss. de la LECr.) salvo los casos de conexión con un delito que sea competencia de aquel órgano judicial (art. 65.1 inciso último de la LOPJ).

El concepto de terrorismo se construye sobre dos elementos o requisitos: el elemento objetivo o material, es decir, la ejecución de unas determinadas acciones previstas como tales por el Código (las enumeradas en los ap. 1, 2 y 3 del precepto), y un elemento teleológico o tendencial (la acción debe ejecutarse con una específica finalidad o propósito que se describe en el ap. 1 del art.). No es necesario que el autor pertenezca o forme parte de una organización o grupo terrorista, de manera que cualquier persona que ejecute, aunque sea individualmente, alguna de las acciones previstas con las finalidades expresadas en el precepto, será autor o partícipe de un delito de terrorismo. De este modo el elemento estructural u orgánico que tradicionalmente exigía la jurisprudencia para definir el terrorismo *strictu sensu* queda en un segundo plano.

De manera que, para que el delito en cuestión sea terrorista será imprescindible que se ejecute con alguna de las siguientes finalidades:

1.<sup>a</sup> Subvertir el orden constitucional, o suprimir o desestabilizar gravemente el funcionamiento de las instituciones políticas o de las estructuras económicas o sociales del Estado, u obligar a los poderes públicos a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2.<sup>a</sup> Alterar gravemente la paz pública.

3.<sup>a</sup> Desestabilizar gravemente el funcionamiento de una organización internacional.

4.<sup>a</sup> Provocar un estado de terror en la población o en una parte de ella.

Es probable que con esta reforma la legislación penal española contra el terrorismo sea una de las más completas que existen. Si en otras épocas, abarcaba ya una diversidad de tipos penales que nos habían permitido responder con eficacia al fenómeno terrorista en sus diferentes dimensiones, no sólo a las bandas o grupos que empleando armas o explosivos cometen atentados, sino también a todas aquellas organizaciones o entidades que sin ejecutar graves actos de violencia contribuían materialmente al sostenimiento de aquéllos, mediante la prestación de apoyo ideológico, logístico y cobertura material a los métodos terroristas, e incluso desarrollaban estrategias complementarias de lucha a través de la ejecución sistemática de actividades criminales de menor intensidad (actos de violencia callejera consistentes en desórdenes públicos, daños, incendios, coacciones, amenazas al adversario político, actos de enaltecimiento, etc.), la reforma aprobada ha diseñado todo un arsenal jurídico para hacer frente a un fenómeno terrorista, por una parte más difuso, pero también más global en todos los sentidos, en el que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación juegan un papel trascendental.

Así pues, el concepto de terrorismo está asociado a la finalidad de alterar, incluso hasta hacerlo desaparecer, un orden, o forma de vida, político, económico, cultural y social caracterizado en nuestro modelo de sociedad por un sistema democrático de libertades, finalidad que se pretende conseguir mediante la ejecución de actos, generalmente violentos, orientados a intimidar a los poderes públicos, y a intimidar y atemorizar a la

población (STS 31 may. 2006, caso «Abu Dahdah»). No obstante, aun cuando no exista un concepto universalmente aceptado de terrorismo la STS 29 nov. 1997 (dictada en la causa especial contra la Mesa Nacional de Herri Batasuna) indica a modo de síntesis —con expresa reseña de la STEDH de 30 ago. 1990 (caso Fox, Campbell y Hart.), de las SSTC 199/1987, 89/1993 y 71/1994, de las de esta Sala de 4 nov. 1992, 14 dic. 1993, 26 ene. 1994 y 16 may. 1995, y partiendo de la expresiva definición recogida en el DRALE que se refiere al terrorismo como «dominación por el terror a través de la ejecución de actos de violencia dirigidos a tal fin»— como fórmula definidora del mismo la de ser:

«Una actividad planificada que, individualmente o con la cobertura de una organización, con reiteración o aisladamente, y a través de la utilización de medios o la realización de actos destinados a

crear una situación de grave inseguridad, temor social o de alteración de la paz pública, tiene por finalidad subvertir total o parcialmente el orden político constituido».

Según una consolidada doctrina jurisprudencial del TS el terrorismo es una forma de delincuencia organizada que se integra por una pluralidad de actividades que se corresponden con los diversos campos o aspectos que se pueden asemejar a una actividad empresarial pero de naturaleza delictiva. No es la única delincuencia organizada existente, pero sí la que presenta como específica seña de identidad una férrea cohesión ideológica que une a todos los miembros que integran el grupo terrorista, cohesión ideológica de naturaleza claramente patógena dados los fines que orientan toda su actividad que primero ilumina el camino de la acción, y después da sentido y justificación a la actividad delictiva (SSTS 21 may. 2002 y 17 jul. 2008).

Podría decirse, como parámetro diferenciador respecto a las organizaciones y grupos criminales, que mientras las de naturaleza terrorista pretenden destruir el orden político-constitucional en un sentido amplio al fundamentarse en ideologías totalitarias y esencialmente antidemocráticas, la delincuencia organizada común se cimenta sobre una «comunidad de intereses o beneficios», y en su estadio más desarrollado persigue la infiltración en las estructuras políticas, económicas y administrativas de los Estados para, a través del control de las instituciones, garantizar su programa criminal.

Si la delincuencia organizada común se caracteriza por una singular capacidad de adaptación al contexto político, social y económico en el que convive (lo cual explica la necesidad de construir un concepto muy amplio de este fenómeno criminal que englobe los diferentes modelos estructurales y organizativos que presenta), también el terrorismo ha mostrado en los últimos años su naturaleza proteica y multiforme. Frente a las organizaciones y fenómenos terroristas tradicionales, caracterizadas por una estructura mucho más piramidal y jerárquica, el terrorismo internacional «yihadista» (o integrista-religioso) posee unas peculiaridades que dificultan la aplicación de la doctrina jurisprudencial tradicional sobre el terrorismo. A diferencia de otras organizaciones terroristas más antiguas (v.g. ETA o IRA), su funcionamiento es esencialmente horizontal: la actividad terrorista se desarrolla en células autónomas locales que actúan en cada país respondiendo a la inspiración fundamentalista radical que a través de diferentes medios de comunicación (fundamentalmente Internet y televisión) transmite Al Qaeda, aunque la preparación,

planificación y ejecución de los concretos atentados criminales es obra exclusiva de quienes integran el grupo o célula terrorista en cada país.

En el ordenamiento jurídico español la respuesta preventiva o anticipada frente a este fenómeno criminal ha descansado esencialmente en dos instrumentos penales que han adquirido una extraordinaria importancia en los últimos años en las investigaciones contra las actividades terroristas: el delito de integración en organización o grupo terrorista (una variante agravada de la asociación criminal) y el delito de colaboración con organización o grupo terrorista en toda su extensión.

Para la STC 199/87, 16 dic., que resuelve el recurso de inconstitucionalidad planteado contra le LO 9/84, 26 dic., la integración en organización terrorista exige no sólo la nota de permanencia y estabilidad del grupo, y su carácter armado (con armas de defensa o de guerra, y también con sustancias o aparatos explosivos), sino también poseer entidad suficiente para producir terror en la sociedad y un rechazo de la colectividad, por su grave incidencia en la seguridad ciudadana, que suponga así también un ataque al conjunto de la sociedad democrática (la criminalidad terrorista conlleva un desafío a la esencia misma del Estado democrático en palabras textuales de la STC 89/93, 12 mar.).

**Particularidades del terrorismo internacional yihadista.** La integración en el terrorismo internacional «yihadista» posee unas peculiaridades que dificultan la aplicación de la doctrina jurisprudencial tradicional sobre el terrorismo. Como es sobradamente sabido, aun existiendo coincidencia en los medios (consecución del terror mediante actos violentos) y en los fines (subvertir el orden constitucional y alterar la paz pública) con terrorismos de diferente origen y naturaleza, la principal singularidad del terrorismo internacional «yihadista» es que carece de una estructura vertical, a diferencia de otras organizaciones terroristas más antiguas (*v.g.* ETA), y que su funcionamiento es esencialmente horizontal: la actividad terrorista se desarrolla en células autónomas locales que actúan en cada país respondiendo a la inspiración fundamentalista radical que a través de diferentes medios de comunicación (fundamentalmente Internet y televisión) transmite Al Qaeda, aunque la preparación, planificación y ejecución de los concretos atentados criminales es obra exclusiva de quienes integran el grupo o célula terrorista en cada país.

Es cierto, como se ha afirmado recientemente por el TS (SSTS 17 jul. 2008 y 7 oct. 2008) que las doctrinas integristas radicales incluidas bajo el concepto de «Jihad», que no son más que una desviación patógena de la religión islámica, en tanto no superen el plano de las ideas no pueden ser objeto de reproche penal aun cuando defiendan postulados contrarios e incompatibles con los fundamentos del orden social democrático, pero también lo es que las actividades de captación y adoctrinamiento de individuos en esos postulados suponen una exteriorización de actos que se realizan con el único propósito de formar individuos como combatientes de la «Jihad» (lo que quiere decir para la futura comisión de actos terroristas), por lo que cabe concluir que esa actividad proselitista —absolutamente imprescindible para la expansión del terrorismo internacional— tiene entidad suficiente y potencialidad criminal para constituir un ilícito penal, bien como acto de colaboración con los fines terroristas (si la conducta es individual), bien como

integración cuando se acredite la existencia de grupos, células o elementos que compartan esos objetivos, sin que sea necesario haber realizado actos preparatorios o ejecutivos de hechos terroristas concretos.

