

CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Alcalá

Circulares

CIRCULAR 1/2011, RELATIVA A LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS CONFORME A LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL EFECTUADA POR LEY ORGÁNICA NÚMERO 5/2010

SUMARIO: I. Introducción.–II. Las personas jurídicas responsables penales. Los entes colectivos sin responsabilidad penal: II.1 Entes colectivos dotados de personalidad jurídica. II.2 Exclusiones: Personas jurídicas de Derecho público. II.3 Régimen de atribución de la responsabilidad de las personas jurídicas en caso de transformación, fusión, absorción y escisión. II.4 Algunos supuestos de entidades colectivas de características peculiares.–III. La responsabilidad penal de la persona jurídica en el nuevo artículo 31 bis del Código Penal: III.1 Consideraciones generales. III.2 El párrafo primero del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal. III.3 El párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal. III.4 Circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de las personas jurídicas.–IV. La responsabilidad penal de las personas jurídicas en la parte especial del Código Penal. Catálogo de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas. Ámbito de aplicación del artículo 129 del Código Penal.–V. Las penas de la persona jurídica: El artículo 33.7 del Código Penal. Reglas de aplicación penológica. Medidas cautelares. Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal: V.1 La pena de multa. V.2 La pena de disolución de la persona jurídica. V.3 La pena de suspensión de las actividades de la persona jurídica. V.4 La pena de clausura de locales y establecimientos. V.5 La prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito. V.6 Las diferentes penas de inhabilitación administrativa. V.7 La pena de intervención judicial. V.8 Reglas penológicas. Medidas cautelares. Las consecuencias accesorias.–VI. Cuestiones procesales que suscita la reforma: VI.1 Sobre la necesidad de la reforma procesal. VI.2 La persona jurídica en el proceso penal. VI.3 Postulación y Derecho

a la justicia gratuita. VI.4 Derecho al intérprete. VI.5 Diligencias con origen en procedimientos o actuaciones previas de carácter administrativo. VI.6 Principio acusatorio. VI.7 Legitimación activa. VI.8 Diligencias de investigación del Ministerio Fiscal. VI.9 Iniciación del proceso e interrupción de la prescripción. VI.10 La pretensión civil. VI.11 Competencia objetiva y funcional. VI.12 Incoación de piezas separadas. VI.13 Diligencias restrictivas de derechos fundamentales. VI.14 Régimen de recursos. Cosa juzgada. VI. 15 Ejecución de las penas impuestas a la persona jurídica.–VII. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigor el pasado 23 de diciembre de 2010 de la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010, el Derecho español deja atrás, parece que de forma definitiva, el axioma *societas deliquere non potest*, para algunos ciertamente erosionado ya por las previsiones de los artículos 129 y 31.2 del Código Penal, en su redacción anterior a esta última modificación.

La Exposición de Motivos de la Ley sustituye la explicación de las razones de política criminal que motivan la inclusión en el Código Penal de un modelo de responsabilidad criminal de las personas jurídicas, por una escueta apelación al necesario cumplimiento de las obligaciones que se derivan de los tratados internacionales y del denominado Derecho Penal de la Unión Europea, aun cuando de ninguno de ellos se puede extraer la obligatoriedad de atribuir genuina responsabilidad penal a las corporaciones, constituyendo otras opciones posibles la imposición de sanciones administrativas, medidas de seguridad u otras consecuencias jurídico-penales de naturaleza diferente a las penas.

En cualquier caso, las nuevas previsiones legales en la materia parecen encontrar su principal fuente de inspiración en una serie de instrumentos de política criminal internacional, algunos de ellos antiguos, entre los que destacan la Recomendación 18/88 de 20 de octubre del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, la Convención de Bruselas de 26 de mayo de 1997 sobre la lucha contra la corrupción en el ámbito de la función pública de la Unión Europea, la Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre terrorismo, la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, actualmente sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho Penal y las Decisiones Marco de la Unión Europea 2005/222 sobre ataques a los sistemas informáticos, la 2004/757 sobre punición del tráfico de drogas y la Decisión Marco 2004/68 sobre explotación sexual y pornografía infantil, entre otras, además de la Convención y los Protocolos de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional.

Al margen de las dificultades técnicas –sustantivas y procesales– que plantea esta reforma, la realidad proporciona muestras de la existencia de un grave fenómeno al que los ordenamientos jurídicos están obligados a dar respuesta. Un estudio relativamente reciente del Max-Planck-Institut für Ausländisches und Internationales

Strafrecht (Instituto Max-Planck para el Derecho Penal Extranjero e Internacional) puso de relieve que ya entre los años 1974 y 1985, más del 80% de los delitos susceptibles de ser encuadrados en lo que se ha dado en llamar el Derecho Penal Económico, se cometían a través de empresas.

El problema reviste además tintes estructurales, en la medida en que la propia naturaleza de las corporaciones puede facilitar la aparición de conductas desviadas por parte de quienes las dirigen y sus empleados. En este contexto, el Derecho Penal se enfrenta a dificultades específicas, tanto en el proceso de adscripción de la responsabilidad individual, como en relación con los efectos preventivos de la sanción.

En cuanto a lo primero, a nadie escapa que el sistema de organización del trabajo por medio de organigramas de distribución vertical y horizontal de las tareas –en un fenómeno que la doctrina ha dado en llamar de la irresponsabilidad organizada– dificulta la investigación y proporciona oportunidades adicionales de lograr la impunidad o el deslizamiento de la responsabilidad hacia los niveles más bajos de la estructura jerárquica empresarial. En otros casos, detectada la infracción penal y comprobados sus efectos beneficiosos para una determinada compañía, la ventaja obtenida es sistemáticamente superior a las consecuencias gravosas derivadas del delito, en ocasiones solo soportadas por utilísimos chivos expiatorios entregados a tal fin, con o sin su aquiescencia. En este mismo sentido, quizá sea bueno recordar la tradicional insuficiencia de la acción civil para restablecer el orden subvertido por medio del delito atribuible únicamente a las personas físicas, al estar dicha acción necesariamente limitada a la obtención de un resarcimiento por el mal causado que bien pudiera tener un coste económico muy inferior al potencial beneficio obtenido con la infracción penal. A ello se añade la conveniencia de poner fin a la bienintencionada pero inaceptable tendencia a atraer el patrimonio de la sociedad al ámbito de la responsabilidad civil subsidiaria exigible en el proceso penal mediante la imputación, a veces algo forzada, de las personas físicas.

Tampoco se satisfacen las necesidades preventivas relacionadas con la responsabilidad de los entes corporativos con las previsiones del artículo 31 del Código Penal. Como es sabido, con la inclusión de dicho precepto en el Código Penal de 1995 se acoge una solución prácticamente coincidente con la del pre-vigente artículo 15 bis del Código Penal de 1973 introducido en dicho texto legal por medio de la Ley Orgánica 8/1983 de 25 de junio de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal –inspirado a su vez en el § 14 del St.G.B. alemán– si bien el vigente artículo 31 de nuestro Código añade la alusión a la representación de personas físicas, no prevista en el antiguo artículo 15 bis, que solo se refería a la representación de personas jurídicas.

Por otra parte, ni el artículo 15 bis ni el vigente artículo 31 del Código Penal se concibieron con el propósito de determinar la autoría en los delitos cometidos en el marco de las personas jurídicas, fijando una regla según la cual, de dichas infracciones deban responder sus directivos o representantes, sino que su genuino objeto fue colmar las lagunas de punibilidad existentes en relación con los delitos especiales propios, realizando una extensión del tipo o de la autoría en dichas infracciones al asignar al representante persona física las específicas condiciones personales exigidas para ser autor de la infracción, aun cuando dichas condiciones no se den en él y sí en la persona física o jurídica a la que representa. En este sentido, sirva de ejemplo la condición de obligado tributario en una defraudación penalmente relevante del Impuesto sobre Sociedades, que, caso de no existir el artículo 31 del Código Penal, difícilmente se podría predicar del representante, pues siguiendo con el símil anterior, el obligado en dicho tributo no es él, sino la persona jurídica.

Así pues, por medio del artículo 31 del Código Penal se resuelven las situaciones en las que se produce una disociación entre quien actúa, el representante, y quien

ostenta la cualidad que el tipo exige al sujeto activo del delito, el representado, ya se trate de una persona física o jurídica. En consecuencia, en el contexto de un Derecho penal como actualmente ya es el nuestro, en el que se admite la responsabilidad de las personas jurídicas, sigue resultando necesaria la previsión expresa de las actuaciones en nombre de otro que efectúa el artículo 31 del Código Penal, haciendo viable la atribución de responsabilidad penal a una persona física, que, no obstante haber lesionado un bien jurídico de forma merecedora de pena, no encajaría en el tipo penal por carecer de la cualificación necesaria para poder ser considerado autor del delito especial propio.

Es cierto que en un primer momento se vinculó de forma errónea el originario artículo 15 bis del Código Penal de 1973 con la cuestión de la responsabilidad de y en las personas jurídicas. Sin embargo, la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo y el propio Tribunal Constitucional se encargaron en su día de centrar en sus justos límites la aplicación del precepto, despojando su vigencia práctica de cualquier tentación de objetivación de la responsabilidad. Más recientemente, y pese a algún supuesto aislado en el que dio la impresión de que el inicial equívoco volvía a hacer acto de presencia –en este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo número 1828/2002, de 25 de octubre–, la jurisprudencia se ha encargado de despejar cualquier incógnita acerca del verdadero sentido del vigente artículo 31 del Código Penal.

En efecto, la Sentencia del Tribunal Supremo número 816/2006, de 26 de junio, sintetiza la interpretación actual de la cuestión, cuando se expresa en los términos siguientes: «... su incorporación al Código [se refiere a la del anterior artículo 15 bis] no vino en modo alguno a introducir una regla de responsabilidad objetiva que hubiera de actuar indiscriminada y automáticamente, siempre que, probada la existencia de una conducta delictiva cometida al amparo de una persona jurídica, no resulte posible averiguar quiénes, de entre sus miembros, han sido los auténticos responsables de la misma, pues ello sería contrario al derecho a la presunción de inocencia, sino obviar la impunidad en que quedarían las actuaciones delictivas perpetradas bajo el manto de una persona jurídica por miembros de la misma perfectamente individualizables, cuando, por tratarse de un delito especial propio, es decir, de un delito cuya autoría exige necesariamente la presencia de ciertas características, éstas únicamente concurrir en la persona jurídica y no en sus miembros integrantes. La introducción del artículo 15 bis del Código Penal tuvo el sentido de conceder cobertura legal a la extensión de la responsabilidad penal en tales casos, y solo en ellos, a los órganos directivos y representantes legales o voluntarios de la persona jurídica, pese a no concurrir en ellos, y sí en la entidad en cuyo nombre obraren, las especiales características de autor requeridas por la concreta figura delictiva. Más, una vez superado así el escollo inicialmente existente para poderles considerar autores de la conducta típica del citado precepto, no cabe inferir que no hayan de quedar probadas, en cada caso concreto, tanto la real participación en los hechos de referencia como la culpabilidad en relación con los mismos».

Con la responsabilidad penal de las personas jurídicas se completa el círculo de la respuesta punitiva del Estado frente al potencial criminógeno, la capacidad de amplificación del daño y el aseguramiento de la impunidad que pueden derivarse del mal uso de las formas colectivas dotadas de personalidad jurídica. Desde el punto de vista procesal, se garantiza que las corporaciones con auténtica actividad y estructura organizativa –que habitualmente engloban intereses de titularidad diversa y en ocasiones contrapuestos–, puedan ejercer la más amplia defensa en el proceso frente a quienes cometan el delito alegando actuar en su nombre, por su cuenta y en su provecho. La introducción del nuevo artículo 31 bis en el Código Penal constituye así una

opción susceptible de dar mejor respuesta a situaciones como las apuntadas, restableciendo la plena vigencia de la norma y fortaleciendo la eficacia de los resortes de la prevención general y especial, al tiempo que se robustece la eficacia del Derecho penal también en la determinación y sanción de las responsabilidades de tipo individual.

En último término, y si bien es cierto que la cuestión no debe resolverse apelando a un positivismo meramente formal –pues se trata de una materia que puede llevar implícitas profundas implicaciones dogmáticas–, la realidad es que, en un Estado Constitucional como el nuestro, el hecho de que el delito sea obra del ser humano, de la persona jurídica o de ambos, no se debe a razones ontológicas ni a la propia naturaleza de las cosas, sino a una decisión de Derecho positivo como principal herramienta, que lo es, de impulso y concreción de una determinada política criminal.

Inexplicablemente, la reforma no se ha acompañado de previsión procesal alguna, siquiera mínima, que resuelva algunos de los problemas que pueden generarse en la práctica en relación con el estatuto jurídico de la persona jurídica como sujeto pasivo del proceso penal. Como consecuencia de ello y para evitar que la nueva Ley se convierta en papel mojado, los operadores jurídicos se encuentran ahora enfrentados a la tarea de reinterpretar e integrar la normativa procesal existente sin menoscabo de las garantías propias del Derecho Penal y con pleno respeto al principio de legalidad procesal previsto en el artículo 1 de la LECrim.

En el momento de elaborar este trabajo existe ya un borrador de texto articulado que se quiere incorporar al Proyecto de Ley de medidas de agilización procesal en el que se prevén algunas muy limitadas reformas en la LECrim y en la LOPJ en relación con esta específica cuestión. Sin embargo, el contenido último de dicho texto resulta a día de hoy imprevisible por cuanto se encuentra pendiente de tramitación parlamentaria y su actual redacción, que lamentablemente no ha pasado a informe del Consejo Fiscal, puede ser objeto de enmiendas.

La presente Circular –sin pretensión de exhaustividad y consciente de las dificultades propias del abordaje de una normativa totalmente nueva y de repercusiones prácticas aún desconocidas–, pretende proporcionar a los Sres. Fiscales algunas primeras pautas exegéticas y aplicativas del nuevo sistema, en un intento de anticipar los problemas y facilitar soluciones uniformes que garanticen el principio de unidad de actuación del Ministerio Público, sin perjuicio de reconocer que el futuro rodaje de los nuevos preceptos pondrá sobre la mesa, sin duda, un buen número de nuevas cuestiones más allá del contenido de las siguientes páginas.

II. LAS PERSONAS JURÍDICAS RESPONSABLES PENALES. LOS ENTES COLECTIVOS SIN RESPONSABILIDAD PENAL

El precepto central de la reforma en cuanto afecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas es el nuevo artículo 31 bis del Código Penal, que establece lo siguiente:

«1. En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho. En los mismos supuestos, las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de

las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Por otra parte, el artículo 129 del Código Penal, relativo ahora a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica, queda redactado como sigue:

«1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito,

con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.»

Así pues, y en primer término, deben realizarse una serie de precisiones en orden a determinar qué entes colectivos están dotados de personalidad jurídica en nuestro ordenamiento, cuáles de entre ellas son susceptibles de incurrir en responsabilidad penal y qué previsiones reserva la reforma para las entidades carentes de dicha personalidad.

II.1 Entes colectivos dotados de personalidad jurídica

La reforma del Código Penal no facilita una definición de la persona jurídica penalmente responsable. Tampoco resulta útil en este sentido la enumeración contenida en el artículo 297 del Código Penal, por cuanto además de hacer referencia fundamentalmente a las sociedades de naturaleza mercantil, su aplicación se circunscribe al Capítulo XIII del Título XIII del Código Penal relativo a los Delitos societarios.

Según expresa el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 11/1998 de 2 de junio, la persona jurídica solo puede ser rectamente concebida si se la conceptúa como un instrumento más de los que el Derecho pone al servicio de las personas físicas para que puedan actuar en el tráfico jurídico y alcanzar los más diversos fines de interés público y privado reconocidos por el propio ordenamiento.