La amenaza del terrorismo internacional ha crecido y se ha desarrollado en los últimos años al amparo de las nuevas tecnologías, en especial Internet, debido a los cambios en la estructura y «modus operandi» de los grupos terroristas. Frente a las organizaciones terroristas tradicionales, asentadas sobre el principio jerárquico y una estructura mucho más piramidal, el terrorismo internacional se expande por todo el mundo —al margen de las habituales zonas de conflicto— a través de pequeñas células o grupos autónomos de una gran flexibilidad que se comunican, se adoctrinan, se alimentan ideológicamente y se intercambian experiencias por esta vía.

Puede decirse, sin temor a equivocarnos, que las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación están contribuyendo de forma relevante a que la amenaza terrorista esté sometida a un continuo proceso de metamorfosis, y la aparición en los últimos tiempos de la figura del terrorista individual, también conocido como «lobo solitario» es buena muestra de ello. Los atentados cometidos en Francia en mar. 2011, en Boston en abr. 2013 y en Londres en may. 2013 nos han mostrado la faz de un terrorismo que golpea sin que los mecanismos de respuesta preventiva o anticipada de los Estados, diseñada como política criminal desde los atentados del 11-S, hayan permitido detectar y abortar a tiempo atentados como éstos.

La naturaleza polimorfa y cambiante del terrorismo yihadista salta a la vista cuando comprobamos que es un terrorismo que está evolucionando a un ritmo vertiginoso, y que es muy permeable tanto a las circunstancias geopolíticas internacionales como a las situaciones internas de cada país. Es un terrorismo multiforme porque pretende adaptarse a las estrategias de investigación con la pretensión de sortear la acción represiva del Estado y dificultar así su persecución. Y es además un terrorismo fundamentalmente global porque explota con enorme eficacia y en su propio beneficio todo aquello que los avances tecnológicos le ofrecen, con una clara vocación de universalidad, tanto por la finalidad perseguida como por los instrumentos que utiliza. Ello supone uno de los mayores retos con los que nos enfrentamos. En la actualidad Internet y las redes sociales son utilizadas por los grupos yihadistas como su principal herramienta terrorista, y ya no son solo un campo de entrenamiento virtual sino además el escenario principal de la batalla que se libra contra la expansión del yihadismo radical violento.

Todo terrorismo, del signo que sea, necesita de un medio para publicitar sus acciones, y su supervivencia ha dependido sobre todo de sus estrategias mediáticas y de la repercusión pública de sus actos. Pero las organizaciones yihadistas han llegado mucho más allá: no sólo han encontrado en la Red un magnífico instrumento de propaganda de sus acciones, sino que Internet se ha convertido en el canal predilecto para reclutar, adoctrinar, formar y adiestrar a sus «soldados», incluso para obtener financiación, con la ventaja adicional de garantizar el anonimato y la seguridad para los operadores y simpatizantes.

Desde comienzos de la pasada década, los ideólogos del yihadismo se han esforzado en generalizar el uso de la Red como parte de la yihad global. Dentro de la distinción de las cuatro categorías de la yihad, la de la acción militar, la del apoyo financiero y material, la del odio al enemigo y la de la incitación, es en esta última, en la *yihad a través de la palabra*, en la que internet juega el papel de instrumento vehicular. De este modo, al reconocer explícitamente las actividades de propaganda y reclutamiento realizadas por ese medio como parte de la yihad se entiende que todos aquellos que las realizan, aunque no participen en las acciones armadas, obtienen la recompensa espiritual similar a la participación en el combate real.

Al tiempo que esto ocurre, y cuando los sitios web, foros y salas yihadistas se convierten en verdaderos espacios de captación, formación y propaganda, surgen nuevos canales de expansión: las redes sociales. Las nuevas aplicaciones de telefonía móvil ofrecen unas posibilidades extraordinarias de desarrollo tanto por su accesibilidad como por los usuarios. A través de los espacios abiertos se contacta con todos aquellos que resultan proclives a la recepción del mensaje o que pueden ser sensibles a la información, siempre de contenido radical y especialmente atractiva. Una vez que son atrapados en ese mundo virtual y son «elegidos» para acceder a espacios más privados, las posibilidades de captación aumentan considerablemente. Aquí los mensajes son más claros y directos. El siguiente paso, de lo virtual a lo material, puede ser cuestión de semanas, porque el yihadista se está mostrando como un terrorismo «exprés» en cuanto a la velocidad de los procesos de captación, formación y acción.

Especialmente interesantes resultan en este sentido las reflexiones que realiza la STS 17 jul. 2008 (caso 11-M) al señalar que:

«Aunque muchos de los pronunciamientos jurisprudenciales se refieren al terrorismo de ETA o de otras organizaciones terroristas similares, su sentido puede ser aplicado a otras formas de terrorismo que actúan sin límites territoriales, como ocurre con el de raíz islamista radical o yihadista (...). No obstante, la aplicación de aquellos pronunciamientos puede requerir ocasionalmente de algunas precisiones, pues la concepción de la organización terrorista y la concreción de sus finalidades, pueden presentar algunas diferencias (...) lo que en algún terrorismo se manifiesta como una organización jerarquizada en su totalidad, en esta otra clase de terrorismo la experiencia habida hasta el momento, especialmente en relación con Al Qaeda, demuestra que puede aparecer en formas distintas, en ocasiones como una fuente de inspiración ideológica de contenido o raíz fuertemente religiosa orientada a servir de fundamento y justificación a las acciones terroristas, acompañada de la constitución de grupos, organizaciones o bandas de menor tamaño, vinculadas con aquella y orientadas a hacer efectiva la difusión

de ideas, a la captación de nuevos miembros, al adoctrinamiento, auxilio y distribución de los ya captados, a la obtención de medios materiales, a la financiación propiamente dicha, a la ejecución directa de actos terroristas o a la ayuda a quienes los han perpetrado o se preparan para hacerlo, o bien a otras posibles actividades relacionadas con sus finalidades globales. Tales grupos, bandas u organizaciones, reciben generalmente su inspiración y orientación de la fuente central, aunque incluso en este aspecto pueden presentar variaciones ordinariamente no sustanciales.

Pero, además de estas manifestaciones, es posible apreciar la existencia de otros grupos, bandas u organizaciones en los que, aunque inspirados en el mismo sustento ideológico, tanto su estructura como su actuación son independientes de aquella fuente, de forma que disponen de sus propios dirigentes, obtienen sus propios medios y eligen sus objetivos inmediatos. Todo ello, siempre en atención a las peculiaridades de cada caso, permite considerar que cada una de ellas, incluyendo la fuente ideológica, constituye

un grupo, organización o banda terrorista, de forma que sería posible que una sola persona se integrara en varias.

Y por último, en estos casos, la recluta, el adoctrinamiento y la afiliación se inician sobre la base de la transmisión de concepciones radicales de la religión islámica, a las que son más sensibles quienes menos formación religiosa poseen, difundidas en centros o en lugares adecuados, de donde se evoluciona a la disposición efectiva de los nuevos fieles a la ejecución de actos terroristas o a cualquier forma de favorecimiento de esa actividad. La trascendencia de estas actividades en relación a las posteriores acciones violentas es innegable, pues «ese fundamento religioso justifica la acción violenta en sí e inhibe los frenos morales del autor de tal acción» (véase la STS 119/2007, 16 feb.).

En lo que se refiere a la integración en organizaciones terroristas de naturaleza islamista radical, también existen pronunciamientos jurisprudencia-

les que, en cada caso, trataron de delimitar las conductas que demostraban la pertenencia. No cabe duda que el terrorismo islamista radical plantea serias dificultades de investigación, no solo a causa de la forma de difusión y reclutamiento amparados en su propia concepción de la religión, sino dado que las distintas células o grupos pueden organizarse y actuar de forma independiente unas de otras, sin una organización global dotada de interconexión interna que permita acceder a la misma a través de la identificación de cualquiera de aquellas. De otro lado, su existencia se desarrolla en el seno de comunidades humanas en las que las relaciones personales aparecen en muchas ocasiones caracterizadas por una especie de endogamia social casi siempre caracterizada por la presencia de un fuerte vínculo religioso, lo que dificulta la distinción entre los contactos relacionados con la actividad terrorista y aquellos otros solamente basados en el funcionamiento ordinario de la propia comunidad».

Veamos algunos casos relacionados con este tipo de terrorismo:

— En la STS 119/2007, 16 feb., antes citada, se consideró que suponía integración en organización terrorista el desarrollo por parte del acusado de un proyecto de divulgación de la ideología religiosa radical y fundamentalista del extremismo islámico para captar a personas musulmanas de todo el mundo, siguiendo la estrategia marcada por la organización terrorista «Al Qaeda», habiendo elaborado una página web donde difundir, a través de internet, tales contenidos, incluyendo la divulgación de fatwas o decretos islámicos, proporcionando así un fundamento ideológico-religioso a la comisión de atentados terroristas. Hechos que fueron declarados probados sobre la base de las relaciones del acusado con otros miembros relevantes de Al Qaeda y de la posesión del material demostrativo de la voluntad de proceder a realizar los actos de difusión.

— La STS 888/2007, 25 oct., también en relación a una célula de terroristas islamistas radicales, después de establecer los requisitos de la integración en banda armada u organización o grupo terrorista, a los que ya se ha hecho referencia, señala que, en el caso, las finalidades u objetivos de la célula que formaban los acusados, y que permitían calificarla como organización o grupo terrorista, eran los siguientes:

«La difusión del ideario extremista islámico, el proselitismo y captación de seguidores entre la población musulmana de España, la creación de domicilios que sirviesen de refugio a los miembros combatientes perseguidos en otros países al tiempo que de escondite y depósito de material electrónico, informático, bacteriológico o químico, en su caso, preciso para la perpetración de aten-

tados, el apoyo y ayuda a compañeros presos, la compra y difusión de material de comunicaciones, facilitar a sus miembros así como a otros miembros del radicalismo islámico de otros países que lo precisasen, documentación falsa que facilite su integración y ocultación entre la comunidad musulmana y, finalmente, estar disponibles y preparados para pasar a la acción».