Por consiguiente, para obtener el concepto de persona jurídica, de perfiles sin duda más amplios que el contenido en el citado artículo 297 del Código Penal, habremos de remitirnos a la legislación civil, mercantil y al Derecho societario. En ese sentido, y en primer término, el artículo 35 del Código Civil establece que:

Son personas jurídicas:

1. Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la Ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a derecho, hubiesen quedado válidamente constituidas.

2. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la Ley conceda personalidad propia, independiente de la de cada uno de los asociados. Por su parte, en cuanto respecta a las sociedades mercantiles, el artículo 116 del Código de Comercio, regula el denominado «... contrato de compañía, por el cual dos o más personas se obligan a poner en fondo común bienes, industria o alguna de estas cosas, para obtener lucro, [que] será mercantil, cualquiera que fuese su clase, siempre que se haya constituido con arreglo a las disposiciones de este Código», previendo además que «Una vez constituida la compañía mercantil, tendrá personalidad jurídica en todos sus actos y contratos».

En cuanto a los requisitos constitutivos de las diferentes formas asociativas y societarias reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico, habrá de atenderse, en

cada caso, a lo previsto en el Código Civil, el Código de Comercio y el Real Decreto Legislativo 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Sociedades de Capital (en adelante, LSC). Conforme al artículo 20 de esta última norma, la constitución de las ahora llamadas sociedades de capital –cuya presencia es quizá la más frecuente en la práctica– exigirá escritura pública que deberá inscribirse en el Registro Mercantil, mientras el artículo 33 prevé que la sociedad adquiere la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido con su inscripción.

Así pues, los nuevos sujetos pasivos del proceso penal, potenciales responsables de ilícitos de esa naturaleza, son las personas jurídico privadas de Derecho civil y mercantil y algunas personas jurídico públicas, constituyendo la ostentación de personalidad jurídica un primer filtro en este sentido, de modo que para aquellos otros entes colectivos que carezcan de la misma, se ha previsto un régimen diverso –de aplicación potestativa– en el artículo 129 del Código Penal según redacción del precepto dada por la Ley Orgánica 5/2010, corregida en algún extremo por Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General.

En nuestro sistema, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no se ha hecho depender de su nacionalidad, si bien las entidades extranjeras, conforme prevé el artículo 9.11 del Código de Comercio, se rigen por su Ley personal, esto es, la determinada por su nacionalidad, en todo lo relativo a su capacidad, constitución, representación, funcionamiento, transformación, disolución y extinción. Para determinar pues la personalidad jurídica de las entidades extranjeras, habrá que estar a la legislación nacional que les sea propia.

Asimismo, resultan de aplicación los criterios relativos a los límites espaciales de la Ley penal coincidentes con el ámbito de la jurisdicción, y por tanto, y con carácter general, los establecidos en el artículo 23 LOPJ.

No obstante lo dicho hasta este momento, en los casos en los que se detecte la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio, etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación –el ejemplo más clásico y nutrido lo encontramos en las sociedades trucha de las tramas de defraudación del IVA–, nada obsta a recurrir bien a la figura de la simulación contractual, bien a la doctrina del levantamiento del velo –que en sede penal constituye básicamente un recurso de búsqueda de la verdad material–, a los efectos de aflorar a las personas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad pantalla. Así, aun a pesar de que desde el punto de vista estrictamente formal, una empresa pantalla puede gozar de personalidad jurídica y por tanto, ser potencial responsable de conductas delictivas conforme al artículo 31 bis del Código Penal, en los aludidos supuestos de abuso de la forma social, se ajustarán más a la realidad las opciones apuntadas en la medida en que posibilitan la imputación directa de las personas físicas por los delitos cometidos tras el manto de opacidad que otorga la sociedad ficticia.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo número 274/96 acudió a la doctrina del levantamiento del velo para imputar un delito tributario a una persona física que no era el obligado formal, pero que desde una perspectiva fáctica se había servido de la personalidad jurídica, abusando de ella para eludir sus obligaciones y ocultar su condición de administrador de hecho. La resolución destacaba que «ni el régimen de transparencia fiscal ni ningún otro instituto fiscal o mercantil impiden a los tribunales penales levantar el velo societario para tener conocimiento de la realidad económica subyacente». Según la misma resolución, al aplicar la doctrina del levantamiento del velo se trata únicamente de reconocer que «las posiciones formales

de una persona, dentro o fuera de una sociedad, no pueden prevalecer sobre la realidad económica que subyace a la sociedad».

Igualmente, la Sentencia del Tribunal Supremo número 952/2006, de 10 de octubre, autoriza la aplicación de la doctrina del levantamiento del velo como plenamente procedente a la vista de que, en el caso concreto, la sociedad era simple apariencia o pantalla, y con más razón en un área o rama jurídica como el Derecho punitivo en el que rige el principio de averiguación de la verdad material. En similares términos, la Sentencia número 986/2005, de 21 de julio, del mismo Tribunal, declara aplicable la doctrina sobre el levantamiento del velo en la medida en que proscribe la prevalencia de la personalidad jurídica que se ha creado, si con ello se comete fraude de Ley o se perjudican derechos de terceros por medio de la utilización como escudo del ente social ficticio como algo pretendidamente distinto de sus elementos personales constitutivos.

La anterior interpretación no colisiona con la norma penológica prevista en la letra b) de la circunstancia 2.ª del artículo 66 bis del Código Penal, cuando establece que «la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales», por cuando el propio legislador define el supuesto aludiendo a los casos en que «la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal», y aquellos a los que se hace mención más arriba se refieren a entidades colectivas sin actividad, —en el ejemplo de las sociedades trucha de las tramas de IVA, aquellas no desarrollan ninguna actividad, no son las sociedades interpuestas quienes realmente compran y/o venden—, siendo utilizadas como meras titularidades formales de las obligaciones tributarias y como eficaces parapetos tras los que se oculta la actividad delictiva de los particulares, cuya conducta, siguiendo con el mismo ejemplo, puede recibir cumplida respuesta por medio de la aplicación de los artículos 31 y 305.1 a) del Código Penal.

Por otra parte, en aquellos otros casos en los que se produzca una identidad absoluta y sustancial entre el gestor y la persona jurídica, de modo tal que sus voluntades aparezcan en la práctica totalmente solapadas, sin que exista verdadera alteridad ni la diversidad de intereses que son propias de los entes corporativos —piénsese en los negocios unipersonales que adoptan formas societarias—, resultando además irrelevante la personalidad jurídica en la concreta figura delictiva, deberá valorarse la posibilidad de imputar tan solo a la persona física, evitando la doble incriminación de la entidad y el gestor que, a pesar de ser formalmente posible, resultaría contraria a la realidad de las cosas y podría vulnerar el principio *non bis in idem*.

II.2 Exclusiones: Personas jurídicas de Derecho público

El Código Penal establece en el apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal que una serie de entes colectivos dotados de personalidad jurídica, no estén sujetos a responsabilidad penal:

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

En estos supuestos, los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que se trata de una forma jurídica

creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal.»

La norma transcrita opta en este caso por el establecimiento de una regla general que excluye la responsabilidad penal de ciertas personas jurídicas de Derecho público, y una excepción a la misma consistente en permitir su sanción si se aprecia que tales formas jurídicas han sido creadas con el propósito de eludir una responsabilidad penal.

La exclusión del Estado es común en la mayor parte de los ordenamientos de los países de nuestro entorno y tiene su justificación en la incongruencia que supone hacer responder al Estado, titular del *ius puniendi*, frente a sí mismo.

Las Agencias Estatales están reguladas en la Ley 28/2006, de 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos (LAE) y en la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (LOFAGE); por otra parte, constituyen ejemplos de Organismos Reguladores la Comisión Nacional del Mercado de Valores, la Comisión Nacional de la Energía, la Comisión Nacional de la Competencia y la Comisión Nacional del Sector Postal.

Las Entidades Públicas Empresariales se definen en el artículo 166 de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) y tienen esta naturaleza, entre otras, el Administrador de Infraestructuras Ferroviarias (ADIF), el Centro para el Desarrollo Tecnológico Industrial (CDTI) y la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre (FNMT).

En cuanto a la expresión organizaciones que ejerzan potestades públicas de soberanía y administrativas, parece remitir a los Organismos Autónomos regulados en la propia Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

La interpretación teleológica del precepto obliga a entender que esta exclusión –cuya dicción resulta manifiestamente mejorable– afecta a las organizaciones no en todo caso, sino exclusivamente en el marco de su actividad en el ejercicio de las funciones de soberanía o administrativas, lo que enlaza con la preservación del ejercicio de la función pública que está en el espíritu de todo el precepto.

En coherencia con lo anterior y a falta de mención expresa, no puede considerarse excluida con carácter general la responsabilidad penal de los Colegios Profesionales y las demás Corporaciones de Derecho Público, por cuanto constituyen cuerpos intermedios de configuración bifronte que tienen entre sus fines primordiales la defensa de intereses privados, aunque comunes, a los miembros de un determinado sector económico o profesional, de modo que participan en tareas de naturaleza pública en mayor o menor medida, con un grado variable de asimilación de sus actos al régimen administrativo, lo que aconseja efectuar en este sentido una valoración jurídica casuística.

En el caso de las sociedades estatales, no bastará con que cumplan el requisito de tener participación mayoritaria estatal conforme a la Ley 6/1997, de 20 de abril, de Funcionamiento y Organización de la Administración General del Estado, sino que deberán ejecutar políticas públicas o prestar servicios de interés económico general, de modo que resulta preciso de nuevo atender al supuesto concreto. La misma interpretación teleológica a la que se hacía referencia con anterioridad, obliga a efectuar aquí una exégesis extensiva del concepto Estado, entendiendo por tal todo aquello que lo es, y por tanto también la Comunidad Autónoma, la Provincia y el Municipio. En ese sentido, y aun cuando no se hace una mención específica, deberán entenderse excluidas de responsabilidad penal, en las condiciones ya apuntadas, las sociedades autonómicas, provinciales y locales.

Se excluye también del régimen de responsabilidad a los partidos políticos, sometidos al sistema sancionatorio previsto en la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio, de Partidos Políticos, y a los sindicatos, como consecuencia de las funciones constitucionales que ambos están llamados a cumplir y siempre que no sean constituidos con las intenciones a que hace referencia expresa el último párrafo del precepto. La norma no menciona a las organizaciones empresariales, que por tanto se deben entender potenciales responsables penales.

Por último el precepto establece que los órganos jurisdiccionales podrán efectuar declaración de responsabilidad penal en el caso de que aprecien que alguna de las anteriores se trata de una forma jurídica creada por sus promotores, fundadores, administradores o representantes con el propósito de eludir una eventual responsabilidad penal, en alusión a los supuestos en los que se utilice la personalidad jurídico-pública como medio o instrumento a través del cual sortear la responsabilidad penal.

II.3 Régimen de atribución de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en caso de transformación, fusión, absorción o escisión

El apartado 2 del artículo 130 del Código Penal, prevé lo siguiente:

«La transformación, fusión, absorción o escisión de una persona jurídica no extingue su responsabilidad penal, que se trasladará a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y se extenderá a la entidad o entidades que resulten de la escisión. El Juez o Tribunal podrá moderar el traslado de la pena a la persona jurídica en función de la proporción que la persona jurídica originariamente responsable del delito guarde con ella.

No extingue la responsabilidad penal la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica. Se considerará en todo caso que existe disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica cuando se continúe su actividad económica y se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, o de la parte más relevante de todos ellos.»

De la simple lectura del precepto se desprende que en lo que respecta a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se da mayor importancia al sustrato organizativo de la propia entidad que a consideraciones meramente formales, lo que resulta lógico, teniendo en cuenta el dinamismo consustancial a las figuras corporativas. El precepto trata de evitar la elusión de la responsabilidad penal por medio de operaciones de transformación, fusión, absorción o escisión.

Sí se tiene en consideración la disolución encubierta o meramente aparente de la persona jurídica, de modo que se evita la impunidad en los clásicos supuestos de sucesión de empresas, para cuya detección la propia norma facilita una serie de criterios económicos y organizativos que habrán de ser objeto de la necesaria actividad probatoria. Así pues, cuando la persona jurídica trate de eludir su responsabilidad penal por medio de mecanismos tan particularmente lesivos para los intereses de trabajadores y acreedores como su disolución preordenada a tal fin y/o ficticia, los Sres. Fiscales, valorando las concretas circunstancias del caso, podrán solicitar del juez la adopción de la medida cautelar de intervención judicial de la corporación, conforme a lo previsto en el último párrafo del artículo 33.7 del Código Penal.

No se menciona sin embargo la disolución real de la sociedad, que parece equipararse así a la muerte de la persona física, de modo que habiendo desaparecido realmente los presupuestos inherentes a la existencia corporativa, no podría exigirse la sujeción a la responsabilidad penal. A este respecto, debe tenerse en consideración

que el artículo 371 de la LSC prevé que con la disolución de la sociedad se abre el período de liquidación y que la sociedad disuelta conserva su personalidad jurídica mientras dicha liquidación se realiza, debiendo añadir durante ese tiempo la expresión en liquidación a su denominación.

II.4 Algunos supuestos de entidades colectivas de características peculiares

Por lo que respecta a las diferentes figuras asociativas y societarias reconocidas en nuestro ordenamiento jurídico, existen en la práctica una serie de supuestos sobre los que pueden existir dudas respecto de su personalidad jurídica. Sirvan como ejemplo las siguientes:

a) Sociedades secretas:

Según el artículo 1665 del Código Civil, el de sociedad es un contrato, por el cual, dos o más personas se obligan a poner en común dinero, bienes, o industria, con ánimo de partir entre sí las ganancias. Conforme al artículo 1667 del Código, la sociedad civil se podrá constituir en cualquiera forma, salvo que se aportaren a ella bienes inmuebles o derechos reales, en cuyo caso será necesaria la escritura pública. Sin embargo, prevé el artículo 1669 del Código Civil que carecen de personalidad jurídica aquellas cuyos pactos se mantengan secretos entre los socios, y en que cada uno de éstos contrate en su propio nombre con los terceros, en cuyo caso, se registrarán por las disposiciones relativas a la comunidad de bienes. Por consiguiente, el vínculo societario preexistente habrá de ser público y notorio, de tal modo que cualquiera que contrate con la sociedad conozca a ciencia cierta con quién se está comprometiendo al asumir sus obligaciones y derechos, en cuyo caso, la sociedad constituida estará dotada de personalidad jurídica, siendo potencial responsable penal conforme al artículo 31 bis del Código Penal. En el supuesto de mantenerse oculta, carecerá de dicha personalidad y le será de aplicación el régimen previsto en el artículo 129 del Código Penal.

b) Sociedades mercantiles y/o de capital en formación y sociedades devenidas irregulares:

El artículo 20 de la LSC establece que «La constitución de las sociedades de capital exigirá escritura pública, que deberá inscribirse en el Registro Mercantil». En el artículo 33 del mismo texto legal se dice que con la inscripción registral la sociedad adquiere la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido.

Así pues, y a diferencia de lo que ocurría en la regulación anterior, la Ley de Sociedades de Capital dedica dos preceptos diferentes a esta cuestión, uno, el artículo 20, donde se recogen los requisitos de constitución, y otro, el artículo 33, ubicado en otro capítulo de la Ley, en el que se prevén los efectos de la inscripción, esto es, la adquisición de la personalidad jurídica correspondiente al tipo social elegido.