**Art. 575. 1.** Será castigado con la pena de prisión de 2 a 5 años quien, con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este capítulo, reciba adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones.

2. Con la misma pena se castigará a quien, con la misma finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos tipificados en este Capítulo, lleve a cabo por sí mismo cualquiera de las actividades previstas en el apartado anterior.

Se entenderá que comete este delito quien, con tal finalidad, acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de Internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Los hechos se entenderán cometidos en España cuando se acceda a los contenidos desde el territorio español.

Asimismo se entenderá que comete este delito quien, con la misma finalidad, adquiera o tenga en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

3. La misma pena se impondrá a quien, para ese mismo fin, o para colaborar con una organización o grupo terrorista, o para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este capítulo, se traslade o establezca en un territorio extranjero.

SUMARIO: I. EL ADOCTRINAMIENTO Y ADIESTRAMIENTO PASIVOS (ART. 575.1). II. EL AUTOADOCTRINAMIENTO Y AUTOADIESTRAMIENTO (ART. 575.2). III. EL TRASLADO O ESTABLECIMIENTO EN TERRITORIOS EXTRANJEROS CONTROLADOS POR ORGANIZACIONES O GRUPOS TERRORISTAS (ART. 575.3).

Este precepto es absolutamente nuevo y en cierto modo constituye el núcleo central de la reforma, ya que incorpora al Código como conductas punibles —siguiendo en parte las indicaciones de la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas aprobada el 24 sep. 2014— una serie de acciones que a juicio del legislador tienen potencialidad criminal suficiente para ser merecedoras de un reproche penal, configurándose como delitos de riesgo abstracto y articulando así una respuesta penal preventiva dirigida a evitar que puedan producirse actos terroristas con resultados:

1. El adoctrinamiento y adiestramiento pasivos (art. 575.1)
2. El autoadoctrinamiento y autoadiestramiento (art. 575.2)
3. El traslado y/o establecimiento a territorios extranjeros controlados por organizaciones o grupos terroristas (art. 575.3)

La reciente STS 17 may. 2017, que analiza detalladamente el tipo penal del autoadoctrinamiento, destaca la falta de cobertura de algunos de los tipos penales incorporados por la reforma llevada a cabo por la LO 2/2015 en los instrumentos normativos internaciona-

les: se está refiriendo al adoctrinamiento pasivo y al autoadoctrinamiento que, a su juicio, no se mencionan ni en la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de NNUU, ni en la nueva y reciente Directiva 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo (disposición ésta que sin embargo incluye expresamente como delito relacionado con las actividades terroristas de obligada implementación en los derechos nacionales la recepción de adiestramiento con fines terroristas), lo que determina la necesaria interpretación restrictiva de estas conductas típicas para posibilitar su subsistencia sin quebranto del derecho a la libertad ideológica y el derecho a la información.

### I. EL ADOCTRINAMIENTO Y ADIESTRAMIENTO PASIVOS (ART. 575.1)

La acción típica consiste en recibir adoctrinamiento o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones.

Si la reforma de la LO 5/2010 criminalizó las acciones de adoctrinamiento y adiestramiento en el art. 576, que se identificaba con el hecho de formar, adiestrar o adoctrinar a alguien (conductas de adiestramiento y adoctrinamiento activo), la LO 2/2015 ha dado un paso más al incriminar el hecho de ser adoctrinado y/o adiestrado.

En cuanto al adiestramiento pasivo, aun cuando no se incluyera con esos términos en la legislación penal, no es menos cierto que podía ser considerado como una modalidad de colaboración con organización terrorista en cuanto que el art. 576.2 del CP, ya desde la vigencia del CP de 1995, definía como tal la asistencia a cursos o prácticas de entrenamiento.

En ambas conductas típicas es imprescindible la concurrencia como parte del tipo subjetivo del injusto que la acción se realice con la finalidad de capacitarse para cometer un delito de terrorismo, que puede ser cualquiera de los contenidos en el capítulo.

La STS de 17 may. 2017 cuestiona la equiparación de ambas conductas en el plano punitivo (el adoctrinamiento pasivo y el adiestramiento pasivo), ya que considera más grave el hecho de recibir instrucción militar o de combate, o en técnicas de desarrollo o fabricación de armas, explosivos, etc. Lo cierto es que la Directiva 2017/541 contempla específicamente en su art. 8 como un delito relacionado con actividades terroristas la recepción de adiestramiento para el terrorismo que se identifica con la recepción de instrucción en la fabricación o el uso de explosivos, armas de fuego, u otras armas o sustancias nocivas o peligrosas, o en otros métodos o técnicas concretos a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos incluidos en el art. 3, ap. 1 (delitos de terrorismo), pero no la recepción de adoctrinamiento; en esta conducta cabe incluir no sólo el adiestramiento pasivo sino también el autoadiestramiento, pues en ambos casos el acto criminal se identifica con el hecho de recibir instrucción en los términos que la ley define, bien procedente de terceros, bien obteniéndola por sí mismo.

## II. EL AUTOADOCTRINAMIENTO Y AUTOADIESTRAMIENTO (ART. 575.2)

La acción típica consiste en llevar a cabo por sí mismo tales actos de adoctrinamiento o adiestramiento, describiendo el tipo penal dos modalidades de ejecución de la conducta:

— acceder de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de Internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas cuyos contenidos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

— adquirir o tener en su poder documentos que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines (conducta de la que no se predica la habitualidad).

Es requisito inexcusable que las acciones se ejecuten con un propósito o una finalidad específica, integrada como elemento tendencial en el tipo subjetivo del injusto, cual es la de capacitarse para cometer cualquier delito de terrorismo de los previstos en el capítulo.

Quizás haya que buscar la razón de la penalización de todos estos actos en el empleo permanente de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación, y particularmente de internet y las redes sociales, como herramienta de las organizaciones o grupos terroristas. Es muy habitual que a través de esos medios se capte, reclute, prepare, adocrine y adiestre a individuos con fines o propósitos terroristas, lo cual genera situaciones de riesgo que es obligado neutralizar.

Pero tampoco han faltado voces críticas con lo que denominan una estrategia excesivamente criminalizadora que puede resultar lesiva para los derechos y libertades ciudadanas, entre los que las libertades de expresión y de información tienen un papel preeminente.

Ahora bien, hemos de tener en cuenta que el tipo penal no solo se integra por el elemento objetivo o material, identificado por acciones en cierto modo neutrales y frecuentes en el mundo de las nuevas tecnologías, sino que es necesaria la concurrencia de dos requisitos sin los cuales no habrá conducta delictiva. Esos dos requisitos que acotan el ámbito de la tipicidad y que nos van a permitir deslindar las acciones punibles de aquellas otras que necesariamente no deben ser objeto de sanción penal, en cuanto se enmarcan en el lícito ejercicio de derechos fundamentales, son:

— un elemento teleológico (integrado en el tipo subjetivo del injusto): los actos deben ejecutarse con la finalidad de capacitarse para cometer cualquiera de los delitos del capítulo

— un elemento normativo: las comunicaciones *on line* tienen que ser necesariamente habituales y sus contenidos deben estar dirigidos o ser idóneos, al igual que los documentos que se posean deben estar dirigidos o por su contenido deben ser idóneos, para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con ellos o en sus fines

La reciente STS de 17 may. 2017 (primera que analiza en profundidad el tipo penal del autoadoctrinamiento) recuerda que —como hemos indicado en el apartado explicativo de la reforma— tradicionalmente la actividad de adoctrinamiento y adiestramiento de nuevos miembros de organizaciones terroristas se había perseguido penalmente desde su perspectiva activa, a los sujetos que adoctrinaban o adiestraban a terceros; y que con la pretensión de adaptarse a las nuevas formas de captación de militantes de las organizaciones terroristas de pauta yihadista, donde internet juega un papel fundamental, la LO 2/2015 incorpora la conducta pasiva, la de quienes reciben dicho adoctrinamiento o adiestramiento, y también la de los que se procuran esa capacitación de manera autónoma, donde la novedad dogmática se renueva, pues ello supone, frente a las reglas generales de los arts. 17 y 18, la incriminación de actos preparatorios individuales.

La sentencia en cuestión realiza algunas observaciones, en algún caso muy singulares, que a continuación vamos a tratar de resumir:

1. El alejamiento respecto de una acción concreta, en estos comportamientos de autoadoctrinamiento ideológico, donde se incrimina un acto protopreparatorio y eventualmente un acto preparatorio de un acto preparatorio, determina su configuración como un delito de peligro.

2. Extraña en primer lugar, la equiparación punitiva en conductas de tan diferencial riesgo, entre las referidas al adiestramiento, es decir la obtención de conocimientos o aptitudes prácticas militares o de combate, o en el desarrollo de armas químicas o biológicas, o para la fabricación de explosivos; con la mera formación ideológica, pues a falta de interpretación auténtica del término adoctrinamiento, habrá de estarse al establecido en el Diccionario de la lengua española de la RAE, que en su aspecto pasivo supondría el hecho de inculcarse —infundirse con ahínco— de determinadas ideas o creencias. Equiparación, que determina en todo caso, que esta actividad de aprehensión de credos, debe tener una especial intensidad, sin que baste el mero acercamiento ideológico.

Si bien, dada la concreción de las actividades de autoadoctrinamiento típicas recogidas en la norma, la intensidad, solo podrá dirimirse del contenido propio de los servicios de comunicación a que se acceda o de los documentos que se tuvieren o incluso meramente se hubieren adquirido.