Aun cuando la Ley sigue sin resolver de forma clara y terminante la polémica doctrinal y jurisprudencial que tradicionalmente se ha mantenido en relación con la eficacia del acuerdo social antes de su inscripción en el Registro Mercantil, un importante sector de la doctrina civilista entiende que el artículo 20 de la LSC tiene como objeto determinar los requisitos para la adquisición –primero provisional, cuando se otorga la escritura pública, y luego definitiva– de la condición de sociedad de capital. Desde este punto de vista, con la escritura pública en la que conste la elección por uno de estos tipos de sociedad, anónima, comanditaria por acciones o de responsabilidad limitada, la sociedad que se constituye adquiere la condición de sociedad de capital, y

en cuanto sujeto autónomo de derecho, puede adquirir bienes y derechos y contraer obligaciones (artículo 38 del Código Civil). La sociedad en formación goza así de personalidad jurídica general, sin perjuicio del régimen jurídico complementario previsto por la LSC en su artículo 37.

Sin embargo, la adquisición de la condición de sociedad de capital en los aludidos términos tiene un carácter transitorio, por cuanto, conforme prevé el artículo 39 de la LSC, relativo a las denominadas sociedades devenidas irregulares, «una vez verificada la voluntad de no inscribir la sociedad [en el Registro Mercantil] y, en cualquier caso, transcurrido un año desde el otorgamiento de la escritura sin que se haya solicitado su inscripción, se aplicarán las normas de la sociedad colectiva o, en su caso, las de la sociedad civil si la sociedad en formación hubiera iniciado o continuado sus operaciones», de modo que por imperativo de la norma y a falta de la inscripción registral, se produce la conversión de la sociedad originariamente de capital en uno de los dos tipos generales de sociedad establecidos en el ordenamiento jurídico, civil o colectiva, según que hubiere o no iniciado o continuado sus operaciones. La anterior interpretación es coherente y da sentido al tenor literal del artículo 33 de la LSC cuando establece que con la inscripción la sociedad adquirirá la personalidad jurídica que corresponda al tipo social elegido.

A tenor de lo expuesto, el matiz diferenciador está en que, mientras las sociedades colectivas pueden permanecer irregulares por tiempo indefinido y continúan siendo tales aunque no se inscriban, las de capital solo pueden permanecer irregulares por tiempo determinado, y pierden esa condición en caso de no producirse la inscripción en el plazo legalmente previsto. Así pues, no es el nacimiento del nuevo ente jurídico lo que está condicionado a la inscripción, sino su subsistencia como tal sociedad de capital.

A mayor abundamiento, el régimen de la irregularidad en nuestro ordenamiento jurídico consagra el reconocimiento de la personalidad jurídica de la sociedad no inscrita o irregular, de modo que la falta de inscripción no afecta a la personalidad jurídica, sino estrictamente al régimen de publicidad de la entidad. En ese sentido, la Sentencia de la Sala Primera del Tribunal Supremo núm. 919/2002, de 11 de octubre, argumenta que «En cuanto a la existencia de la sociedad mercantil irregular es de tener en cuenta la doctrina jurisprudencial recogida en la sentencia de 8 de julio de 1993 que cita las de 3 de abril, 11 de junio y 6 de noviembre de 1991, según la cual desde el momento que los contratantes se obligaron a poner en común determinados bienes con intención de obtener un lucro, ello denota la existencia de la sociedad de naturaleza mercantil.»

Por consiguiente, tanto las sociedades en formación como las devenidas irregulares, están dotadas de personalidad jurídica, y por tanto, pueden ser potenciales responsables penales conforme a las previsiones del artículo 31 bis del Código Penal.

c) Grupos de sociedades y Uniones temporales de empresas, (UTE's):

El artículo 18 de la LSC establece que en el grupo de sociedades una de ellas es dominante con respecto a otra u otras, entendiéndose por tal aquella que ostente o pueda ostentar directa o indirectamente el control de otra u otras, lo que se presume siempre que concorra alguno de los supuestos que se contemplan en la remisión que la Ley hace al artículo 42 del Código de Comercio; el grupo como tal carece de personalidad jurídica.

Más específicamente, y conforme a los artículos 7.2 y 8 de la Ley 16/1982, de 26 de mayo, sobre régimen fiscal de agrupaciones y Uniones Temporales de Empresas y de las Sociedades de desarrollo industrial, las uniones temporales de empresas también carecen de personalidad jurídica propia distinta de la de sus miembros, ya que se

configuran como un sistema de colaboración entre empresarios de duración temporal y para la ejecución de una obra o la prestación de un servicio o suministro. Así pues, a las UTE's no les es de aplicación el artículo 31 bis del Código Penal y sí el artículo 129 del mismo texto legal, sin perjuicio de que las sociedades que las integran, individualmente consideradas, sí pueden ser penalmente responsables.

Con carácter general, el artículo 129 conforme a la nueva redacción dada por la reforma –y sin perjuicio de las particularidades del precepto que son analizadas en los apartados de esta Circular relativos a los catálogos de delitos y de sanciones–, resulta de aplicación a las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas sin personalidad jurídica.

III. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LA PERSONA JURÍDICA EN EL NUEVO ARTÍCULO 31 BIS DEL CÓDIGO PENAL

III.1 Consideraciones generales

El modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas diseñado por el legislador español se concentra principalmente en el nuevo artículo 31 bis del Código Penal. Además, la Ley Orgánica 5/2010 establece un catálogo de sanciones específicas para las corporaciones y una serie de reglas penológicas a las que nos referimos en otros apartados de esta Circular, deroga el apartado 2 del artículo 31 en su redacción anterior y modifica la redacción del artículo 129 del Código Penal, al que también se hace repetida alusión a lo largo de estas páginas.

Tras los ensayos que los dos últimos preceptos mencionados supusieron en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas, generadores de gran cantidad de literatura y una muy escasa aplicación práctica, el nuevo artículo 31 bis del Código Penal opta por atribuir verdadera responsabilidad penal a la persona jurídica, que por consiguiente, accede al proceso penal como sujeto pasivo del mismo y es potencial destinataria de una pena.

En el espacio europeo, y particularmente en esta materia, se ha producido la confluencia, sin duda enriquecedora, de algunos de los planteamientos clásicos del Derecho anglosajón y el continental. Como veremos a continuación, por medio del recurso a un modelo que recuerda en lo esencial a las soluciones adoptadas, *mutatis mutandi*, por países como el Reino Unido y Francia, el precepto asume las particularidades que distinguen a las personas jurídicas y realiza un esfuerzo –desatendido sin embargo por buena parte de la doctrina científica– por mantener intactas nuestras categorías dogmáticas tal y como las conocemos, de modo que su aplicación no obliga a generar una nueva teoría general del delito de las corporaciones, empresa tan solo esbozada tímidamente por algunos autores y que, a día de hoy, se antoja de resultados francamente inciertos.

Así pues, cuando el párrafo primero del número 1 del artículo 31 bis del Código Penal establece que «las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho», el legislador español dibuja un sistema de heteroresponsabilidad penal o de responsabilidad de las personas jurídicas de naturaleza indirecta o subsiguiente, en la medida en que se hace responder a la corporación de los delitos cometidos por las personas físicas a las que el precepto se refiere.

En ese sentido, este primer párrafo presenta importantes similitudes con el tenor del artículo 121.1 del Código Penal francés conforme a su redacción dada por Ley de 9 de marzo de 2004, en el que también se hace responder a la corporación por los hechos de sus gestores, en una construcción que se ha dado en llamar muy gráficamente responsabilidad del hecho personal por representación, que es a su vez el asumido, con algunos matices, por uno de los dos supuestos de autoría característicos de las Directivas de la Unión Europea en esta materia.

Contra lo que pudiera desprenderse de una lectura apresurada del precepto, ese mismo mecanismo normativo se mantiene en lo sustancial en el párrafo segundo del apartado 1 cuando dice que «... las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso», donde de nuevo se prevé un sistema de heterorresponsabilidad construido sobre la base de las específicas exigencias contenidas en el precepto que, en lo esencial, obedecen a una construcción jurídica análoga a la del primer párrafo, lo que impide entender que este segundo supuesto se ajuste a un modelo *sui generis* de responsabilidad directa de la corporación o de la llamada culpabilidad de la empresa.

Se trata, por tanto, de una responsabilidad que si bien no es independiente, sí es autónoma y susceptible de apreciarse en exclusiva o de forma acumulativa respecto de la de la persona física, posibilidad que no sólo elimina lagunas punitivas, sino que además minimiza notablemente los previsibles intentos de deslizamiento del gravamen desde la persona física hacia la jurídica y viceversa.

Lo dicho resulta evidente a tenor del contenido de los números 2 y 3 del artículo 31 bis, el primero de ellos cuando hace referencia expresa a que la responsabilidad penal de las personas jurídicas resulta exigible siempre que se constate la comisión de un delito por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el apartado primero –aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella–, y el número 3 al prever que la concurrencia en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluye ni modifica la responsabilidad penal de las corporaciones; se elimina así el cordón umbilical propio de los anteriores artículos 31.2 y 129 del Código Penal, sin que ello suponga, en modo alguno, que pueda prescindirse de la existencia de un delito protagonizado por las personas físicas para que la maquinaria de la Administración de Justicia penal pueda dirigirse contra las corporaciones.

Así pues, la norma del artículo 31 bis –lastrada quizá por las dificultades dogmáticas que ello entrañaría y por el indudable antropomorfismo que caracterizan a nuestra teoría general del delito y particularmente a la tipicidad en nuestro Código Penal– no ha instituido un mecanismo que permita imputar directamente los hechos delictivos a la persona jurídica, sino que partiendo de la conducta delictiva de las personas físicas –gestores o personas sometidas a la jerarquía empresarial– establece un vínculo normativo a resultas del cual y según expresión textual del precepto, las personas jurídicas serán penalmente responsables de dichas infracciones. Ciertamente late en el precepto la concepción de la responsabilidad de las personas jurídicas propia del sistema vicarial o de transferencia, según la cual algunas personas físicas, no en todo caso, pero sí

en determinadas circunstancias, encarnan o constituyen el alter ego o el cerebro de la persona jurídica, de modo que se entiende que sus comportamientos son los de aquella, y desde esa perspectiva, la corporación debe responder por ellos.

Por otra parte, la reforma efectuada por LO 5/2010 en la Parte General del Código Penal, no ha supuesto modificación alguna del tenor de los artículos 5 y 10 del mismo, en los que se definen los delitos y las faltas como las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la Ley, y se condiciona la imposición de la pena a la existencia previa de dolo o imprudencia. Desde una perspectiva garantista, permanecen sin duda las razones para mantener estos enunciados, en tanto en cuanto fortalecen la seguridad jurídica, exigiendo que se verifique la existencia de una serie de elementos comunes a todos los delitos.

Dado que, como hemos visto, la persona jurídica puede devenir responsable de la infracción penal consecuencia del substratum del individuo que la comete, la tipicidad, los criterios de imputación objetiva y subjetiva, el dolo o la imprudencia, así como todos los demás elementos de la infracción concurrentes o no, sea cual fuere la concepción dogmática del delito que se prefiera, deben residenciarse en las personas físicas, de modo que en presencia de una infracción penal cometida por un sujeto individual, la corporación solo resultará comprometida si la infracción se produjo en las específicas circunstancias y por quienes establece el legislador, actuando estas variables a modo de filtros que, por otra parte, evitan incurrir en el automatismo de una responsabilidad puramente objetiva.

Tradicionalmente, al modelo de responsabilidad vicarial o de transferencia se le objeta que, aun habiendo realizado la empresa esfuerzos considerables por mantener el control de los riesgos generados por la actividad, la responsabilidad siempre le es exigible. Ello en primer lugar no es cierto, dado que la actividad del agente que comete el delito y puede hacer responder a la corporación con su conducta, se valora bajo el prisma del contenido real de su mandato en todas sus vertientes –formal, material y funcional– teniéndose en consideración además la concurrencia o no de extralimitaciones en su ejercicio que pudieran excluir la responsabilidad de la corporación por su conducta.

Por otra parte, más allá de la responsabilidad cuasi automática prevista en los derogados artículos 31.2 y 129 del Código Penal, en el modelo vigente del artículo 31 bis del Código Penal, la persona jurídica pasa a ser auténtico sujeto pasivo del proceso, de modo que puede defenderse por sí misma y de forma independiente frente a los intereses de quienes aparezcan acusados de cometer el delito en su provecho.

Cuando el Tribunal Constitucional reconoce el ejercicio de un determinado derecho fundamental a las corporaciones –y a ello se hace alusión en otros apartados de esta Circular– su argumentación siempre pasa por considerar que la protección de tal derecho constituye un efecto reflejo de la que gozan las personas naturales que la integran. Esta doctrina, con origen en la ciencia penal y la jurisprudencia constitucional alemanas, ha sido recibida por nuestro Tribunal Constitucional entre otras, en sus Sentencias números 64/1988, 241/92 y 139/1995. Desde este planteamiento, la doctrina del Tribunal reconoce a las personas jurídicas los derechos previstos en el artículo 25 de la Constitución, el derecho a la libertad sindical, a la libertad de expresión, el derecho a transmitir información, el derecho al honor, el derecho de asociación, a la libertad ideológica, el derecho a la creación de fundaciones, a la igualdad, a la propiedad privada y los derechos contenidos en el artículo 24 de la Constitución, a participar en el proceso, a la defensa, a la proposición y práctica de prueba y el derecho a conocer las razones del tribunal mediante una motivación suficiente.

La Sentencia del Tribunal Constitucional número 59/2008, de 14 de mayo, razona en su fundamento jurídico 11 b) que la Constitución Española otorga a la culpabilidad

rango de principio estructural básico del Derecho Penal como derivación de la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad. Según esto, la pena sólo puede imponerse al sujeto responsable del ilícito penal por lo que no sería constitucionalmente legítimo un Derecho penal de autor que determinara las penas en atención a la personalidad del reo, además de no caber la imposición de sanciones por el mero resultado. La propia resolución cita como precedentes de esta doctrina las Sentencias número 150/1991, de 4 de julio, en su FJ 4 a); 44/1987, de 9 de abril, FJ 2; 150/1989, de 25 de septiembre, FJ 3; 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2; 150/1991, FJ 4 b); 92/1997, de 8 de mayo, FJ 3; 146/1994, de 12 de mayo, FJ 4 b); 150/1991, FJ 4 a); 76/1990, de 26 de abril, FJ 4 a); 164/2005, de 20 de junio, FJ 6, y 246/1991, de 19 de diciembre, FJ 2).

Así pues, alejado el precepto de los presupuestos de una responsabilidad puramente objetiva, y reconocido en toda su amplitud, como no puede ser de otra manera, el derecho de defensa de la persona jurídica en el proceso penal, nada impide que las personas jurídicas, en aras a garantizar el respeto y la consecución de ciertos fines públicos, puedan ser declaradas responsables de los delitos cometidos por determinadas personas físicas especialmente vinculadas a ellas, merced a un mecanismo normativo de transferencia de la responsabilidad que solo opera en caso de concurrir las diversas y específicas circunstancias a las que se refiere el precepto legal.

En cuanto a las demás objeciones clásicas, como las derivadas de la afectación de la sanción de la persona jurídica a los socios, de modo que se vulnere el principio de culpabilidad en su acepción de personalidad de las penas, además de no ser un problema privativo del modelo vicarial, resulta obvio que cualquier sanción penal tiene efectos perjudiciales para terceros no destinatarios de la misma. Por otra parte, el delito del que se responsabiliza a la corporación conforme a los postulados del artículo 31 bis del Código Penal ha de ser cometido en todos los casos en provecho de la sociedad, y por tanto, en provecho de los propios socios. Nada justifica que los miembros de la entidad deban soportar los resultados negativos derivados, por ejemplo, de la mala gestión llevada a cabo por el administrador, y sin embargo permanezcan de todo punto ajenos a las consecuencias derivadas de la imposición de una pena a la entidad de la que participan, por cuanto ambos supuestos constituyen tan solo una pequeña muestra de los numerosos riesgos inherentes a su propia inversión.