3. El tipo objetivo se formula alternativamente: el acceso habitual a internet o disyuntivamente, la adquisición o tenencia de documentos donde ya no se exige habitualidad, donde se muestra la desmesurada extensión de su ámbito, pues ni siquiera se exige que se hubieren leído.

El contenido de las páginas electrónicas a las que se accede o de los documentos que se adquieren o se poseen, deben estar dirigidos o resultar idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Pero esta exigencia, es objetiva, predicable del contenido al que se accede, se adquiere o se posee. No debe ser confundido como hace el Preámbulo de la LO 2/2015, en clara contradicción con el contenido típico de la norma, con la finalidad del sujeto, al margen de que el conocimiento de esa cualidad del contenido deba ser abarcada por el dolo.

4. El elemento subjetivo del injusto, expresamente requerido, es diverso y contiene un elemento teleológico redoblado; de forma que el acceso habitual a internet o la adquisición o tenencia documental debe ser con la *finalidad de capacitarse*, donde el logro pretendido de tal aptitud, a su vez, ha de ser *para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo*.

Así lo recoge el primer párr. del art. 575.2 (*con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo*) y a tal expresión se remite el segundo párrafo (*con tal finalidad*) y se reitera en el tercero (*con la misma finalidad*).

Elemento subjetivo que obviamente necesita probarse, sin que resulte suficiente para su acreditación, el mero contenido de las páginas de internet examinadas o de los documentos poseídos, pues su colisión con la libertad ideológica y el derecho a la información, determina la dificultad de que sea integrada exclusivamente por el sesgo de la determinada ideología a la que confluyen los contenidos visitados, por aberrante que fuere, de modo que habitualmente resultará la necesidad de que esa acreditación sea externa, diversa al estricto contenido examinado.

Exigencia subjetiva que determina la atipicidad de actos de adoctrinamiento que se realicen con finalidades investigadoras o de mera curiosidad y deja fuera de este tipo los efectuados para cometer delitos de naturaleza no terrorista (como pudiera ser un asesinato común), sin embargo permite su aplicación, tanto a su realización con la finalidad de prepararse para cometer un acto terrorista individual y completamente desvinculado de un grupo u organización terrorista concreta, para integrarse en una de estas estructuras (art. 572.2 CP), como para simplemente colaborar de forma puntual con las mismas (art. 577 CP), de modo que posibilita castigar como autor de estos delitos en su modalidad consumada a quien tan solo se prepara o forma para cometer delitos que castigan a su vez actuaciones que, cuando se ejecuten, se desenvolverán también en el ámbito meramente preparatorio de delitos ‘terroristas’ en sentido estricto, hasta extremos donde casi resulta viable entrar en bucle (*ad exemplum*: la provocación para la autoformación para la difusión pública de mensajes que tengan como finalidad posibilitar el autoadoctrinamiento para difundir.).

Tal finalidad última de la autoformación, el posibilitar *llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo* y no exclusivamente, como en los instrumentos europeos se circunscribe a los delitos de ‘terrorismo’ en sentido restringido (los previstos en el art. 573), conlleva en su correlación con los delitos ‘relacionados con la actividad terrorista’ (vd. Directiva UE y Convenio del Consejo de Europa antes mencionados), que se originen solapamientos con diversas de las conductas allí contempladas y problemas concursales, de no siempre fácil resolución; donde el criterio de la absorción impedirá con frecuencia aplicar el subsidiario de la alternatividad (previsto exclusivamente en defecto de los demás establecidos en el art. 8 CP).

Así, en relación al caso de autos, respecto de quien desarrolla la conducta de formación autodidacta, no se indica para qué delito, pero se afirma que también integra un delito de enaltecimiento del art. 578, debería considerarse que el art. 575 es la mera

capacitación para cometer un delito de los comprendidos en el capítulo, acto preparatorio donde los haya, de modo que no existe razón para afirmar su prevalencia sobre el delito de enaltecimiento que se dice ya cometido; especialmente cuando no se afirma ni razona la capacitación para la comisión (en abstracto) de otro delito diverso de terrorismo de mayor gravedad que ese enaltecimiento; de modo que el criterio de la absorción sería ontológicamente el que debía dirimir el concurso, en cuanto goza de aplicación preferente al de gravedad, solo operativo en defecto de los criterios de especialidad, subsidiariedad y consunción (cfr. art. 8 regla 4.<sup>a</sup>).

5. Aun dotada esta forma preparatoria del autoadoctrinamiento de autonomía, no transforma su naturaleza de acto protopreparatorio, de mera voluntad ‘cuasimanifestada’ (es decir, muy incipientemente manifestada), la previsión de una pena determinada al margen de la concreta tipología terrorista objeto de la capacitación, pues la finalidad exigida, aunque no necesita que la autoformación vaya dirigida a la comisión de un atentado concreto o de una actividad terrorista concreta, sí exige que vaya encaminada a la comisión de una de las tipologías contenidas en el capítulo.

Pero, no resulta tipificado el autoadoctrinamiento si al margen del contenido de las páginas visitadas o los documentos adquiridos, la finalidad del autor resulta desligada (basta que no resulte acreditada), de la perpetración de alguna de las tipicidades recogidas en el título dedicada a organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo.

6. Tal anticipación de las barreras de protección, a través de esta tipificación de un acto preparatorio tan sumamente incipiente, conlleva la suma dificultad de concretar sobre esta tipología (a cambio de lo que sucede por ejemplo con el enaltecimiento del terrorismo, a pesar de su relación con el art. 18 CP contenida en el apartado III del expositivo de la LO 7/2000, que lo incorpora al CP) los actos de provocación, conspiración y proposición (expresamente previstos en el art. 579.3 CP) para su comisión.

7. Consecuentemente, conforme a lo expresado hasta ahora, del examen del intangible relato de hechos probados contenido en la sentencia recurrida, no resulta la comisión de un delito de autoadoctrinamiento *con la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos del Cap. VII del Tít. XII, de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo.*

Media, efectivamente acreditada y valorada de manera detallada, la cumplimentación del tipo objetivo, la posesión documental y la navegación por páginas con contenidos susceptibles de incitar a la incorporación a organización o grupo terrorista, pero nada se indica sobre el elemento subjetivo requerido de buscar esa capacitación para cometer «cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo», ni por tanto, nada se concluye sobre la valoración probatoria de su existencia, pues como hemos referido en el fundamento anterior, no basta la mera radicalización ideológica ya derivada de su voluntaria y frecuente navegación en determinadas páginas de internet, ya inferida por el contenido de los documentos obrantes en su poder.

Ni siquiera cabe identificar la adhesión ideológica con la autoformación para la incorporación a la organización o movimiento terrorista, o para colaborar con la misma, o

para la persecución de sus fines, o para la comisión de cualquier otro delito previsto en este Cap. VII del tit. XXII; *resta un tramo para llegar a estas incipientes resoluciones manifestadas, que precisa concreción en la tipicidad criminal buscada (no la referencia a un delito concreto sino al tipo delictivo), que obviamente debe ser acreditado.*

Mientras que en autos, no se precisa ni acredita, cuál de las actividades delictivas relacionadas con *organizaciones y grupos terroristas* o con *delitos de terrorismo*, era la destinataria de la capacitación autodidacta relatada. Solamente se concluye y ello en la fundamentación jurídica, una «asunción de ideales», que aunque no se explicita, resulta obvio que la resolución recurrida refiere al radicalismo yihadista, pero ello tampoco deviene en manifestación de resolución delictiva alguna.

La STS de 15 nov. 2017 examina también el delito de autoadoctrinamiento previsto en el art. 575.2 CP llegando a conclusiones idénticas:

— El sujeto activo que lleva a cabo la conducta típica es el mismo destinatario de los efectos que constituyen su finalidad. Dice el apartado 2 del artículo 575 que las actividades previstas en el apartado anterior el autor las lleve a cabo por sí mismo. La actividad consiste en recibir adoctrinamiento (o adiestramiento militar o de combate, o en técnicas de desarrollo de armas químicas o biológicas, de elaboración o preparación de sustancias o aparatos explosivos, inflamables, incendiarios o asfixiantes, o específicamente destinados a facilitar la comisión de alguna de tales infracciones).

— Las modalidades de esa recepción prevista en el art. 575.2 son dos: cuando el autor acceda de manera habitual a uno o varios servicios de comunicación accesibles al público en línea o contenidos accesibles a través de internet o de un servicio de comunicaciones electrónicas; también comete el tipo el que adquiera o tenga en su poder determinados documentos, sin exigencia en este caso de habitualidad.

— En ese tipo de acción se incluye, además, un elemento subjetivo cuya ausencia hace la acción penalmente insignificante: la finalidad de capacitarse para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo (terrorismo). El elemento subjetivo del injusto, expresamente requerido, es diverso y contiene un elemento teleológico redoblado; de forma que el acceso habitual a internet o la adquisición o tenencia documental debe ser con la finalidad de capacitarse, donde el logro pretendido de tal aptitud, a su vez, ha de ser para llevar a cabo cualquiera de los delitos tipificados en este Capítulo.

— Esa doble finalidad debe concurrir en los accesos a servicios de comunicación como resulta de la exigencia de que los contenidos de éstos estén dirigidos o resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. Y cuando la conducta consista en adquirir o poseer determinados documentos, la antijuridicidad se acota con este mismo elemento subjetivo: que estén dirigidos o, por su contenido, resulten idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines. En todo caso la afirmación de su concurrencia es un ineludible requisito de la decisión de condena, y debe acomodarse al canon constitucional de presunción de inocencia.