Por último, frente a la afirmación de que el modelo vicarial puede incurrir en la eventual vulneración de los principios de *non bis in idem* y de proporcionalidad, en primer término se debe reconocer que, con carácter general, no se produce la célebre trilogía que compone el primer aforismo y que exige la concurrencia de identidad de hecho, sujeto y fundamento. Si bien en el modelo vicarial sí se produce la identidad del hecho, la misma no tiene lugar respecto del fundamento de la sanción, ni tampoco respecto del sujeto, dado que toda representación implica dos sujetos realmente distintos.

Sin embargo, y como ya se ha anticipado, es cierto que en la práctica caben algunas situaciones en las que la realidad contradice esa duplicidad de sujetos. De un lado, las empresas pantalla constituyen una simple tapadera para procurar opacidad a la actividad delictiva de una o varias personas individuales; en el caso de estas entidades que, pese a ostentar personalidad jurídica, carecen de auténtica alteridad, estructura organizativa y actividad interna, más que la sanción al remedo de persona jurídica, habrá de procurarse el reproche de los delitos cometidos por las personas físicas que se ocultan detrás, levantando el velo de la forma societaria a los solos efectos de revelar dichas conductas individuales y hacer responder al patrimonio de la entidad, si lo hubiere, como patrimonio propio del autor. La misma solución es predicable respecto de los negocios unipersonales que adoptan formas societarias –en los estrictos térmi-

nos a los que se hace referencia en otro epígrafe de esta Circular—, cuando la falta de verdadera alteridad de la persona jurídica trae como consecuencia la identidad total entre el gestor, persona física individual, y la propia entidad jurídica.

Respecto al principio de proporcionalidad de las penas, la reforma prevé en el apartado 2 del artículo 31 bis que «cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [persona física y persona jurídica] la pena de multa, los jueces y tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de los hechos», apartado que además de ser coherente con la opción por el modelo de transferencia de la responsabilidad elegido por el legislador, facilita un mecanismo de adecuación de la sanción a la gravedad del ilícito.

A tenor de lo expuesto, el modelo vicarial diseñado por el legislador español parece difícilmente objetable desde el punto de vista constitucional.

No incorpora el precepto del artículo 31 bis del Código Penal las tesis más características del inacabado debate —conceptual y en algún caso conceptualista— existente en el seno de la doctrina científica en relación con los diferentes modelos de responsabilización de los entes colectivos, en el que a menudo se alega la insuficiencia del vicarial sobre la base de las mismas objeciones a que se acaba de hacer referencia, relacionándolas en este caso con las categorías dogmáticas elaboradas por nuestra ciencia penal. Con este punto de partida, se sostiene que la responsabilidad penal de las personas jurídicas debe fundamentarse en un modelo de imputación —objetiva y subjetiva— exclusivo de la persona jurídica, en el que uno de los fundamentos de la responsabilidad de las corporaciones es la llamada culpabilidad de la empresa por defecto de organización.

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

Resulta cuando menos curioso comprobar que cuando se habla de política corporativa criminal o de mala organización de la empresa, se está velando eufemísticamente lo que no es otra cosa que la estigmatización, de nuevo y de modo inevitable, de comportamientos propios de personas físicas, habitual y especialmente de aquellos que definen los objetivos de la entidad y la forma de conseguirlos, los gestores. No hay razón para considerar más conforme con el principio de responsabilidad por el propio hecho imputar a la persona jurídica su organización deficiente o su comportamiento errático, cuando sin duda estas anomalías son igualmente atribuibles a las carencias de sus gestores, órganos unipersonales o colegiados compuestos siempre y en último término, por personas físicas. Se trata, al fin y a la postre, de una ficción jurídica que llevada a sus últimas consecuencias, obligaría a generar una nueva teoría general del delito de las corporaciones de muy difícil desarrollo en paralelo con nuestro sistema actual.

En íntima conexión con lo anterior, la elaboración y el cumplimiento de las normas de autorregulación de las empresas o *compliance guide*, solo son relevantes en la medida en que traduzcan una conducta. Su formalización no aporta ni su inexistencia

resta la capacidad potencial de incurrir en responsabilidad penal, porque lo determinante no es si se actuó de acuerdo con la guía o si esta era hipotética u objetivamente apta para evitar el delito, sino si con guía o sin ella, procede atribuir a la persona jurídica la responsabilidad penal derivada de los delitos cometidos por sus gestores, por haber tenido lugar dichas conductas ilícitas cuando los mismos actuaban en nombre, por cuenta y en provecho de la corporación, o como consecuencia de haber omitido aquellos el debido control sobre sus subordinados jerárquicos en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de la entidad.

III.2 El párrafo primero del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal

Artículo 31 bis 1, párrafo primero: «En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su provecho, por sus representantes legales y administradores de hecho o de derecho».

Volviendo a la letra del precepto, y por lo que respecta al párrafo primero del número 1 del artículo 31 bis del Código Penal, las actuaciones delictivas de los representantes legales y los administradores de hecho o de derecho de las personas jurídicas pueden generar responsabilidad penal para estas últimas siempre que el delito se haya cometido alternativamente en el ámbito aparente –en su nombre– y competencial –por su cuenta– de la corporación, y acumulativamente, en su beneficio –en su provecho–.

En cuanto a la actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica, la expresión remite al contenido formal y material del mandato o representación del gestor en cada caso, en el que pueden estar incluidas algunas directrices de la política empresarial de forma más o menos explícita. En su caso, podrá asimismo plantearse la necesidad de precisar si ha existido una extralimitación en el mandato que deba ser tenida en consideración a la hora de valorar la trascendencia o intrascendencia de la conducta de la persona física en sede de la persona jurídica. Sin embargo, no es posible limitar a priori y rígidamente la capacidad de responder de la persona jurídica al perímetro restringido y estricto de las atribuciones del gestor, órgano unipersonal o colectivo, de hecho o de derecho que haya actuado, por cuanto ello implicaría crear de inicio una amplia zona de irresponsabilidad penal que debe ser objeto de valoración casuística.

Así pues, para evaluar este extremo deberá primero evitarse el recurso exclusivo a criterios civilistas o mercantilistas, legales, sectoriales y estatutarios, y resultará preciso permanecer particularmente alerta respecto de aquellas conductas que, incluso formando parte de las competencias de la representación o el mandato, se aleguen, y es previsible que así ocurra, fruto de una desviación material de los fines de la corporación o abiertamente contrarias al desarrollo de la política empresarial. En último término, se tratará de evitar –permítase el recurso frecuente a una cierta personificación gramatical por razones de claridad en la exposición– que la compañía se desentienda de la responsabilidad derivada de los delitos cometidos o no evitados por su gestor, cuando es este último quien, en condiciones normales, diseña y sobre todo, lleva a la práctica la propia política empresarial, de modo que cualquier vacua formulación corporativa contra el delito o la más sofisticada operación de maquillaje articulada, en su caso, por medio de las denominadas *compliance guide*, sirvan, por sí solos, de eficaz recurso para eludir la responsabilidad penal.

El precepto incluye la conducta de los gestores de derecho y de hecho, lo que resulta lógico, por cuanto si la responsabilidad penal de las personas jurídicas quedara extramuros de la conducta de los segundos, bastaría con recurrir sistemáticamente a gestores fácticos para obtener la impunidad. El concepto de administrador de hecho

ha sido definido ya con cierta precisión por la jurisprudencia del Tribunal Supremo con ocasión de la aplicación y exégesis del artículo 31 del Código Penal, entre otras, en Sentencias números 774/2005, de 2 de junio, 480/2009, de 25 de mayo y 986/2009, de 13 de octubre.

En cualquier caso, conviene recordar que deben rechazarse las interpretaciones que busquen introducir en el concepto a aquellos sujetos titulares de alguna capacidad de decisión autónoma siempre supeditada a la dirección, supervisión o control de quien en realidad dirige la entidad.

Como bien resume la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 59/2007, de 26 de enero, «el administrador de hecho debe participar activamente en la gestión y dirección, de forma permanente y no sujeta a esferas superiores de aprobación o decisión. Debe desempeñar una función de dirección real, con independencia de la formalidad de un nombramiento». Ello es así porque para que pueda hablarse de responsabilidad penal de la persona jurídica el legislador se remite a conductas propias o controlables por los verdaderos órganos de gobierno. Como en buena parte del derecho comparado, también aquí lo relevante es el poder de dirección de facto y no el concreto título o circunstancia de los cuales se deriva dicho poder.

Por último, el primer párrafo del número 1 del artículo 31 bis del Código Penal hace referencia al requisito de que la persona física haya actuado en provecho de la persona jurídica, exigencia que también está, con idéntico sentido, en el párrafo segundo del mismo apartado.

La expresión puede ser interpretada en primer término incidiendo en su vertiente subjetiva, de modo que sería suficiente con que el agente actuase con la íntima convicción de que favorecía a la sociedad, esto es, el término equivaldría a la intención del sujeto actuante de beneficiar a la empresa. En contra de esta exégesis está la idea de que si el legislador hubiera querido otorgarle este sentido, probablemente hubiera optado por expresiones tales como con la intención de beneficiar, o para beneficiar. La apelación a un elemento subjetivo así definido conllevaría además serias dificultades de prueba, no estando claras por otra parte las razones por las que los motivos del sujeto deban elevarse a la categoría de factor decisivo para la determinación de la responsabilidad de la organización para la que trabaja.

Alternativamente cabe interpretar la expresión legal conforme a parámetros objetivos, bien como exigencia de la constatación del beneficio, bien como efectiva tendencia de la acción a conseguir ese provecho. En el primer caso, si se entendiera que la Ley requiere el efectivo beneficio, cuando la acción finalmente perjudicara a la empresa, no podría serle imputada. A parecidas conclusiones se podría llegar cuando no se derivaran potenciales perjuicios ni beneficios de la acción emprendida por el sujeto, caso de ser la misma totalmente neutra. Con esta interpretación se subordinaría además la responsabilidad penal a un dato que depende de múltiples variables no siempre controlables por quien despliega la acción –sirva de ejemplo un simple error de cálculo– y sería preciso concretar un parámetro fijo para medir ese beneficio social, el cual no necesariamente tiene por qué ser reducido a términos económicos; piénsese en este sentido en la importancia que pueden tener para una corporación activos difícilmente cuantificables como el capital reputacional, el prestigio de marca, etc.

Estamos pues ante una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho, que conlleva la constatación de la idoneidad *ex ante* de la conducta para que la persona jurídica obtenga alguna clase de ventaja asociada a aquella, aunque tal beneficio no fuere directo o inmediato por ser, por ejemplo, una posibilidad futura que finalmente no tuviera lugar. La acción debe ser valorada como provechosa desde una perspectiva objetiva e hipotéticamente razonable, con independencia de factores externos que puedan determinar que la utilidad finalmente no se produzca. Así considerado, el

provecho de la sociedad no constituye necesariamente una partida susceptible de valoración mediante una operación aritmética o un asiento contable, de modo que cualquier clase de ventaja a favor de la entidad cumple las exigencias del actuar en provecho, por difícil que pueda resultar su traducción a euros. En apoyo de esta interpretación, el artículo 54.2.^ª del Código Penal acepta la posibilidad de que no sea posible el cálculo del importe de la sanción pecuniaria en relación con el valor del beneficio obtenido.

Por supuesto, se descarta que sea preciso que la persona física actúe con un elemento subjetivo especial consistente en beneficiar a la empresa. Si la compañía tiene la expectativa de obtener, u obtiene, un beneficio del tipo que sea, ya se trate de una ganancia, de la evitación de una pérdida o el ahorro de un coste, etc., se cumplirá la exigencia aun cuando la persona física haya actuado por su exclusivo y propio interés personal o en interés de una minoría de los miembros de la persona jurídica. Sirva de ejemplo el supuesto del director general de una compañía que obtenga mediante escuchas ilegales el secreto de fabricación de un competidor, que actuará en provecho de la sociedad si el beneficio de su acción engrosa la caja de la compañía aun cuando él pretenda también una ventaja económica personal derivada de su acción, o el trabajador que con el delito persiga mejorar sus cifras de negocio en la compañía para aumentar su prestigio ante sus superiores, ascender en la jerarquía empresarial o incrementar su comisión, en cuyo caso también actúa en provecho de la entidad.

III.3 El párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal

Como ya se ha adelantado, en el supuesto previsto en el párrafo segundo del número 1 del artículo 31 bis, se establece que «las personas jurídicas serán también penalmente responsables de los delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en provecho de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por no haberse ejercido sobre ellos el debido control atendidas las concretas circunstancias del caso», precepto que incluye algunas exigencias de idéntico tenor a las del párrafo primero –por cuenta y en provecho–, a las que se añade el fallo de supervisión –imputable no se especifica exactamente a quién al utilizar el precepto una forma impersonal del verbo–, si bien la norma se refiere, también en este caso, a la conducta de las personas físicas mencionadas en el párrafo primero –gestores o representantes–, sin perjuicio de que puedan existir implicados en varios escalones de la estructura empresarial.

Lo anterior enlaza directamente con la regla penológica del artículo 66 bis del Código Penal cuando prevé la posibilidad de agravar la sanción a la entidad en función del puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupe la persona física u órgano que incumplió el deber de control, lo que constituye una apelación –de redacción francamente mejorable– a aquello que se ha dado en llamar el núcleo de verdad de la teoría de la identificación, en virtud del cual, a mayor implicación del alto directivo en el hecho criminal, mayor debe ser el reproche en sede de la persona jurídica, por cuanto son los dirigentes de la corporación quienes, en la práctica y como ya se ha dicho, diseñan y ejecutan la política empresarial.

La norma atiende a las peculiaridades propias de la actividad empresarial, caracterizada por la división técnica del trabajo y la especialización, la complementariedad de las diferentes aportaciones de los sujetos en el contexto de un plan común, y la jerarquía, en virtud de la cual, las aportaciones de los individuos no son libres sino que están sometidas a una común dirección que puede aceptarlas, rechazarlas o modi-

ficarlas. En ese contexto, la responsabilización de las personas jurídicas tiene por objeto evitar que se cometan ilícitos penales en su ámbito de actividad, bien por parte de la cúpula –gestores, administradores, representantes legales– bien por los empleados y colaboradores de la misma.

Establece así la Ley un deber de fiscalización o control generador de responsabilidad penal, que incumbe en último término a los superiores –representantes, gestores de hecho o de derecho– respecto de quienes actúan en el ámbito de la persona jurídica. El precepto se refiere a la omisión del debido control sobre el colaborador sometido a la jerarquía empresarial, sin que resulte precisa una vinculación laboral de éste último con la empresa, siendo suficiente con el mero arrendamiento de servicios o que se trate de un trabajador por cuenta de una empresa de trabajo temporal, por poner dos ejemplos relativamente frecuentes en la práctica.

Así pues, al órgano gestor le corresponde un deber de control y vigilancia que remite a los cursos lesivos y/o peligrosos creados por sus subordinados y que pueden llevar a la comisión de los tipos penales previstos en la Parte Especial. Precisamente es esa falta de control por parte de la cúpula de la empresa la que hace que la responsabilidad derivada del ilícito penal sea transferida a la persona jurídica.

Para responsabilizar a la persona jurídica de los delitos cometidos por el subordinado, será preciso acreditar que se ha omitido por parte del gestor, bien de forma directa, bien a través de la cadena de delegaciones que se haya podido prever a tal fin, el control debido respecto de su actividad. Así pues, en este segundo supuesto, el gestor no resulta penalmente responsable de la infracción penal –supuesto que se encuadraría en el párrafo primero del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal–, sino que se atribuye la responsabilidad a la persona jurídica por los delitos que el subordinado haya podido cometer siempre que sea atribuible al gestor la omisión del control debido sobre la actividad del mismo, es decir, la infracción de un deber de vigilancia que le viene impuesto por la Ley. Resulta pues indiferente en este caso la naturaleza dolosa o imprudente de la conducta del gestor, por cuanto no es el resultado típico lo que se le imputa, sino la infracción de ese deber de vigilancia que se deriva del artículo 31 bis del Código Penal.