— La norma exige tales características de los contenidos en la red a la que se accede o en los documentos adquiridos o poseídos, de tal suerte que aquellas tienen que ser abarcadas por el conocimiento del autor que por ello lleva a cabo el voluntario acceso, adquisición o posesión.

— Dado que el delito se puede consumir, en esas específicas modalidades, desde el acceso a aquellos específicos contenidos o por la mera adquisición o posesión de los citados documentos, puede decirse que, al menos en tales hipótesis, cabe hablar de lo que viene conociéndose como adelantamiento de las barreras punitivas mediante la incriminación de actos preparatorios (de la capacidad) individuales. Se puede hablar incluso de actos protopreparatorios, si advertimos que, a su vez, la capacidad preparada también ha de vincularse inescindiblemente a una ulterior ejecución de delitos de terrorismo, sin cuya vinculación la autocapacitación sería atípica.

Es decir que el delito se entenderá cometido solamente si se puede constatar que ha existido un efectivo peligro o riesgo del bien jurídico que tutela los delitos de terrorismo. Lo que, si es un requerimiento no exento de dificultades cuando se trata del adiestramiento en capacidades operativas, constituye ardua labor cuando la conducta enjuiciada no rebasa la esfera del autoadoctrinamiento. Porque en ese caso la línea que separa la conducta típica de la de mera ilustración penalmente irrelevante es bien delgada. Tanto si ésta se procura profesionalmente como historiador o informador, cuanto si se busca por mera curiosidad. Casos todos ellos en que la ausencia de la concreta finalidad delictiva terrorista excluye toda tipicidad, incluso en casos de idoneidad objetiva de los contenidos a los que se accede o de los documentos que se adquieren.

— La necesaria especificación del significado de la expresión típica nos obliga a acudir al contexto en el que adquiere sentido el término significante adoctrinamiento. Ese contexto viene dibujado por las demás expresiones de la norma: la referencia teleológica (capacitarse para) a la comisión de delitos de terrorismo, o la exigencia de que los contenidos estén dirigidos o los documentos sean idóneos para incitar.

— Tales requerimientos del sentido de la norma penal en este delito, se traducen también en exigencias para el relato de hechos probados que deben predicar la concurrencia de la doble exigencia finalística añadida a las características de los contenidos accedidos, adquiridos o poseídos por el acusado. Así no basta afirmar estas características de idoneidad o incluso «dirección» objetiva de contenidos y documentos, sino que debe afirmarse que el autor actuó, no solamente conociéndolas, sino que accedió, adquirió o poseyó voluntaria y conscientemente con una doble y sucesiva funcionalidad. La primera que aquello que conocía le afirmaba en su adhesión a la doctrina en que se enmarcaban los conocimientos reflejados en la red o los documentos, y la segunda incitaba o estimulaba su voluntad hacia la ejecución de un delito de terrorismo, sea de transmisión de tales conocimientos a otros, sea de incorporación a grupos de esa naturaleza, sea de cooperación con ellos, sea de enaltecimiento de sus integrantes o sea de cualquier otro tipo de aquellos delitos.

De la doctrina anteriormente expuesta pueden extraerse las siguientes conclusiones:

1.<sup>a</sup>. Los delitos de autoadoctrinamiento y adoctrinamiento pasivo son actos proto-preparatorios punibles que obligan a sancionar penalmente conductas previas a las tradicionales conductas preparatorias (conspiración, proposición y provocación para delinquir de los arts. 17 y 18 CP).

2.<sup>a</sup>. Ambos tipos penales requieren inexcusablemente que los contenidos a los que se accede on line y los documentos que se posean o adquieran vayan dirigidos a o sean idóneos para incitar a la incorporación a una organización o grupo terrorista, o a colaborar con cualquiera de ellos o en sus fines.

3.<sup>a</sup>. En ambos tipos penales es necesario un elemento teleológico o tendencial reforzado: la acción debe ejecutarse con la finalidad de capacitarse para cometer alguno de los delitos de terrorismo tipificados en el capítulo (en cualquiera de sus modalidades), de modo que el dolo debe abarcar también el fin perseguido.

4.<sup>a</sup>. La habitualidad solo es predicable de la primera modalidad típica del autoadoctrinamiento (el acceso on line a los contenidos que el tipo penal describe y que se encuentran disponibles en internet o en servicios de comunicación electrónica).

### III. EL TRASLADO O ESTABLECIMIENTO EN TERRITORIOS EXTRANJEROS (ART. 575.3)

Este tipo penal criminaliza a los llamados *foreign-terrorist-fighters* «(FTF), en la terminología internacional, que son los combatientes que se desplazan para adiestrarse, perpetrar atentados y regresar con propósitos delictivos a sus países de origen.

La LO 1/2019 20 feb., ha modificado el tipo penal suprimiendo el inciso «controlado por una organización o grupo terrorista», de manera que no es necesario que el sujeto activo viaje a una zona de conflicto controlada, sino que basta que se lleve a cabo el viaje o desplazamiento con la finalidad que establece la norma. La reforma era necesaria porque el art. 9 de la Directiva 2017/541 penaliza el viaje con fines terroristas sin exigir que el desplazamiento sea a determinadas zonas o territorios

La acción típica consiste en el traslado o establecimiento en un territorio extranjero, exigiéndose como elemento subjetivo del tipo que se ejecute con el fin de capacitarse para llevar a cabo cualquier delito comprendido en el capítulo, o de colaborar con una organización o grupo terrorista.

Se trata, por tanto, de un delito de resultado cortado, que se consuma con la llegada o el establecimiento en el territorio con la finalidad que establece el tipo penal, aunque esta no se consiga, por lo que en buena lógica el delito admite formas imperfectas de ejecución, de manera que la tentativa de trasladarse o de establecerse sin conseguir finalmente ese objetivo es punible.

La acción en sí misma, si se acredita la estancia en esos territorios bajo la cobertura o disciplina de organizaciones o grupos terroristas, y se cumplen los elementos típicos exigibles en cada caso, puede ser constitutiva igualmente de un delito de integración en organización o grupo terrorista del art. 572, o bien de colaboración en los términos que prevé el art. 577 CP, tipos penales éstos que se aplicaría preferentemente en virtud de las reglas establecidas por el art. 8 CP (principios de absorción y alternatividad).

Esta actividad es, sin duda, una de las mayores preocupaciones en relación con la amenaza que representa el terrorismo yihadista. Se calcula que aproximadamente 5.000 individuos se han desplazado desde países europeos a la zona de conflicto ubicada en Siria-Irak para integrarse y adiestrarse en los territorios ocupados por el Estado Islámico y otras organizaciones terroristas. En muchos casos mueren en combate o en actos terroristas suicidas, pero un buen número de ellos intenta regresar a sus países de origen con el peligro que ello supone. La penalización expresa de estos comportamientos trata de facilitar el cumplimiento del principio de doble incriminación y facilitar así la aplicación de los mecanismos de cooperación internacional en una materia tan importante como ésta. La situación actual, con un Estado islámico prácticamente derrotado en los territorios de conflicto (Siria e Irak), agrava el riesgo de atentados terroristas por el retorno a sus países de origen de numerosos yihadistas desplazados en su momento a aquellos lugares.

Por último, no puede omitirse que tanto la Resolución 2178 del Consejo de Seguridad de NNUU como la reciente Directiva de la UE 2017/541 relativa a la lucha contra el terrorismo resaltan la importancia de penalizar en los derechos nacionales esta actividad. Los arts. 9 y 10 definen como delitos relacionados con actividades terroristas los viajes con fines terroristas (art. 9) y la organización o facilitación de viajes con fines terroristas (art. 10). De esta forma se criminalizan igualmente todos los actos de ayuda a cualquier persona para que viaje con fines terroristas, que en nuestra legislación penal ya son punibles como formas de participación, bien por cooperación necesaria, bien por complicidad, en el delito en cuestión.

**Art. 576. 1. Será castigado con la pena de prisión de 5 a 10 años y multa del triple al quíntuplo de su valor el que, por cualquier medio, directa o indirectamente, recabe, adquiera, posea, utilice, convierta, transmita o realice cualquier otra actividad con bienes o valores de cualquier clase con la intención de que se utilicen, a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer cualquiera de los delitos comprendidos en este Capítulo.**

**2. Si los bienes o valores se pusieran efectivamente a disposición del responsable del delito de terrorismo, se podrá imponer la pena superior en grado. Si llegan a ser empleados para la ejecución de actos terroristas concretos, el hecho se castigará como coautoría o complicidad, según los casos.**

**3. En el caso de que la conducta a que se refiere el apartado 1 se hubiera llevado a cabo atentando contra el patrimonio, cometiendo extorsión, falsedad documental o mediante la comisión de cualquier otro delito, éstos se castigarán con la pena superior en grado a la que les corresponda, sin perjuicio de imponer además la que proceda conforme a los apartados anteriores.**

**4. El que estando específicamente sujeto por la Ley a colaborar con la autoridad en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo dé lugar, por imprudencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones, a que no sea detectada**

**o impedida cualquiera de las conductas descritas en el apartado 1 será castigado con la pena inferior en uno o dos grados a la prevista en él.**

El delito de financiación del terrorismo fue introducido específicamente en la reforma llevada a cabo por la LO 5/2010 en el art. 576 bis. Hasta su incriminación específica en ese precepto, los actos de financiación del terrorismo se consideraban como una forma de cooperación o ayuda económica prevista en el anterior art. 576 que castigaba la colaboración con organización terrorista, y por lo tanto eran punibles como actos de colaboración (*v. gr.* La sentencia 9 may. 2006 dictada por la Sección 2.<sup>a</sup> de la AN, confirmada por el TS en S. 15 jun. 2007, sobre hechos consistentes en el envío y transferencia de dinero relacionados con el atentado cometido por una célula «jihadista» en abril de 2002 en la isla de Djerba —Túnez— contra una sinagoga judía con el resultado de varias decenas de muertos y heridos consideró los citados hechos como un delito de colaboración con organización terrorista).