El debido control constituye un concepto normativo que habrá de dotarse de contenido valorativamente a través de la actividad probatoria y en contacto con las circunstancias concurrentes en cada caso. En este sentido, la política corporativa o la llamada organización empresarial resultarán útiles –no como fundamento de la imputación de la persona jurídica, ni como sustrato sobre el que hacer gravitar la culpabilidad de la empresa como concepto trabajosamente reenviado desde las personas físicas hasta las jurídicas–, sino como instrumento para evaluar el contenido real del mandato de que es titular el gestor y aquello que, junto con las normas que regulan la actividad de que se trate, integra esa necesaria supervisión de la actividad empresarial en el caso concreto.

La obligación de velar por el cumplimiento de las Leyes en el seno de la persona jurídica no resulta en nuestro Derecho tan inédita como se pretende. Existen en nuestro ordenamiento jurídico algunas normas en las que el legislador obliga a las entidades a adoptar determinadas medidas para prevenir conductas arriesgadas, irregulares o ilícitas en su seno.

Sirvan de ejemplo el Real Decreto 1/2010, de 2 de julio, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Sociedades de Capital, la Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales y las legislaciones y compilaciones sectoriales, que imponen determinadas pautas de actuación relacionadas con determinada actividad, la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo o el Código Unificado de

Buen Gobierno Corporativo de las Sociedades Cotizadas, en el que la Recomendación 45 sobre supervisión de códigos internos de conducta y reglas de gobierno y la 49 sobre política de control y gestión de riesgos, establecen importantes pautas en ese sentido. Por otra parte, la previsión de un catálogo cerrado de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas constituye también un factor de concreción en ese sentido, en cuanto señala sectores de actividad y conductas lesivas o de riesgo específicas.

Dado que el precepto hace responder a la corporación por los hechos delictivos cometidos como consecuencia de la omisión del debido control en cada caso, resulta previsible que la persona jurídica oponga en su defensa el establecimiento previo de determinados estándares de prevención del delito en su seno, correspondiéndole la carga de la prueba acerca de su existencia y sobre todo, su incidencia real en los hechos. Ello es así por cuanto, frente a la constatación de un hecho típico atribuible a una de las personas físicas a que se refiere el artículo 31 bis del Código Penal, cabe presumir la antijuridicidad y la culpabilidad en la conducta, salvo que se acredite por quien efectúe una alegación en ese sentido, la concurrencia de circunstancias que justifiquen la misma o gradúen la responsabilidad por el hecho. En este sentido se pronuncian las sentencias números 648/1978 y 563/1979, expresivas de una doctrina del Tribunal Supremo antigua y fuertemente consolidada.

Como ya se ha señalado, existe en este momento el peligro de considerar que la mera formalización de uno esos estándares constituye un salvoconducto para eludir la responsabilidad penal de la corporación. Sin embargo, lo importante en la responsabilidad penal de la persona jurídica no es la adquisición de un código de autorregulación, *corporate defense*, *compliance guide*, plan de prevención del delito o como quiera llamársele, sino la forma en que han actuado o dejado de actuar los miembros de la corporación a que se refiere el artículo 31 bis en la situación específica, y particularmente en este segundo párrafo del apartado 1.º, sus gestores o representantes en relación con la obligación que la Ley penal les impone de ejercer el control debido sobre los subordinados; en este contexto, resulta indiferente que la conducta de los individuos responda a una guía de cumplimiento propia que, en el mejor de los casos, constituye un ideal regulativo de emanación estrictamente privada. Imaginemos que las pautas de comportamiento de la guía omitieran o fueran particularmente laxas a la hora de establecer controles sobre determinada actividad peligrosa de la compañía para ahorrar costes... ¿de verdad el hecho de que el individuo hubiera actuado conforme a ese estándar debe exonerar a la persona jurídica de su responsabilidad? La respuesta resulta obvia; por consiguiente, lo importante será acreditar, y esta es sin duda una cuestión de prueba, que las personas físicas a las que se refiere la norma cometieron el delito en las circunstancias a las que la misma se refiere. En coherencia con lo expuesto, el precepto exige expresamente que sean atendidas las concretas circunstancias del caso.

En consecuencia, no debe olvidarse que el objeto del proceso penal no lo constituye el juicio sobre la existencia o idoneidad de un código de autorregulación de la persona jurídica, sino la adecuación o inadecuación a la Ley penal de la conducta de las personas físicas a las que el precepto hace alusión. Si bien es cierto que las *compliance guide* pueden orientar su forma de actuar en el seno de la corporación, tal extremo resulta circunstancial, por cuanto en el proceso penal se tratará, como siempre, de efectuar un juicio sobre la conducta de los individuos a partir de parámetros de imputación penal referidos a conductas humanas, con independencia de que las mismas obedezcan a un eventual sistema de autorregulación o a la personal forma de hacer del individuo. La conducta de las personas físicas se examina así a la luz de la norma penal, qué han hecho los gestores o sus subordinados, y si lo efectivamente

realizado tuvo lugar en las circunstancias previstas en el artículo 31 bis, en cuyo caso, debe responder la persona jurídica.

Por otra parte, tampoco en este segundo párrafo del número 1 del precepto nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad objetiva. Cualquiera de las exigencias del precepto es materia del debate contradictorio del proceso penal. La mera ejecución defectuosa del control debido por parte, por ejemplo, de un cuadro medio o de cualquier otro empleado, cuando quede acreditado que los gestores o los órganos de gobierno de la persona jurídica han ejercido por sí o por delegación en otras personas todas las medidas exigibles para la prevención, detección y reacción ante posibles delitos, no deberá en principio determinar la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin perjuicio de las circunstancias atendibles en cada caso concreto.

En otro orden de cosas, como la responsabilidad penal de la persona jurídica es autónoma, podrá responder también cuando su administrador sea otra persona jurídica a la que, a su vez, le sea de aplicación el artículo 31 bis del Código Penal. Así pues, cabrá la atribución de responsabilidades penales de personas jurídicas en cascada o en contextos propios del holding empresarial. Aun cuando el párrafo segundo del apartado primero del artículo 31 bis se refiere a los administradores y representantes legales como personas físicas, ello no implica la imposibilidad –conforme al principio de legalidad penal– de imponer una sanción a una persona jurídica administrada o representada por otra persona jurídica, por cuanto como hemos repetido, en el modelo adoptado, quienes ejecutan la acción delictiva son siempre personas físicas, de cuyos delitos se podrá, en su caso, hacer responder a las personas jurídicas en cuyo provecho se cometieron.

III.4 Circunstancias que atenúan la responsabilidad penal de las personas jurídicas

Artículo 31 bis 4. Solo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

Según expresa la propia Exposición de Motivos de la Ley, el apartado 4 del artículo 31 bis del Código Penal contiene un catálogo cerrado de atenuantes de aplicación a las personas jurídicas, cuya exclusividad parece reforzarse con la expresión sólo con la que inicia el precepto. Ello impide la aplicación de aquellas circunstancias atenuantes del artículo 21 del Código Penal cuya formulación no se refiere a comportamientos exclusivamente humanos, lo que resulta particularmente llamativo y difícilmente justificable en el caso de la nueva atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas del artículo 21. 6.^a del Código Penal y en la de análoga significación de la atenuante 7.^a del mismo precepto.

Sin perjuicio de que esta deficiencia podría ser fácilmente corregida por el legislador, y en tanto se produzca esa reforma, es posible que los órganos jurisdiccionales intenten construir jurídicamente una interpretación análoga *in bonam partem* de los preceptos aludidos, de modo que si concurren las exigencias jurisprudenciales de todos conocidas para apreciar la atenuante de dilaciones conforme a su anterior penetración por vía de la atenuante análoga, tanto en la persona física como en la jurídica –sujetos pasivos de un mismo procedimiento–, dicha circunstancia pueda ser aplicada a ambas, evitando una lectura del precepto que difícilmente superaría el test de constitucionalidad. Sin embargo, en aras de la seguridad jurídica, mientras no se aborde su reforma en los términos aludidos, los Sres. Fiscales aplicarán a las personas jurídicas, en su caso, solo las atenuantes del apartado 5 del artículo 31 bis del Código Penal.

En coherencia con el modelo elegido donde la responsabilidad de la persona jurídica no obedece a la pretendida culpabilidad de la empresa sino a un mecanismo normativo de transferencia, todas las conductas que atenúan la responsabilidad de las personas jurídicas son posteriores a la comisión del delito; asimismo, no se ha previsto que ninguna de ellas, ni otras diferentes, sean apreciadas con valor de eximente, ya sea completa o incompleta.

Aun cuando se critica que las circunstancias atenuantes están teñidas de cierto colaboracionismo en detrimento del ejercicio de la más amplia defensa, lo cierto es que las personas jurídicas pueden garantizarse la aplicación de dos de ellas con relativa facilidad mediante la reparación del daño y la adopción de medidas de prevención delictiva, sin efectuar reconocimiento alguno de su implicación en los hechos.

Las atenuantes previstas son las siguientes:

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

A diferencia de lo que ocurre en el supuesto de la excusa absolutoria por regularización del artículo 305.4 del Código Penal –en la que el legislador ha optado por vincular el bloqueo de la excusa a un acto formal como es la notificación del inicio de determinados actos de investigación administrativa o del procedimiento penal–, en este supuesto el legislador utiliza una expresión abierta que remite al hecho de que llegue a conocimiento de la persona jurídica su imputación en un procedimiento penal; por consiguiente, cualquier medio de prueba servirá al efecto de acreditar que la entidad, personificada en alguno de sus representantes u órganos de gestión, estaba enterada de ello.

Las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal no imposibilitan la apreciación futura de la atenuante por cuanto, en sentido estricto, no pueden considerarse procedimiento judicial. Ello es así aun cuando ya se hubieren producido en esa sede cualesquiera diligencias de averiguación en relación con las personas jurídicas.

No se especifica ante qué autoridades debe producirse la confesión, si bien la interpretación más razonable es que la misma pueda realizarse tanto ante jueces y fiscales como ante autoridades policiales y/o administrativas.

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

Exige la apreciación de la atenuante que se aporte al procedimiento material probatorio inédito que además sea concreta y particularmente eficaz. La simple prueba de carácter accesorio o que tan solo sirva para apuntalar hechos suficientemente acreditados por otros medios, no integra el sustrato fáctico de la atenuante, que está orientada más hacia los resultados de la colaboración que hacia los esfuerzos por la misma. La atenuante facilita la generación de una tensión procesal entre los intereses de la defensa de la persona física y los de la persona jurídica, ambas imputadas, cuya fina-

lidad es facilitar la investigación de los delitos y optimizar la eficacia y pronta resolución del procedimiento penal.

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

La atenuante tiene una formulación casi idéntica a la del artículo 21.5.^a del Código Penal, por lo que en su aplicación existen ya decantados criterios interpretativos del Tribunal Supremo, expresados, entre otras, en las Sentencia núm. 842 de 31 de julio de 2006 y núm. 307 de 15 de febrero de 2007, 1140/2010 de 29 de diciembre, 1185/2010 de 23 de diciembre y 1180/2010 de 22 de diciembre.

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

Exige de las empresas una reorganización preventiva e investigadora y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y/o evitar, y en su caso, descubrir los delitos. Si bien es cierto que habrá que considerar insuficientes las operaciones de simple mejora de la imagen empresarial, también habrá de evitar el excesivo formalismo, de modo que se valore en abstracto la aptitud de tales medidas para prevenir y/o detectar razonablemente la comisión de delitos en el seno de la corporación.

No se ha incluido una atenuante de análoga significación a las anteriores, que solo tendría cabida por la vía de aplicar la genérica del artículo 21.7.^a del Código Penal mediante la interpretación jurisprudencial en los términos a los que ya se ha hecho referencia en otro momento, lo que resulta contradictorio con el criterio restrictivo adoptado expresamente por el legislador.

IV. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LA PARTE ESPECIAL DEL CÓDIGO PENAL. CATÁLOGO DE DELITOS DE LOS QUE PUEDEN SER RESPONSABLES LAS PERSONAS JURÍDICAS. ÁMBITO DE APLICACIÓN EL ARTÍCULO 129 DEL CÓDIGO PENAL

La reforma del Código Penal circunscribe la responsabilidad de las personas jurídicas al siguiente catálogo de delitos:

- Delito Artículo del Código Penal Tráfico ilegal de órganos 156 bis
- Trata de seres humanos 177 bis
- Delitos relativos a la prostitución y la corrupción de menores 189 bis
- Delitos contra la intimidad y allanamiento informático 197
- Estafas y fraudes del artículo 251 bis
- Insolvencias punibles 261 bis
- Daños informáticos 264
- Delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores 288
- Blanqueo de capitales 302
- Delitos contra la Hacienda Pública y la Seguridad Social 310 bis
- Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros 318 bis
- Delitos de construcción, edificación o urbanización ilegal 319
- Delitos contra el medio ambiente 327, 328
- Delitos relativos a la energía nuclear y a las radiaciones ionizantes 343
- Delitos de riesgo provocado por explosivos 348
- Delitos contra la salud pública en la modalidad de tráfico de drogas 369 bis

Falsedad en medios de pago 399 bis
Cohecho 427
Tráfico de influencias 430
Corrupción de funcionario extranjero 445
Financiación del terrorismo 576 bis

Existen además otras infracciones en las que los tipos penales de la Parte Especial efectúan remisiones a las medidas del artículo 129 utilizando expresiones diversas y asistemáticas que dan lugar a consecuencias un tanto distorsionadoras.

En este sentido, el artículo 262 del Código Penal –incluido en el Capítulo VIII del Título XIII relativo a los delitos de alteración de precios en concursos y subastas públicas– y el 386 –dentro del Capítulo I del Título XVIII relativo a las falsedades– establecen la posibilidad de que el Juez imponga alguna de las medidas del artículo 129 «si el culpable perteneciere a alguna sociedad, organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades», en referencia a entidades que, salvo que se diga otra cosa, están dotadas de personalidad jurídica, aun cuando la mención al eventual carácter transitorio de las mismas, parece apelar también a otras realidades de naturaleza más fáctica que jurídica.

El artículo 294 del Código Penal –contenido en el Capítulo XIII del Título XIII relativo a los delitos societarios– prevé que «Los que, como administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación, sometida o que actúe en mercados sujetos a supervisión administrativa, negaren o impidieren la actuación de las personas, órganos o entidades inspectoras o supervisoras, serán castigados con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses. Además de las penas previstas en el párrafo anterior, la autoridad judicial podrá decretar algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código», de modo que es posible, aunque no preceptiva, la aplicación de las medidas del artículo 129 para entidades colectivas con personalidad jurídica.

El artículo 318 del Código Penal –incluido en el Título XV relativo a los delitos contra los derechos de los trabajadores– prevé que «Cuando los hechos previstos en los artículos de este título se atribuyeran a personas jurídicas, se impondrá la pena señalada a los administradores o encargados del servicio que hayan sido responsables de los mismos y a quienes, conociéndolos y pudiendo remediarlo, no hubieran adoptado medidas para ello. En estos supuestos la autoridad judicial podrá decretar, además, alguna o algunas de las medidas previstas en el artículo 129 de este Código», precepto que utilizando un criterio de responsabilización de la persona jurídica similar al del artículo 31 bis, sin embargo remite únicamente a las medidas de imposición facultativa del 129, ambos del Código Penal.

Como consecuencia de lo anterior, en estos últimos supuestos, cuando la responsable sea una persona jurídica, se prevé la posibilidad de imponer algunas de las consecuencias accesorias del artículo 129, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Se produce así una antinomia normativa a resultas de la cual, es posible en estos casos soslayar la aplicación del artículo 31 bis del Código Penal –y por consiguiente, sus requisitos materiales– de modo que, si bien las respectivas normas sí contemplan la responsabilidad de las personas jurídicas, las medidas a imponer son las del artículo 129, sin que esté prevista su extensión concreta en cada supuesto y resultando su imposición facultativa. Salvo que sea debido a un problema de sistemática interna, no se adivinan qué otras razones pueden justificar esta diferencia de trato en unos y otros casos, y por tanto, esta normativa debería ser objeto de corrección por parte del legislador.

El problema apuntado resulta particularmente grave en cuanto afecta a la eventual responsabilidad penal de las personas jurídicas en el marco de lo que la doctrina científica denomina responsabilidad penal por productos defectuosos. Ni los tipos penales de riesgo (delitos contra la salud pública de los artículos 359 a 365, fraudes alimentarios) ni los resultativos (homicidio y/o lesiones), forman parte del catálogo de *numerus clausus* de la primera tabla a que se ha hecho referencia. Tan solo el artículo 366 –incluido en el Capítulo III relativo a los delitos contra la salud pública del Título XVII del Código Penal– establece que «En el caso de los artículos anteriores, se podrá imponer la medida de clausura del establecimiento, fábrica, laboratorio o local por tiempo de hasta cinco años, y en los supuestos de extrema gravedad podrá decretarse el cierre definitivo conforme a lo previsto en el artículo 129», en alusión a los tipos penales de riesgo que le preceden, resultando por tanto excluido el artículo 367, que se refiere a la comisión de los delitos anteriores por imprudencia, supuesto que puede ser relativamente frecuente en la práctica.

Este régimen de tan deficiente construcción jurídica –especie de tercera vía de responsabilización de la persona jurídica al margen del artículo 31 bis, en el que las medidas a imponer tienen carácter facultativo y están limitadas en contenido y duración, (no se incluye la multa)– afecta a supuestos de hecho de la gravedad del que motivó en España el Caso del aceite de colza desnaturalizado, (en el que varias sociedades aceiteras desviaron aceite de colza de uso industrial al consumo de boca, provocando más de trescientos fallecidos y decenas de miles de afectados, que fue resuelto por Sentencias del Tribunal Supremo de 23 de abril de 1992 y número 895/1997, de 26 de septiembre), o sus inmediatos precedentes en Alemania, el conocido como Caso Contergan, (relativo a la farmacéutica Grünenthal, que comercializó un medicamento de efectos sedantes –cuyo componente básico era la talidomida–, recetado con frecuencia entre 1957 y 1961 a mujeres gestantes, muchas de las cuales dieron a luz niños con graves malformaciones congénitas), y el caso Lederspray, en junio de 1990 (en el que fueron enjuiciados los directivos de una empresa de producción y dos filiales de distribución de un spray para calzado y piel que comenzó a dar problemas de salud a sus usuarios en 1980), en los que cobra pleno sentido la posibilidad de exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas eventualmente implicadas en la fabricación, distribución y/o comercialización a nivel masivo de productos letales o gravemente lesivos para la vida, la integridad y/o salud de los consumidores, de donde se desprende la pertinencia de abordar una reforma que haga posible la imposición de auténticas penas en estos supuestos por aplicación del artículo 31 bis del Código Penal.

Tampoco están incluidos en el catálogo de delitos de los que pueden ser responsables las personas jurídicas, el artículo 282 bis –en la Sección Tercera del Capítulo XI del Título XIII del Código Penal, integrada por los delitos relativos al mercado y a los consumidores– y los de los artículos 290 y 291 del Capítulo XII del mismo Título XIII, relativos a los delitos societarios, infracciones todas ellas cometidas en no pocas ocasiones por los administradores de las sociedades, en nombre, por cuenta y en provecho de la persona jurídica.

V. LAS PENAS DE LA PERSONA JURÍDICA: EL ARTÍCULO 33.7 DEL CÓDIGO PENAL. REGLAS DE APLICACIÓN PENOLÓGICA. MEDIDAS CAUTELARES. LAS CONSECUENCIAS ACCESORIAS DEL ARTÍCULO 129 DEL CODIGO PENAL

Prevé el legislador un amplio catálogo de penas específicas susceptibles de ser impuestas a las personas jurídicas, para lo cual, aparte de otras modificaciones que se

efectúan en el propio precepto, se añade un apartado 7 en el artículo 33 con el siguiente contenido:

«7. Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen todas la consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multa por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio.

El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa».

En primer término, debe destacarse que las sanciones previstas para las personas jurídicas tienen todas ellas la naturaleza de graves, lo cual incide en su plazo de prescripción, que tendrá lugar a los diez años conforme a lo previsto en el artículo 133 del Código Penal. Cabe la posibilidad, por tanto, de que estén afectos a términos de prescripción diferentes los delitos de las personas físicas y los de las jurídicas, lo que no debe extrañar por cuanto constituye una opción político criminal perfectamente asumible que, sin embargo, quizá debiera haberse explicado en la Exposición de Motivos de la Ley.

V.1 La pena de multa

La única pena susceptible de ser impuesta en todo caso a la hora de sancionar a la persona jurídica es la de multa, que por ello será la opción prioritaria de los Sres.

Fiscales en sus escritos de acusación, salvo que la gravedad, difusión de los perjuicios y/o especiales circunstancias de la conducta de la que se responsabilice a la corporación, aconsejen otra cosa.

La pena de multa es potencialmente la más útil para contrarrestar el desequilibrio económico derivado del beneficio y/o ahorro económicos que la corporación infractora obtiene con la actividad delictiva, en buena parte de los casos.

La pena de multa está regulada en los artículos 50 y siguientes del Código Penal, facilitándose tan solo unos pocos parámetros específicos para su individualización en el caso de ser impuesta a personas jurídicas; pese a no estar previsto expresamente por la norma, los Sres. Fiscales habrán de efectuar una lectura conjunta de la pena de multa a imponer y las atenuantes concurrentes en cada caso, de modo que en el supuesto de concurrir varias atenuantes o alguna muy cualificada, ello tenga reflejo en una razonable moderación de la cuantía de la sanción pecuniaria.

El artículo 33.7.a) del Código Penal prevé la posibilidad de imponer la pena de multa bien en la modalidad de cuotas, bien proporcional.

En el primer supuesto, existen dos índices a tener en cuenta: en primer término, el número de cuotas diarias –nunca inferior a 10 días ni superior a 5 años, según prevé el artículo 50.3 del Código Penal–; y en segundo lugar, el importe de cada cuota, para cuya determinación habrá de atenderse a la capacidad económica de la persona jurídica, siendo su importe mínimo de 30 euros y el máximo de 5.000 euros, conforme establece el número 4 del artículo 50 del Código Penal. Por consiguiente, los Sres. Fiscales deberán tener en consideración, a efectos de calcular el importe de la sanción pecuniaria, la información que respecto de esa específica materia se pueda obtener, en su caso, de los resultados económicos de las sociedades mercantiles obtenidos en los ejercicios objeto de investigación y conocidos a través del depósito de las cuentas anuales en el Registro Mercantil, amén de la información patrimonial que pueda ser recabada de la Administración Tributaria.

La multa proporcional, según prevé el artículo 52 del Código Penal, se calcula en atención al daño causado, al valor del objeto del delito o al beneficio reportado por el mismo. El artículo 52.4 establece una serie de criterios para el caso de que no fuera posible calcular el importe de la multa proporcional atendiendo a las anteriores variables, de modo que se sustituya su cálculo por las siguientes previsiones: la multa será de dos a cinco años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; de uno a tres años si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior, y de seis meses a dos años en el resto de los casos.

El paralelismo comparativo parece tener su razón de ser en el mantenimiento del criterio de proporcionalidad de las penas, resultando el sistema susceptible de control a través de la vía del recurso, por cuanto la imposibilidad de fundamentar el cálculo de la multa debe motivarse expresamente en sentencia.

A diferencia del silencio que el legislador guarda en esta materia en relación con las personas físicas, se prevé para las personas jurídicas la posibilidad de efectuar el pago fraccionado de la multa en el artículo 53.5 del Código Penal, siempre que la cuantía de la sanción penal ponga «en peligro la supervivencia de aquella, o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o cuando lo aconseje el interés general», circunstancias que habrán de ser debidamente acreditadas. En cuanto a la última mención, parece remitir a la naturaleza o trascendencia que pueda tener la concreta actividad de la persona jurídica condenada para la colectividad.

Por otra parte y como ya se ha dicho en otro momento, el nuevo artículo 31 bis punto 2 prevé que «cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas [persona física y persona jurídica] la pena de multa, los jueces o tribunales

modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquellos», tratándose de un mecanismo, obligatorio para el juez, de ajuste de la gravedad de la sanción conjunta de la persona física y la persona jurídica, a la propia gravedad de los hechos.

V.2 La pena de disolución de la persona jurídica

El artículo 33.7 b) del Código Penal establece que «La disolución [de la persona jurídica] producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita».

La solicitud de esta pena capital para la persona jurídica deberá reservarse para los casos extremos, como los delitos de especial gravedad y repercusión social o que revistan los caracteres del denominado delito masa (con gran número de perjudicados), siempre y cuando la sanción no resulte contraproducente en el caso concreto atendiendo a los criterios a que se refiere el artículo 66 bis y cuidando particularmente de velar por el efectivo resarcimiento de las víctimas y/o la protección de los derechos de trabajadores y acreedores de la corporación.

Las legislaciones civil, mercantil y societaria prevén los trámites para hacer efectiva la liquidación de las diferentes formas societarias, aun cuando para que el Juez penal pueda recurrir a dichos procedimientos en trámite de ejecutar la pena de disolución, sería precisa una habilitación legal que concrete los exactos términos de dicha remisión normativa.

V.3 La pena de suspensión de las actividades de la persona jurídica

En el artículo 33.7 c) del Código Penal se prevé la pena de suspensión de las actividades de la persona jurídica. Una interpretación literal del precepto parece obligar a la suspensión de todas las actividades de la misma. Sin embargo, en la mayoría de las empresas con una cierta entidad y actividad económica real, la suspensión completa de su actividad puede equivaler *de facto* a su disolución, por lo que los Sres. Fiscales deberán limitar la solicitud de esta sanción a supuestos graves, o bien concretar el sector o ámbito concreto de la actividad que deba suspenderse, que lógicamente habrá de ser el que esté más directamente vinculado con la actividad delictiva atribuida a la corporación. El plazo de suspensión de las actividades no puede exceder de 5 años.

V.4 La pena de clausura de locales y establecimientos

El artículo 33.7 d) del Código Penal establece la pena de clausura de los locales y establecimientos, que al igual que en el caso anterior, no puede exceder de 5 años. También aquí parece excesivamente rígido entender como única sanción posible la clausura de todos sus locales y establecimientos. El mismo argumento empleado para la suspensión permite también en este caso una intelección del precepto que permita optar por la clausura de algunos o todos los locales y establecimientos de la persona jurídica, según su vinculación con los hechos penalmente relevantes.

V.5 La prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito

El artículo 33.7.e) se refiere a la prohibición de realizar las actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito. En este sentido, y atendiendo al concreto perfil de la persona jurídica, se le podrá prohibir realizar cualquier tipo de actividad relativa a un determinado sector o especificar una concreta y específica actividad. Por ejemplo, a una empresa financiera que haya cometido un delito de estafa en relación con su actividad en la correduría de seguros, podrá prohibírsele definitivamente todo tipo de intervención en mercados financieros o, más concretamente, sólo la correduría de seguros. Esta prohibición puede acordarse con carácter temporal o definitivo. Si fuese temporal, el plazo no puede exceder de 15 años.

V.6 Las diferentes penas de inhabilitación administrativa

En el artículo 33.7.f) se recogen las inhabilitaciones administrativas. La figura de la inhabilitación no contiene una sola pena, sino un conjunto de ellas.

El juez puede imponer una de ellas o varias. Estas sanciones no se inspiran tanto en procurar una aflicción a la persona jurídica mediante la sanción económica –impedir que obtenga ayudas o beneficios– o la restricción de parte de su actividad –prohibición de contratar con la Administración–, ya que esos fines se cumplen más específicamente con las multas y la suspensión o prohibición de realizar determinadas actividades. Por el contrario, el elemento primordial lo constituye la prevención especial, de modo que la persona jurídica comprobadamente entregada a una actividad delictiva, resulte privada de determinadas ayudas y/o alejada de la actividad y los intereses estatales.

La inhabilitación para contratar con el sector público es la pena que con mayor claridad plasma esta última idea. Por más que pueda ser enormemente aflictiva para empresas que operan en sectores con gran presencia pública –en la ejecución de obra civil, por ejemplo–, la finalidad principal es impedir que el sector público contrate con entidades probadamente implicadas en conductas delictivas.

La inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas es a su vez concreción de ese mismo pensamiento: las Administraciones no colaborarán en la consecución de objetivos de interés común con las personas jurídicas condenadas como responsables de delitos. Está prevista asimismo la inhabilitación para gozar de beneficios e incentivos fiscales o e la Seguridad Social, en la que sí adquiere más peso el puro factor aflictivo de no poder acceder a la obtención de beneficios estatales.

En cualquier caso, el plazo de inhabilitación no puede exceder de 15 años.

V.7 La pena de intervención judicial

Por último, el artículo 33.7.g) prevé la sanción de intervención judicial por un plazo de hasta cinco años. Curiosamente, el nomen iuris intervención judicial había desaparecido de la normativa procesal con la Ley Orgánica 13/2009 de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina Judicial, que dejaba subsistente la expresión administración judicial.

El presupuesto específico de esta pena es la necesidad de salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores. Así pues, si lo que resulta prioritario es poner fin a la continuidad delictiva estando estos intereses sociales en riesgo, se

deberá optar en primer término por la intervención y no por la disolución o la suspensión de actividades.

La extensión y contenido de la intervención debe ser precisada y suficientemente motivada por el juez o tribunal atendiendo a criterios preventivo-especiales, en función de las necesidades concretas. La norma en este punto es enormemente flexible, y el contenido de la intervención puede ir desde la remoción y sustitución de los administradores hasta la mera supervisión de la actividad. En la propia sentencia condenatoria o en un auto posterior, el juez o tribunal deberá determinar quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá confeccionar y presentar los informes de seguimiento. El interventor tiene el más amplio acceso a toda la información necesaria para el desarrollo de sus funciones, además de a las instalaciones y locales de la persona jurídica.

La sentencia debe establecer la duración máxima de la pena de intervención, que no podrá exceder de los 5 años. Sin embargo, la intervención puede suspenderse o modificarse en cualquier momento, previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal, cuando se estime que ha decaído su necesidad. Finalmente, el precepto se remite a un futuro reglamento –que a día de hoy no ha sido promulgado– para la concreta regulación de la función del interventor y su retribución.

En este sentido, debe recordarse que en determinadas infracciones penales imputadas a personas jurídicas, habrán de tenerse en consideración las previsiones legales en relación con la Oficina de Recuperación de Activos española, creada en virtud de lo dispuesto en el apartado tres de la Disposición Final Primera de la Ley Orgánica 5/2010, que introduce el nuevo artículo 367 septies en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, a la que se hace cumplida referencia en la Circular 4/2010 de la Fiscalía General del Estado, sobre las funciones del Fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal.