La LO 1/2019 20 feb., ha suprimido el párr. 5.º, en el que se regulaba la responsabilidad de las personas jurídicas de manera exclusiva para los delitos de financiación del terrorismo, para trasladar semejante previsión punitiva al art. 580 bis y extender así tal responsabilidad a todos los delitos previstos en este capítulo.

En el ámbito internacional viene definido de la siguiente manera:

1. El art. 2.1 del Convenio Internacional sobre Represión de la Financiación del Terrorismo aprobado por Naciones Unidas el 9 dic. 1999 señala que comete este delito en el sentido del presente Convenio quien por el medio que fuere, directa o indirectamente, ilícita y deliberadamente, provea o recolecte fondos con la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que serán utilizados, en todo o en parte, para cometer:

a) Un acto que constituya un delito comprendido en el ámbito de uno de los tratados enumerados en el anexo y tal como esté definido en ese tratado;

b) Cualquier otro acto destinado a causar la muerte o lesiones corporales graves a un civil o a cualquier otra persona que no participe directamente en las hostilidades en una situación de conflicto armado, cuando, el propósito de dicho acto, por su naturaleza o contexto, sea intimidar a una población u obligar a un gobierno o a una organización internacional a realizar un acto o a abstenerse de hacerlo.

2. El art. 1.5 de la Directiva 2015/849, 20 may., relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo (conocida como Cuarta Directiva) considera como tal el suministro o la recogida de fondos, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con la intención de utilizarlos o con el conocimiento de que serán utilizados, íntegramente o en parte, para la comisión de cualquiera de los delitos contemplados en los arts. 1 a 4 de la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo.

3. El art. 11 de la Directiva 2017/541 15 mar., lo identifica con el hecho de aportar o recaudar intencionadamente fondos, por cualquier medio, de forma directa o indirecta, con ánimo de que se utilicen o con conocimiento de que se vayan a utilizar, en su totalidad o en parte, a los fines de la comisión o la contribución a la comisión de cualquiera de los delitos enumerados en los arts. 3 a 10 de la Directiva.

Cuando la financiación se refiera a alguno de los delitos establecidos en los arts. 3 (delitos de terrorismo *strictu sensu*), 4 (delitos relacionados con grupos terroristas) o 9 (viajes con fines terroristas), no será necesario que los fondos se utilicen efectivamente, en su totalidad o en parte, a los fines de cometer o contribuir a la comisión de tales delitos, ni que el responsable criminal tenga conocimiento del delito o los delitos concretos para los que se van a utilizar dichos fondos.

La reciente reforma amplía el tipo penal de la financiación del terrorismo en cuanto a sus modalidades materiales de ejecución, sustituyendo las acciones de proveer o recolectar —que se contemplaban el art. 576 bis introducido por LO 5/2010— por las de recabar, adquirir, poseer, utilizar, convertir, transmitir o realizar cualquier otra actividad con bienes o valores. El precepto sigue la misma técnica legislativa empleada para la definición y tipificación del blanqueo de capitales: descripción de algunas conductas materiales, coincidentes en ambos casos, y adición de una fórmula de cierre mediante la penalización de cualquier actividad que se realice con bienes o valores con el propósito o la intención de que se utilicen, o a sabiendas de que pueden ser utilizados, para la comisión de un delito de terrorismo.

Quiere decir ello que los actos típicos son prácticamente los mismos en ambos delitos, por lo que será plenamente aplicable a esta infracción criminal la casuística jurisprudencial existente sobre blanqueo de capitales, tanto respecto a las acciones que deben ser consideradas típicas, como en cuanto al conocimiento de que los fondos sean utilizados o vayan a ser utilizados para la comisión de un delito de terrorismo como elemento subjetivo del tipo, y a la necesidad de emplear la prueba indiciaria para la constatación de ese conocimiento y del destino ilícito de los fondos.

El elemento subjetivo del tipo penal del delito de financiación del terrorismo, al igual que en el blanqueo de capitales, se identifica por la expresión «a sabiendas», expresión comprensiva tanto del dolo directo como del dolo eventual, respecto al conocimiento de que el destino de los bienes es la comisión de un delito de terrorismo. Como acertadamente indica la STS 29 sep. 2001, la modalidad del dolo eventual debe ser acogida sin reservas en la construcción dogmática del blanqueo de dinero, al contemplarse específicamente la forma culposa, argumento totalmente extrapolable al delito de financiación del terrorismo, que también incluye una modalidad culposa en el ap. 4 del precepto.

Así pues, respecto al delito de blanqueo de capitales puede afirmarse que ese conocimiento concurre «cuando el autor ha podido representarse la posibilidad de la procedencia ilícita... sin que deba exigirse una concreta calificación siendo bastante un conocimiento genérico de la naturaleza delictiva del hecho... en otras palabras basta con un conocimiento de las circunstancias del hecho y de su significación social» (STS 5 feb. 2003), y en esta línea, son varios los pronunciamientos jurisprudenciales que insisten en que no es necesario un conocimiento preciso y detallado de la infracción precedente, lo que nos sitúa en el terreno de la aceptación del dolo eventual para integrar el conocimiento de la ilicitud de los bienes y la integración del mismo en la expresión «a sabiendas» (SSTS. de 10-1-2000, 23-12-2003, 2-10-2004, 2-12-2004, 19-1-2005, 1-3-2005, 14-9-2005,

19-10-2006, 29-5-2007, 8-4-2008, 26-2-2009, 10-3-2011, 2-11-2011, 12-12-2011, 9-7-2012, 30-10-2012, 27-7-2015 y 2-10-2015 entre otras). En definitiva, que basta un conocimiento no preciso ni detallado de la infracción precedente, siendo suficiente la conciencia de la anormalidad de la operación a realizar y la razonable inferencia de que procede de un delito, entendiéndose que el sujeto actúa con dolo eventual cuando considera seriamente y acepta como altamente probable que el dinero tenía su origen en un delito (STS 9 jul. 2012).

Otro tanto cabrá decir del delito que estamos analizando en cuanto al alcance del conocimiento y a la demostración del dolo eventual: será suficiente el conocimiento de que los fondos van a ser destinados a una actividad terrorista genérica en cualquiera de sus modalidades, sin que sea necesario que sea preciso y detallado respecto a la infracción subsecuente a la que van destinados los fondos.

La prueba respecto al destino ilícito de los fondos o bienes se regirá en buena lógica por idénticos parámetros que la demostración del origen criminal en el delito de blanqueo de capitales, con la particularidad de que deberá acreditarse un mínimo de prueba respecto a su utilización o su destino para actividades terroristas.

Para ello será importantísimo disponer, al igual que en el blanqueo de capitales, de prueba indiciaria, un tipo de prueba cuya construcción y utilización viene sintetizada perfectamente en la STS 15 abr. 2016 al señalar que:

«Por otro lado, en cuanto a la prueba indiciaria, la STS n.º 220/2015, 9 abr., recogía el contenido de la STC 128/2011, 18 jul., la cual, enlazando con ideas reiteradísimas, sintetiza la doctrina sobre la aptitud de la prueba indiciaria para constituirse en la actividad probatoria de cargo que sustenta una condena:

«A falta de prueba directa de cargo, también la prueba indiciaria puede sustentar un pronunciamiento condenatorio, sin menoscabo del derecho a la presunción de inocencia, siempre que: 1) el hecho o los hechos bases (o indicios) han de estar plenamente probados; 2) los hechos constitutivos del delito deben deducirse precisamente de estos hechos bases completamente probados; 3) se pueda controlar la razonabilidad de la inferencia, para lo que es preciso, en primer lugar, que el órgano judicial exteriorice los hechos que están acreditados, o indicios, y, sobre todo que explique el razonamiento o engarce lógico entre los hechos base y los hechos consecuencia; y, finalmente, que este razonamiento esté asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas

de la experiencia común o, «en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes» (SSTC 300/2005, de 21 de noviembre, FJ 3; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3 y 70/2010, FJ 3). Ahora bien sólo se considera vulnerado el derecho a la presunción de inocencia en este ámbito de enjuiciamiento cuando «la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada» (SSTC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 4; 111/2008, de 22 de septiembre, FJ 3; 109/2009, de 11 de mayo, FJ 3; 70/2010, de 18 de octubre, FJ 3; 25/2011, de 14 de marzo, FJ 8).

También ha señalado esta Sala que la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial presenta dos perspectivas relevantes para el control casacional: a) desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; y el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia; y b), desde un

punto material, el control casacional se contrae a la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí, y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como «enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano», en términos del art. 1253 del CC (SSTS. 1085/2000, de 26-6; 1364/2000, de 8-9; 24/2001, de 18-1; 813/2008, de 2-12; 19/2009, de 7-1; y 139/2009, de 24-2; 322/2010, de 5-4; y 208/2012, de 16-3, entre otras).

No debe olvidarse, por último, que el examen de los indicios no puede hacerse de forma aislada, analizando el poder de convicción de cada uno de ellos, pues no se trata de pruebas sino de elementos indiciarios. Por el contrario, lo procedente es el examen conjunto, pues la fuerza de la prueba indiciaria procede precisamente de la interrelación y combinación de los diferentes indicios, que convergen y se refuerzan mutuamente cuando todos ellos señalan racionalmente en una misma dirección (SSTS 1088/2009, de 26-10; 480/2009, de 22-5; y 569/2010, de 8-6, entre otras)».

Del mismo modo que en el blanqueo es necesaria la concurrencia, como parte integrante del tipo subjetivo del injusto, del elemento teleológico o tendencial consistente en la finalidad de ocultar o encubrir los bienes de origen ilícito, en el delito de financiación del terrorismo resultará inexcusable que la acción se ejecute con la intención de que los bienes o valores se utilicen o conociendo que serán utilizados para cometer cualquier delito de terrorismo, sean aquellos de origen lícito o ilícito. En este segundo caso —destinar a las actividades terroristas fondos de origen criminal— habrá que resolver el problema concursal entre ambos delitos: a tales efectos el ap. 3 del art. 576 establece claramente que debe aplicarse la regla del concurso real de delitos, lo que quiere decir que deberán ser sancionados separadamente, y cuando la financiación se ejecute mediante un delito contra el patrimonio, extorsión, falsedad documental o cualquier otro delito, estos se sancionarán además con la pena superior en grado, Vemos, pues, que la norma concursal no puede ser más terminante.

La reforma ha incorporado también un subtipo agravado que conlleva la posibilidad de imponer la pena en su mitad superior cuando los bienes o valores se pongan de forma efectiva a disposición del responsable del delito de terrorismo.

Entre los escasos pronunciamientos jurisprudenciales sobre esta materia destaca la STS 27 jun. 1994 relativa al pago del impuesto revolucionario a través de una red de extorsión vinculada con ETA y su encaje en el delito de colaboración del art. 576, distinguiendo la mediación o gestión de quienes pertenecen al círculo del extorsionado (que se considera atípica) de aquella atribuible a quien pertenece al entorno del extorsionador (que considera claramente punible). La indicada sentencia señala expresamente:

«La sentencia recurrida, examinando la intervención mediadora en el pago del llamado impuesto revolucionario, que no es otra cosa que una extorsión delictiva, distingue los casos en que el gestor, —así se le denomina—, pertenece

al círculo nuclear del extorsionado o a su entorno, — parientes, abogado del que era cliente antes del ataque a la libertad—, de aquellos otros en los que el gestor pertenece al círculo nuclear del extorsionador— ETA, o su entorno el abert-

zalismo radical. Está fuera de toda duda que el primer supuesto queda fuera del ámbito típico de la colaboración con banda armada por falta de elemento intencional que es indispensable para configurar el delito. En los otros casos contemplados también es imprescindible la concurrencia del factor subjetivo sin que sea factible establecer juicios incriminatorios por la mera pertenencia de una persona a un entorno político determinado.

Resulta indubitadamente acreditado que las cartas extorsionadoras ordenaban a los destina-

rios la utilización de los medios habituales vascos para ponerse en contacto con la organización terrorista, lo que pone de relieve la existencia de una red perfectamente coordinada en la que todos sus componentes eran conocedores de su misión específica y participaban voluntariamente en las tareas de recaudación de fondos en el decidido y específico fin de colaborar con los fines de la banda armada».

Las reformas han dado, pues, carta de naturaleza a la incriminación de la financiación del terrorismo como un delito autónomo. Tanto los instrumentos convencionales de carácter multilateral como las iniciativas de los organismos internacionales (NN.UU, UE, OEA, etc.) han entendido que ésta era una exigencia derivada de la ratificación del Convenio de NN.UU. para la Represión de la financiación del Terrorismo de 9 dic. 1999 (BOF 23-5-2002) donde se identifica este delito con la actividad de provisión y/o recolección de fondos para ser utilizados o con el propósito de ser utilizados en actos terroristas.

Lo cierto es que pueden apuntarse algunas razones que justificaban su penalización autónoma:

La primera es que la lucha contra la financiación del terrorismo constituye hoy uno de los ejes centrales de la respuesta internacional contra el terrorismo, básicamente porque se considera un instrumento esencial para la congelación, el embargo y el decomiso de los fondos que puedan tener relación con el terrorismo, y es evidente que su incriminación específica facilitará sobremanera la cooperación judicial internacional en las investigaciones sobre esta actividad delictiva.

La segunda se concreta en que la tipificación autónoma de este delito debería potenciar, en puridad, las investigaciones sobre esta actividad, y permitir un mayor grado de aplicación de la ley penal frente a estos ilícitos comportamientos (sirva de ejemplo lo que ha sucedido con el delito de blanqueo de capitales, en el que la eficacia de la acción policial y judicial se encuentra estrechamente relacionada con la naturaleza autónoma del tipo penal).

La regulación del delito de financiación del terrorismo se completa con la penalización de la forma culposa, pero reduciendo su ámbito subjetivo de aplicación a aquellas personas legalmente obligadas a colaborar en la prevención de las actividades de financiación del terrorismo, cuando medie imprudencia grave en el cumplimiento de dichas obligaciones y ello contribuya a que no sea detectada o impedida cualquiera de las acciones contempladas en el apartado 1 del precepto.

La incriminación específica del delito imprudente de financiación del terrorismo tiene una justificación evidente: la 3.<sup>a</sup> Directiva 2005/60/CE de 26 oct. del Parlamento Europeo y del Consejo (*DOUE* de 25-11-2005) sobre prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo obliga a aplicar a esta última figura delictiva todas las disposiciones contenidas en la legislación de prevención del blanqueo de capitales, y

consecuentemente a darle un idéntico tratamiento político-criminal, de modo y manera que cuando el incumplimiento de esos deberes legales por parte de los sujetos obligados en los casos más graves facilite o favorezca no intencionalmente actos de financiación de las actividades terroristas, pueda exigirse responsabilidad penal por imprudencia como ya viene sucediendo en relación con el delito de blanqueo de capitales.

En síntesis, puede afirmarse que no hay razones para conceder un tratamiento punitivo diferente a ambas infracciones penales. La transposición de la Tercera Directiva se ha plasmado en la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo que adapta definitivamente nuestro ordenamiento jurídico a la normativa comunitaria e internacional, norma legal en la que se regulan las obligaciones cuyo incumplimiento determinará la exigencia de responsabilidades penales por imprudencia grave. El marco jurídico preventivo de la financiación del terrorismo se completa con la Ley 12/2003, de 21 de mayo, sobre bloqueo de la financiación del terrorismo, que ha diseñado una estructura administrativa específica para cumplir con tan importante tarea: la Comisión de Vigilancia de las Actividades de Financiación del Terrorismo, a la que se conceden facultades ciertamente excepcionales como el bloqueo de transacciones y movimientos de capitales, y la prohibición de apertura de cuentas en entidades financieras (en los términos contemplados por la citada ley).

La 4.<sup>a</sup> Directiva 2015/849 de 20 may., que deroga la 3.<sup>a</sup> Directiva del 2005, apunta la esa política de prevención en ambas materias, desarrollando aspectos tan importantes como un mayor control sobre las transacciones en el sector del juego, la creación de un registro central de titulares reales de bienes, la creación de una lista negra comunitaria de terceros países de alto riesgo o la desaparición de los supuestos tasados de no aplicación de medidas de diligencia debida.

La modalidad culposa o imprudente viene implícitamente reconocida también por la nueva Directiva 2017/541 de 15 mar., al precisar en su art. 11.2 que no es necesario que el responsable criminal tenga conocimiento (dolo directo o eventual) de los delitos para los que se van a utilizar los fondos cuando se trata de delitos previstos en los arts. 3, 4 y 9 de la Directiva, de lo que se infiere claramente que en estos casos es admisible igualmente el delito de financiación en su forma imprudente.

No obstante, aun cuando el delito de blanqueo también puede cometerse por imprudencia grave, existe una diferencia fundamental entre ambos tipos penales imprudentes: mientras el delito de blanqueo de capitales no tiene limitación alguna en cuanto a los sujetos activos, que pueden serlo cualesquiera personas, en el delito de financiación del terrorismo solo pueden ser sujetos activos quienes están obligados legalmente a colaborar con la autoridad en la prevención de tales actividades de financiación (lo que en la legislación preventivo-administrativa se denominan «sujetos obligados»).

La gravedad de la imprudencia, al igual que en el blanqueo de capitales, se determinará en función de las obligaciones que hayan sido incumplidas y del grado de incumplimiento de las mismas. A tales efectos debe indicarse que en el ámbito preventivo de la financiación del terrorismo, no sólo deben cumplirse las obligaciones y deberes que

establece la ley 10/2010 de 28 de Abril de forma común para la prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo, sino además las que específicamente se contemplan en la ley 12/2003 de 21 may., de bloqueo de la financiación del terrorismo.

Parece evidente que el incumplimiento de los deberes que conforman el concepto de la «debida diligencia» (arts. 3 a 14, precepto éste último en el que se incluyen medidas reforzadas de diligencia debida para las personas con responsabilidad pública), el examen especial de las operaciones sospechosas (art.17), la comunicación de las operaciones al Servicio Ejecutivo (arts. 18 y 20), la obligación de abstenerse de ejecutar las operaciones hasta tanto no se haya efectuado la comunicación (art. 19), la confidencialidad de la operación (art. 24), o la obligación de declarar el origen, tenencia y destino de fondos por importe superior a la cantidad legalmente establecida (art.34), que conforman el núcleo esencial de la política de prevención de ambas actividades criminales, sí puede resultar determinante, bien individualmente bien cumulativamente, para la construcción de la figura imprudente, ya que se trata de obligaciones cuyo incumplimiento en el ámbito administrativo se considera infracción grave o muy grave.