V.8 Reglas penológicas. Medidas cautelares. Las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal

Las sanciones de naturaleza interdictiva a que se refieren las letras b) a g) del artículo 33.7 del Código Penal, exigen además de la prueba del hecho delictivo, la realización de un juicio de peligrosidad criminal de la persona jurídica. En este sentido, la disolución de la persona jurídica por decisión judicial habrá de atenerse a un adecuado juicio de proporcionalidad, según establece el Tribunal Constitucional en las Sentencias números 85/2003, 111/2007 y 129/2009.

Así, el artículo 66 bis contempla como factores determinantes en orden a concretar la extensión de la pena la necesidad de prevenir la continuidad delictiva, las consecuencias económicas y sociales de la pena y el puesto en la estructura empresarial que ocupa la persona física que omitió el control. Con carácter general, estas penas se imponen por tiempo limitado, no pudiendo en ese caso superar la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para la persona física en el concreto tipo penal, aunque alguna de ellas puede ser impuesta de modo definitivo, como la prohibición a que se refiere el artículo 33.7.e) del Código Penal, y la de disolución, por su propia naturaleza.

En cuanto a la primera de aquellas circunstancias, la necesidad de prevenir la continuidad delictiva, evidencia la importancia de la función preventiva especial de este tipo de sanciones, cuya finalidad última es neutralizar la actividad delictiva de la entidad infractora, ya sea de forma temporal o indefinida. Por lo que respecta a la segunda, las consecuencias económicas y sociales de la pena, trasluce la preocupa-

ción del legislador por el impacto que las penas impuestas a las personas jurídicas pueden tener sobre multitud de personas físicas dependientes de las mismas, mientras la tercera –de formulación extraordinariamente problemática porque parece dar a entender que cabe imputar responsabilidad penal a una persona jurídica cuando quien ha infringido el cuidado debido es un mero empleado de la compañía, independientemente de su posición en ella–, se corrige con la interpretación sistemática de este precepto junto con el párrafo segundo del artículo 31.1 bis del Código Penal, donde como ya se ha adelantado, para responsabilizar a la persona jurídica, el precepto se refiere en último término a los gestores, quienes deben haber omitido el debido control sobre sus subordinados ya sea de forma directa o a través de delegación.

El artículo 66 bis 2.^a del Código Penal establece unos requisitos especiales para la imposición de penas interdictivas de larga duración, de modo que para imponer una de dichas penas por tiempo superior a los dos años, debe concurrir adicionalmente una de estas dos circunstancias:

a) Que la persona jurídica sea reincidente, en el sentido del artículo 22.8.^a del Código Penal.

b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal.

Para imponer una de estas penas por tiempo superior a los 5 años o para la imposición definitiva de la pena del artículo 33.7.e) o de la disolución, en vez de reincidencia debe concurrir o el segundo supuesto antes mencionado o la circunstancia de multireincidencia en el sentido del artículo 66.1.5.^a del Código Penal.

En cuanto a la determinación de la pena, el artículo 66 bis hace una remisión a lo previsto en el artículo 66.1, con excepción de la regla 5.^a, relativa a la multireincidencia, que como hemos visto, se toma en consideración a la hora de imponer las penas del artículo 33.7 letras b) a g) por duración superior a los 5 años o con carácter definitivo. Ello supone que el sistema de determinación de las penas es esencialmente el mismo que el de los delitos cometidos por personas físicas.

No se han previsto más circunstancias que puedan agravar la pena de las personas jurídicas que la reincidencia y la multireincidencia.

Por último, el artículo 33.7 *in fine* establece que el juez instructor podrá acordar como medidas cautelares la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial.

En ausencia de otras previsiones específicas, resultará necesario para su adopción que concurra *fumus boni iuris* y *periculum in mora*. No está determinada la duración de estas medidas, si bien no deberían imponerse por tiempo superior al de la pena que pueda corresponder en caso de ser declarada responsable la persona jurídica.

Tampoco se ha previsto que se pueda acordar como medida cautelar la prohibición de realizar específicas y determinadas actividades sociales directa y estrictamente relacionadas con el delito investigado, lo que constituye un grave inconveniente por cuanto constituiría una posibilidad mucho más acorde con los principios de subsidiariedad y proporcionalidad que también rigen en la fase instructora.

El artículo 33.7 del Código Penal no menciona la necesidad de previa audiencia del imputado para la adopción de estas medidas cautelares, aun cuando los Sres. Fiscales, por aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil, deberán proceder conforme establece el artículo 733.1 de la citada Ley, salvo que por razones de urgencia o para preservar el buen fin de la medida, sea preciso actuar conforme autoriza el número 2 del citado precepto. Hay que recordar que no es preciso que el requisito procesal de la audiencia esté previsto expresamente dado que constituye una conse-

cuencia directa de la garantía constitucional del artículo 24.2 de la Constitución Española.

En el caso de las empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente una o varias consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7 y acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

Las consecuencias accesorias a las que acabamos de referirnos sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones a que se refiere el precepto cuando el Código Penal lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos o faltas por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas. Dado que las únicas previsiones expresas que efectúa el Código Penal en relación con el artículo 129 se refieren a entidades con personalidad jurídica, solo serán de aplicación las consecuencias accesorias para los entes sin personalidad que cometan alguno de los delitos del catálogo de los que pueden ser responsables las personas jurídicas.

El artículo 129 también autoriza al juez instructor a acordar respecto de las entidades sin personalidad jurídica y como medida cautelar durante la instrucción de la causa, la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial, a los efectos establecidos en el precepto y con los límites señalados en el artículo 33.7 del Código Penal.

VI. CUESTIONES PROCESALES QUE SUSCITA LA REFORMA

VI.1 Sobre la necesidad de la reforma procesal

Con carácter general, los países de nuestro entorno que han incorporado en sus ordenamientos un régimen de responsabilidad de las personas jurídicas –estrictamente penal o de otra naturaleza–, han abordado coetáneas reformas de naturaleza procedimental. En algún caso, esas reformas han sido tremendamente parcas; sirva de ejemplo el caso francés, en el que el legislador se ha limitado a señalar que las personas jurídicas debían ser tratadas procesalmente y en la medida de lo posible, como las propias personas físicas, previendo además una figura específica –el *mandataire de justice*– para resolver los conflictos de intereses defensivos que puede producirse entre el legal representante y la corporación. En el polo opuesto, las mucho más detalladas regulaciones que caracterizan a las Leyes especiales austriacas (Ley Federal de 1 de enero de 2006) e italiana (Decreto Legislativo 231/2001, donde se regula la llamada responsabilidad administrativa de los entes).

Las diferentes y en muchos casos imaginativas propuestas del Derecho comparado en esta materia en modo alguno son susceptibles de importación sin más, en la medida en que adoptan soluciones que responden a sistemas procesales muy alejados del nuestro, y que por tanto, necesitarían de una implantación normativa expresa.

Ya en su momento y con ocasión de la entrada en vigor del ahora derogado artículo 31.2 del Código Penal –en el que se preveía que en caso de imposición de una pena de multa al autor del delito, se hiciera responsable de su pago de manera directa y solidaria a la persona jurídica en cuyo nombre o por cuya cuenta hubiera actuado–, la Circular número 2/2004 de la FGE, reconocía que «la asimilación de la persona

jurídica responsable ex artículo 31.2 del Código Penal al imputado, implicará la necesidad de reconocerle el derecho a la tutela judicial efectiva, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa y a no sufrir indefensión... habrá de reconocérsele el derecho al proceso debido.

Deberá garantizársele su participación en el proceso, habrá que incluir a la persona jurídica en el acta de acusación del fiscal y en el auto de apertura del juicio oral, y habrá de admitírsele su personación por medio de abogado y procurador ya en la fase de instrucción, reconociéndole igualmente la posibilidad de recurrir la sentencia en cuanto a las responsabilidades que en la misma se le atribuyan. Cabrá asimismo exigirle a la persona jurídica fianza para garantizar las responsabilidades pecuniarias que pudieran imponérsele en sentencia».

El texto anterior, de vigencia renovada en relación ahora con los preceptos que establecen la responsabilidad penal de las personas jurídicas, da respuesta genérica a algunos de los problemas que se plantean en la práctica con la reforma. Sin embargo, la simple transposición del estatuto de la persona física a la jurídica puede comportar, como se verá a continuación, algunas dificultades derivadas del hecho de que también nuestro Derecho procesal y su consiguiente interpretación jurisprudencial, han sido fundamentalmente concebidos para un proceso en el que las principales instituciones y mecanismos de garantía están vinculados a las personas físicas.

Si las personas jurídicas están en el proceso penal en calidad de imputadas, será preciso determinar en qué medida pueden ser destinatarias de los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 24 de la Constitución y en los correspondientes textos normativos supranacionales, en el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y el 14 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y de forma singular del principio de presunción de inocencia, no solo como regla de tratamiento al imputado, sino también como norma de enjuiciamiento. La única excepción en este sentido se podría plantear respecto de aquellas garantías que solo tuvieran sentido en razón de la condición de persona física del imputado, pero ninguna de las enunciadas en el artículo 24 de la Constitución Española está concebida sobre esta premisa.

Como ya se ha dicho, existe en la actualidad un borrador de texto articulado que se quiere incorporar al Proyecto de Ley de medidas de agilización procesal, en el que se prevé la reforma de algunos artículos de la LECrim y la LOPJ en relación con la imputación penal de las personas jurídicas. Sin embargo, dicho texto en su redacción primera no prevé soluciones para algunos de los problemas que pueden llegar a plantearse, y su contenido último resulta en este momento una incógnita, por cuanto habrá de ser objeto de tramitación parlamentaria y puede sufrir, por tanto, modificaciones, resultando pues de todo punto necesarias una serie de pautas interpretativas de las que se podrán servir los Sres. Fiscales hasta tanto dicha reforma entre en vigor, en su caso.

VI.2 La persona jurídica en el proceso penal

Uno de los problemas fundamentales que plantea la reforma del Código Penal en relación con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es determinar cómo debe realizarse el acceso al proceso de la misma en su condición de imputada y en qué forma el ente colectivo podrá ejercer los derechos que son consustanciales a esa condición. La respuesta a este primer gran interrogante condiciona la respuesta a muchas de las incógnitas que se ciernen sobre el tratamiento procesal de estos nuevos sujetos pasivos del proceso penal.

Justo es reconocer que la verdadera novedad provocada por la reforma es precisamente la posibilidad de que la persona jurídica sea sujeto pasivo del proceso penal,

pues la presencia de personas jurídicas como partes en el mismo no es inédita, ya que resulta relativamente frecuente ver personas jurídicas personadas como parte acusadora, ya sea como acusación particular o popular, y respecto de la acción civil *ex delicto*, como actores o responsables civiles. En ese contexto, la persona jurídica ha intervenido tradicionalmente en el procedimiento a través de la postulación procesal y la dirección técnica del abogado, según los casos.

Lo cierto es que la legislación procesal penal no contiene disposiciones *ad hoc* que contemplen de forma específica el hecho diferencial de que quien actúe sea una persona jurídica y no una persona física. Sucede más bien que la regulación y la praxis procesal penal se han sustentado sobre la teoría general del proceso, y cuando ha sido preciso un apoyo normativo, se ha podido encontrar en la LEC –de aplicación supletoria, conforme prevé su artículo 4– y en la legislación sustantiva aplicable al funcionamiento de cada concreta entidad, según se tratara de entidades civiles o mercantiles.

En ese sentido, las previsiones de la Ley de Enjuiciamiento Civil en relación con las personas jurídicas están fuertemente vinculadas a las peculiaridades del procedimiento civil, y resultan por ello de todo punto insuficientes. El artículo 6.1.3.º de la LEC prevé la capacidad para ser parte de las personas jurídicas, mientras que el artículo 7.4 del mismo texto legal establece que por las personas jurídicas comparecerán en el procedimiento quienes legalmente les representen. Conforme al artículo 30.2 de la LEC, los cambios en la representación o administración de las personas jurídicas no extinguen el poder del procurador ni dan lugar a nueva personación cuando el poder haya sido otorgado por el representante legal de la persona jurídica. Por último, en el artículo 309 de la LEC se establece la posibilidad de interrogar en el proceso tanto a la persona jurídica como a las entidades sin esa personalidad a través de su representante en juicio, si bien las consecuencias de dicho interrogatorio en sede civil no son obviamente trasladables al interrogatorio penal, y en el artículo 381 se prevé la posibilidad de que la persona jurídica dé respuesta por escrito a las cuestiones que le plantee el tribunal.

Aun en ausencia de previsiones legales al respecto, el órgano jurisdiccional tiene el deber concreto de garantizar la plena efectividad del derecho de defensa en cada una de las instancias que componen el proceso, velando por que se dé la necesaria contradicción entre partes y posean idénticas posibilidades de alegación y prueba. Este deber se agudiza en el proceso penal dada la trascendencia de los intereses en juego, de modo que la ausencia de regulación no libera al órgano jurisdiccional ni al Ministerio Fiscal de la obligación de velar por el desenvolvimiento efectivo del derecho de defensa del imputado, más allá del mero respeto formal de las reglas procesales. En este sentido se pronuncian las Sentencias del Tribunal Constitucional números 112/1989, 41/1997, 102/1998, y 91/2000.

No cabe duda de que el complejo sistema de garantías relacionadas entre sí que caracteriza al proceso penal se dibuja en beneficio fundamentalmente del imputado o parte pasiva del proceso, en consideración a la especial posición que ocupa en el seno del mismo. Al mismo tiempo, y según destaca la Sentencia del Tribunal Constitucional número 166/1999, los derechos fundamentales, si bien son derechos subjetivos individuales, tienen a su vez una vertiente objetiva en tanto representan un sistema de valores que se constituye en esencia del Estado de Derecho, de modo tal que mediante dicho entramado se tiende a asegurar el interés público en la persecución del delito y el interés constitucional en que la condena penal resulte de un juicio justo. Así pues, el estatus procesal de imputado, el derecho a ser informado de la acusación, el derecho a la defensa y a un proceso con todas las garantías, exigen la caución adicional del

acceso al procedimiento de todo aquel a quien se le atribuya un acto punible, a los fines de evitar que puedan generarse situaciones materiales de indefensión.

Debe además existir una correlación subjetiva entre los actos de imputación judicial y la acusación, lo que significa que la primera es presupuesto inexcusable de la segunda. Nadie puede ser acusado sin haber sido declarado judicialmente imputado con anterioridad, de suerte que la instrucción judicial sigue asumiendo, en cualquiera de los procedimientos penales, su clásica función de determinar la legitimación pasiva en el proceso, evitando las acusaciones sorpresivas.

Asimismo, según expresa el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 149/1997, nadie puede ser acusado sin haber sido oído por el juez de instrucción con anterioridad a la conclusión de la investigación judicial, que no podrá clausurarse sin permitir al imputado su exculpación frente a la imputación contra él existente. Además, el imputado no debe prestar declaración en calidad de testigo desde el momento en que resulte sospechoso de haber participado en el hecho punible, por cuanto el estatus del testigo conlleva la obligación de comparecer y decir verdad, mientras el imputado puede callar total o parcialmente en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. En este sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional número 115/1998; del TEDH de 25 de febrero de 1993, caso Funke y del Tribunal Supremo número 494/2004, de 13 de abril.

El artículo 6.3 c) del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce el derecho de toda persona sometida al proceso a defenderse por sí misma o a ser asistida por un defensor. Se pone así de manifiesto que quien ejerce el derecho de defensa es el inculpado, de modo que el letrado se limita a orientar técnicamente el ejercicio de ese derecho. Según el Tribunal Constitucional en su sentencia número 91/2000, FJ 13.º, «la opción por la asistencia jurídica no puede entenderse como renuncia o impedimento para ejercer la defensa por sí mismo. Ambas son compatibles, de modo que la defensa técnica no es, en definitiva, sino un complemento de la autodefensa». En similar sentido se pronuncian las Sentencias del TEDH de 16 de diciembre de 1999, casos T y V contra Reino Unido, en las que el Tribunal Europeo afirma que el derecho del acusado a defenderse comporta el de poder dirigir realmente su defensa, dar instrucciones a sus abogados, sugerir el interrogatorio de determinadas preguntas a los testigos y ejercer las demás facultades que le son inherentes.