Pero como decíamos la ley 12/2003, de 21 may., establece algunas obligaciones específicas relacionadas con la prevención del terrorismo, cuyo incumplimiento se considera siempre como infracción muy grave conforme al art. 6.2 de la ley, por lo que en estos casos resulta lógico considerar que la imprudencia es grave si su incumplimiento ha evitado que la conducta de financiación sea detectada o impedida. Así, el art. 4 de la citada ley proclama que las Administraciones Públicas y los sujetos a que se refiere el art. 2 de la Ley 10/2010, de 28 abr., de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo están obligados a colaborar con la Comisión de Vigilancia de Actividades de Financiación del Terrorismo y, en particular, a llevar a cabo las medidas necesarias para hacer efectivo el bloqueo previsto en el artículo 1; en particular, deberán:

a) Impedir cualquier acto u operación que suponga disposición de saldos y posiciones de cualquier tipo, dinero, valores y demás instrumentos vinculados a movimientos de capitales u operaciones de pago o transferencia bloqueados, a excepción de aquéllos por los que afluyan nuevos fondos y recursos a cuentas bloqueadas.

b) Comunicar a la Comisión de Vigilancia cualquier tipo de ingreso que se pueda realizar a la cuenta bloqueada, sin perjuicio de realizar la operación.

c) Comunicar a la Comisión de Vigilancia, por iniciativa propia, cualquier solicitud o petición que reciban en la que el ordenante, emisor, titular, beneficiario o destinatario sea una persona o entidad respecto a la que la Comisión de Vigilancia haya adoptado alguna medida.

d) Facilitar a la citada Comisión la información que ésta requiera para el ejercicio de sus competencias.

e) No revelar ni al cliente ni a terceros que se ha transmitido información a la Comisión de Vigilancia.

En síntesis, puede concluirse que el delito imprudente de financiación de terrorismo sólo podrá entenderse cometido cuando se haya producido el incumplimiento de los

deberes y obligaciones legalmente establecidos por los sujetos obligados, y tal incumplimiento tenga una relación de causa-efecto en el hecho de que no se hayan podido detectar o impedir las acciones que el tipo define como constitutivas de financiación de terrorismo. La gravedad de la imprudencia se determinará en atención a la naturaleza y calidad de las obligaciones incumplidas, y al igual que en el blanqueo de capitales, si el sujeto activo que incumple o no cumple debidamente los deberes legalmente regulados conoce que los fondos o bienes van a ser utilizados o destinados para actividades terroristas —bastando para ello dolo eventual— la responsabilidad será exigible siempre a título doloso por la vía del ap. 1 del art. 576 CP.

En el ámbito internacional el instrumento de referencia está constituido por las IX Recomendaciones del GAFI sobre financiación del terrorismo, adoptadas las ocho primeras, tras los gravísimos atentados cometidos el 11-9-2001 en los Estados Unidos, en el mes de Octubre del mismo año, y la 9.<sup>a</sup> en el 2004, cuyo contenido es el siguiente:

**I. Ratificación y ejecución de los instrumentos de la Naciones Unidas.** Cada país debe tomar inmediatamente los pasos necesarios para ratificar e implementar plenamente la Convención Internacional de las Naciones Unidas para la Supresión de la Financiación del Terrorismo de 1999. Asimismo, los países deben implementar de inmediato las resoluciones de las Naciones Unidas relativas a la prevención y supresión de la financiación de actos terroristas, particularmente la Resolución 1373 del Consejo de Seguridad de Naciones Unidas.

**II. Tipificación de la financiación del terrorismo y el blanqueo asociado.** Cada país debe tipificar como delito la financiación del terrorismo de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas. Los países deberán asegurarse que tales delitos se establezcan como delitos previos del de lavado de activos.

**Congelamiento y decomiso de activos terroristas.** Cada país deberá implementar medidas para congelar sin dilación los fondos u otros activos de los terroristas, de aquellos que financien el terrorismo y de las organizaciones terroristas, de acuerdo con las resoluciones de las Naciones Unidas relativas a la prevención y supresión de la financiación de los actos terroristas. Cada país también deberá adoptar e implementar las medidas, incluidas las legislativas, que permitan a las autoridades competentes la incautación, el embargo y el decomiso de la propiedad que procede, se utiliza o se intenta utilizar o destinar a la financiación del terrorismo, los actos terroristas o las organizaciones terroristas.

**Informe de transacciones sospechosas relativas al terrorismo.** Si las instituciones financieras u otros negocios o entidades sujetas a las obligaciones de control del lavado de activos, sospechan o tienen indicios razonables para sospechar que existen fondos vinculados o relacionados con o que pueden ser utilizados para el terrorismo, los actos terroristas o por organizaciones terroristas, se les debe obligar a que informen rápidamente de sus sospechas a las autoridades competentes.

**V. Cooperación internacional.** Cada país deberá proporcionar a otro país, sobre la base de un tratado, acuerdo o mecanismo de asistencia mutua legal o intercambio de información al máximo grado posible de asistencia en conexión con investigaciones,

informes y procedimientos criminales, civiles y administrativos relativos a la financiación del terrorismo, de los actos terroristas y de las organizaciones terroristas.

Además, los países deberían tomar todas las medidas posibles para asegurar que se denegará el refugio a los individuos acusados de financiar el terrorismo deben contar con procedimientos vigentes para extraditar, cuando sea posible, a tales individuos.

**VI. Sistemas alternativos de envíos de fondos.** Los países deberán tomar todas las medidas posibles para asegurar que las personas físicas y jurídicas, incluyendo los agentes, que brindan servicios de transmisión de dinero o títulos valores, incluyendo las transferencias a través de redes o sistemas informales, deban estar autorizadas o registradas y sujetas a todas las Recomendaciones del GAFI aplicables a los bancos y a las instituciones financieras no bancarias. Cada país deberá asegurar que a las personas físicas o jurídicas que realicen este servicio ilegalmente se les impongan sanciones administrativas, civiles o penales.

**VII. Transferencias por cable.** Los países deben tomar medidas para exigir a las instituciones financieras, incluyendo a las que se dedican al giro de dinero o títulos valores, que incluyan información adecuada y significativa sobre el ordenante (nombre, domicilio y número de cuenta) en las transferencias de fondos y mensajes relativos a ellas; dicha información debe permanecer con la transferencia o mensaje relativo a ella a través de la cadena de pago. Los países deben tomar medidas para asegurar que las instituciones financieras, incluyendo a las que se dedican al giro de dinero o títulos valores, realicen un examen detallado y vigilen las transferencias de fondos de actividades sospechosas que no contengan toda la información acerca del ordenante (nombre, domicilio y número de cuenta).

**VIII. Organizaciones sin fines de lucro.** Los países deben revisar la adecuación de las leyes y reglamentos referidos a entidades que pueden ser utilizadas indebidamente para la financiación del terrorismo. Las organizaciones sin fines de lucro son particularmente vulnerables y los países deben asegurar que no sean utilizadas ilegalmente:

- (i) por organizaciones terroristas que aparezcan como entidades legales
- (ii) para explotar entidades legales como conducto para la financiación del terrorismo incluyendo el propósito de evitar las medidas de congelamiento de activos y
- (iii) para esconder y ocultar el desvío clandestino de fondos destinados a propósitos legales hacia organizaciones terroristas.

**IX. Correos de efectivo.** Los países deberían tener medidas para detectar el transporte físico transfronterizo de dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador, incluyendo un sistema de declaración u otra obligación de revelación. Los países deberían asegurarse que sus autoridades competentes tienen la atribución legal para detener o retener dinero en efectivo e instrumentos negociables al portador que se sospecha están relacionados con el financiamiento del terrorismo o lavado de activos, o que son falsamente declarados o revelados. Los países deberían asegurarse que sanciones efectivas, proporcionadas y disuasivas estén disponibles para ser aplicadas a las personas que realizan una falsa declaración o revelación. En aquellos casos que el dinero en efectivo

o los instrumentos negociables al portador estén relacionados con el financiamiento del terrorismo o lavado de activos, los países también deberían adoptar medidas, incluyendo las legislativas, consistentes con la Recomendación 3 y la Recomendación Especial III, que habilitarán el decomiso de dicho dinero en efectivo o instrumentos.

...

**Art. 580 bis.** Cuando, de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este capítulo, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa de dos a 5 años, o del doble al cuádruple del perjuicio causado cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de 2 años de privación de libertad.

b) Multa de 6 meses a 2 años, o del doble al triple del perjuicio causado si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

Este nuevo precepto que incorpora la LO 1/2019 20 feb., extiende la responsabilidad penal de las personas jurídicas a todos los delitos comprendidos en el capítulo, responsabilidad que con anterioridad sólo era exigible en los delitos de financiación del terrorismo previsto en el art. 576.

Fue la LO 5/2010 la que incorporó la responsabilidad penal de las personas jurídicas con sanciones penales específicas para los casos en los que las personas jurídicas fueran declaradas responsables de los delitos de financiación del terrorismo, tanto si se cometían dolosamente como imprudentemente por las personas físicas. La multa es obligatoria, mientras que las restantes penas son facultativas y se imponen en atención a las reglas del art. 66 bis (disolución de la persona jurídica; suspensión de actividades hasta 5 años; clausura de locales y establecimientos hasta 5 años; prohibición temporal o definitiva de realizar en el futuro actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, contratar con el sector público y gozar de beneficios o incentivos fiscales o de la Seguridad Social hasta quince años).

La responsabilidad de las personas jurídicas también está contemplada en el ámbito preventivo-administrativo, en cuya normativa se incluyen sanciones para las mismas, tales como la revocación de la autorización administrativa para operar (sólo para infracciones muy graves), multas, amonestación pública y amonestación privada (arts. 56 a 58 de la ley 10/2010, de 28 abr., sobre prevención del blanqueo de capitales y la financiación del terrorismo y art. 6 de la ley 12/2003 sobre bloqueo de la financiación del terrorismo).