En ese mismo contexto es en el que deben entenderse las numerosas resoluciones del TEDH en relación con la importancia indudable que tiene el principio de contradicción y la presencia del acusado en el marco de un juicio justo (en este sentido, Sentencias del TEDH, caso Colozza contra Italia, de 28 de agosto de 1991; caso FCB contra Italia, de 23 de noviembre de 1993; caso Poitrimol contra Francia, de 22 de septiembre de 1994; caso Lala y Pelladoah contra Holanda y las Sentencias de 10 de junio de 2009, en el caso Igual Coll, y de 16 de noviembre de 2010, en el caso García Fernández, ambos contra España).

Para garantizar a la persona jurídica imputada el régimen que se acaba de describir, existe una primera alternativa que conlleva una cierta humanización de la misma, que en ese sentido, se encarnará en el proceso penal a través de su representante legal, sin perjuicio de la postulación procesal, es decir, de su representación por medio de procurador y de la asistencia técnica letrada características del proceso penal, en cada caso. Esta solución lleva aparejados algunos problemas que el legislador podía haber resuelto mediante la consiguiente habilitación legal; entre otros, la necesidad de determinar el estatuto de la persona física que materializa a la jurídica en el proceso y la determinación de si ese estatuto incluye, y en su caso cuales, las cargas que también comporta la calidad de imputado.

Resulta por lo demás claro que, dado que nuestro sistema vincula la responsabilidad penal de la persona jurídica a la existencia de un delito cometido por ciertas personas relacionadas con la sociedad a las que ya se hizo referencia, el legal representante de la misma puede aparecer igualmente imputado a título personal en el procedimiento, siendo posible la producción de un eventual conflicto de intereses defensivos –generador de cierta esquizofrenia procesal– que debería resolverse mediante el nombramiento de un nuevo representante legal y/o una doble dirección letrada. Por otra parte, sería necesario precisar qué hacer en caso de que el legal representante dejara de acudir a un llamamiento judicial.

Una segunda solución pasa por considerar innecesaria la presencia física a lo largo de todo el proceso de una persona que materialmente represente a la persona jurídica, entendiendo que desde el punto de vista de las garantías no es preciso un rostro en el que visualizar a la corporación imputada y/o acusada. Las consecuencias inmediatas de esta segunda opción son, de un lado, la posibilidad de prescindir de la presencia del legal representante de la entidad en los actos procesales que impliquen intervención personal (declaración en sede judicial o ejercicio del derecho a la última palabra) y de otro, que resulten de todo punto innecesarias las medidas de coacción individual dirigidas a garantizar esa presencia, no necesaria, en el procedimiento (detención, prisión preventiva etc.). Desde esta concepción, el derecho de defensa y las garantías procesales de las personas jurídicas quedarían a salvo a través del ejercicio de las funciones que respectivamente les corresponden, en su caso, al procurador y al abogado, quienes a tal fin, mantendrían con la persona jurídica un contacto igual que con cualquier otro cliente.

A falta de normas que resuelvan esta cuestión, la solución que se propone combina elementos de las dos opciones anteriores. En primer término, la salvaguarda del derecho de defensa de la persona jurídica exige que –al igual que ocurre con las personas físicas– le sea comunicada con inmediatez la imputación, en los términos y con las prescripciones y derechos a que hacen alusión los artículos 118, 768 y 775 de la LECrim.

Toda persona a quien se impute un acto punible puede ejercitar el derecho de defensa debiendo ser representada por procurador y defendida por letrado, designándosele de oficio cuando no lo haya nombrado por sí mismo y así lo solicite, y en todo caso cuando no tengan aptitud legal para verificarlo. En el procedimiento abreviado, el abogado designado para la defensa tiene también habilitación legal para la representación de su defendido, no siendo necesaria la intervención del procurador hasta el trámite de apertura del juicio oral.

Conforme a la interpretación del Tribunal Constitucional entre otras, en su Sentencia número 18/2005 de 1 de febrero, «en el procedimiento abreviado la garantía de audiencia previa implica que el Juez ponga en conocimiento del imputado el hecho objeto de las diligencias previas y la propia existencia de una imputación, que le ilustre de sus derechos, especialmente el de designar abogado, y que permita su exculpación en la primera comparecencia prevista en el artículo 789.4 LECrim».

Así pues, los Sres. Fiscales interesarán del juez que el emplazamiento para la primera comparecencia en la que haya de informarse a la persona jurídica de la imputación se realice en la persona del legal representante de la entidad, con idénticas exigencias de formato y constancia de su recepción que las exigibles en el mismo caso respecto de las personas físicas. Dicha comunicación habrá de remitirse al domicilio social, que dependiendo si se trata de una sociedad civil o mercantil, será el previsto en los artículos artículo 41 del Código Civil y 9 y 10 de la Ley de Sociedades de Capital, respectivamente.

En este sentido, dadas las peculiares características de las personas jurídicas, en las que pueden existir intereses comunes o contrapuestos entre los diferentes intervinientes en el proceso –imputados personas físicas y jurídicas, testigos y demás partes en el proceso–, los Sres. Fiscales cuidarán de que no se utilice la designación del legal representante de la persona jurídica como un recurso para atribuir indebidamente un estatus similar al del imputado a aquellas personas que deban tener en el proceso una intervención diferente. El legal representante de la persona jurídica que no haya sido imputado personalmente y actúe en el procedimiento penal en nombre de la misma, no tendrá la condición de imputado pero formalmente gozará de las garantías propias del mismo en la medida en que actúe en nombre de la corporación y a los solos fines de garantizar el derecho de defensa de ésta última.

En una segunda secuencia, al tiempo de materializarse la imputación, la persona jurídica será informada, por medio también de su legal representante, de los hechos concretos en que se basa la imputación y del régimen de derechos que como imputada le asisten según los artículos 520.2 y 771.2.^a de la LECrim, así como de las consecuencias de su intervención voluntaria en determinadas diligencias. Asimismo, los Sres. Fiscales cuidarán de que dicho representante legal pueda prestar declaración en calidad de imputado en representación de la persona jurídica si así lo considera oportuno, dejando constancia escrita y fehaciente de su renuncia o del contenido de la misma, en su caso.

Nada obsta a que en adelante, la persona jurídica intervenga en la instrucción del procedimiento por medio de su procurador y su letrado, siendo este último quien haga llegar al proceso –a través de la petición de diligencias, la aportación de pruebas y/o la presentación de alegaciones por escrito cuando lo considere conveniente–, los argumentos defensivos de la corporación conforme a las instrucciones del legal representante y/o las que se le hagan llegar por los cauces estatutariamente previstos por la persona jurídica a tal fin. La anterior forma de proceder garantiza el derecho de defensa y el proceso contradictorio, sin que resulte imprescindible que el legal representante esté presente en las diferentes diligencias procesales que hayan de tener lugar, sin perjuicio de lo cual, y siempre que entienda que conviene a su derecho de defensa, pueda asistir personalmente a las diligencias de investigación en la forma prevista en el artículo 302 de la LECrim, formular observaciones en la diligencia de inspección ocular o en las relativas al cuerpo del delito conforme a los artículos 333 y 336.2 de la LECrim, intervenir en el nombramiento de peritos según establecen los artículos 350.2, 356 y 471, solicitar la práctica de diligencias de identificación de acuerdo con el artículo 368 de la LECrim, o prestar declaración en calidad de imputado cuantas veces quiera y cuando lo estime pertinente a largo de la instrucción del procedimiento, según establecen los artículos 396 y 400 de la LECrim.

En caso de ser simultánea o sucesivamente imputados en el mismo procedimiento tanto el legal representante de la persona jurídica a título individual, como la propia corporación, esta última puede designar un nuevo representante legal en el procedimiento si lo considera necesario para el ejercicio de su defensa. Asimismo, y con carácter general, es posible que la representación y defensa letrada del legal representante y de la persona jurídica se materialicen en un solo procurador y un único abogado –piénsese en la opción de desarrollar una misma estrategia procesal y defensiva–, sin perjuicio de lo cual, en caso de apreciarse la existencia de un conflicto de intereses de esta naturaleza, los Sres. Fiscales deberán hacer notar dicha circunstancia al Juez, quien de considerarlo oportuno, apercibirá al letrado acerca de dicho conflicto, y en su caso, adoptará las medidas oportunas para designar un procurador y una dirección letrada diferentes para cada uno de los imputados. Tal iniciativa puede partir asi-

mismo del propio abogado en el ejercicio de sus funciones y conforme a las exigencias de la deontología profesional.

A fin de garantizar el ejercicio del derecho de defensa de la persona jurídica en la vista oral, los Sres. Fiscales cuidarán de que el legal representante de la persona jurídica sea citado para asistir con el mismo régimen –en cuanto a la posibilidad de celebración en su ausencia– que el previsto para el juicio en ausencia del acusado en el artículo 786.1 de la LECrim y que pueda hacer uso, si esa es su voluntad, del derecho a la última palabra en los términos a que se refiere el artículo 739 de la LECrim.

En caso de haber sido admitida la prueba de su interrogatorio en la vista oral, los Sres. Fiscales se asegurarán de que preste declaración con las garantías del imputado; cuidarán asimismo de que el legal representante de la persona jurídica preste su consentimiento, junto con el de su letrado, en caso de llegarse a un acuerdo de conformidad con las acusaciones de acuerdo con lo previsto en los artículos 655, 694, 697, 784.3 y 787 de la LECrim, y de que firmen el acta en que dicho acuerdo se formalice. En todo caso, los Sres. Fiscales cuidarán de que la instrucción judicial no se cierre en falso o en su fase embrionaria como consecuencia de la formalización de acuerdos de conformidad que constituyan mecanismos de deslizamiento de la responsabilidad desde la persona jurídica a la individual y viceversa. En ese contexto, se evitarán especialmente los acuerdos de conformidad que supongan la asunción de la responsabilidad penal por parte de la persona jurídica conforme a las previsiones del párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal, respecto de delitos en los que puedan haber incurrido en esa misma responsabilidad también las personas físicas, y particularmente los representantes legales y administradores de hecho y de derecho de la entidad.

El límite de admisibilidad de la conformidad, al situarse en los seis años de prisión según el artículo 784.3.º y 787.1 LECrim en relación con el artículo 688 a 700 de la LECrim, se fija con relación a una pena privativa de libertad, de donde se puede interpretar la admisibilidad de la conformidad de la persona jurídica con cualquiera de las penas –todas ellas de naturaleza grave– que puedan solicitarse. No obstante, por las mismas razones que se han expuesto más arriba, y a la vista de las exigencias del artículo 801 de la LECrim, aun en aquellos supuestos en los que resulte legalmente posible, se desaconseja que los Sres. Fiscales recurran al expediente de reconocimiento de hechos durante la instrucción al amparo del 779.1.5.ª de la LECrim.

En relación con algunas de las disfunciones que este régimen procesal de emergencia que se propone pudiera generar, debe recordarse que la aplicación de la reserva de Ley Orgánica a las medidas cautelares personales es consecuencia de lo dispuesto con carácter general en los artículos 53.2 y 81.1 de la Constitución. Como consecuencia de ser la libertad presupuesto necesario de otros derechos fundamentales, la Constitución la configura de forma negativa, de modo que el derecho fundamental a la libertad aparece como garantía de no ser privado de ella salvo en los casos y en la forma dispuestos por la Ley, de manera que la norma que detalle las condiciones de la privación o restricción y el procedimiento para adoptarla integra el desarrollo del derecho mismo, y éste puede verse conculcado tanto cuando se actúa bajo la cobertura impropia de la Ley, como cuando se opera contra lo que la Ley dispone.

Por consiguiente, a falta de habilitación legal expresa por medio de Ley Orgánica, no es posible en este momento adoptar medida alguna de aseguramiento de carácter personal respecto del legal representante de la persona jurídica imputada, por cuanto si bien el mismo ostenta por subrogación los derechos inculpativos, en muchos casos no estará personalmente imputado, y por tanto, no puede ser sometido a detención, prisión provisional ni búsqueda. Todo lo más su incomparecencia podrá motivar la declaración de rebeldía de la persona jurídica.

La modificación de la persona jurídica a lo largo del procedimiento obligará a la nueva a decidir acerca del mantenimiento o no del representante defensivo designado; se debe dar cabida en el procedimiento a las sociedades resultantes de escisiones o fusiones de las entidades inicialmente imputadas, de modo que estén en condiciones de solicitar diligencias de instrucción. Los cambios en la dirección letrada no deben afectar a la validez de lo actuado hasta ese momento.

Cuando la defensa de la persona jurídica consista en atribuirse la condición de víctima del delito cometido por sus gestores o subordinados en las condiciones del artículo 31 bis, no podrá formular acusación contra las personas físicas en el seno del mismo procedimiento. Nuestra Ley procesal parte de la premisa de que acusador y acusado son personas distintas, y por tanto, no contempla que un mismo sujeto pueda presentar en el mismo proceso un escrito de acusación y otro de defensa, ni que tenga intervención en el juicio oral tanto en calidad de acusador como en calidad de acusado, situación que solo se da excepcionalmente en el juicio de faltas.

VI.3 Postulación y Derecho a la justicia gratuita

Las personas jurídicas no son titulares del derecho a la asistencia jurídica gratuita. Tal opción fue declarada válida en la Sentencia del Tribunal Constitucional número 117/1998, en atención al amplio margen de discrecionalidad que otorga al legislador el carácter prestacional y de configuración legal del derecho. A ello se une el hecho de que las personas jurídicas constituyen una creación del propio legislador, de modo que su existencia y su capacidad jurídicas vienen supeditadas a lo dispuesto por las Leyes, lo que, según el Tribunal, no supone diferencia de trato con las personas físicas, al tratarse de realidades diferentes que permiten y justifican el trato desigual.

Sin perjuicio de lo anterior, el legislador ha atendido en cada caso a la naturaleza y fines de las personas jurídicas, otorgándoles en algunos supuestos el derecho a la justicia gratuita en la legislación especial. En la actualidad, esta asistencia se prevé para las asociaciones de utilidad pública, previstas en el artículo 32 de la Ley Orgánica Reguladora del Derecho de Asociación, para las fundaciones inscritas en el Registro Público correspondiente –siempre que acrediten insuficiencia de recursos para litigar conforme a las previsiones del artículo 2 de la Ley 1/1996 de 10 de enero, de Asistencia Jurídica Gratuita– y para Cruz Roja Española y las fundaciones benéfico-docentes.

En cuanto a las sociedades mercantiles, no son titulares del derecho a la justicia gratuita aunque cuando acrediten insuficiencia de recursos para litigar con base en la absoluta carencia de beneficios, dado que no tienen reconocido el beneficio cualquiera que sea su situación económica (en este sentido, el Auto del Tribunal Supremo de 12.9.00 y la Sentencia del Tribunal Constitucional número 117/1998).

VI.4 Derecho al intérprete

La asistencia gratuita del intérprete durante el desarrollo del proceso constituye una manifestación del derecho a un proceso con todas las garantías y una garantía instrumental del derecho de defensa. Las normas sobre asistencia gratuita de un intérprete son aplicables al imputado, y por consiguiente, habrán de serlo igualmente a la persona jurídica en su condición de tal.

Así pues, cuando la persona jurídica tenga nacionalidad extranjera y así lo solicite, se le debería trasladar la imputación y el resto de comunicaciones de que sea destinataria en la lengua que designe como propia, y en su defecto, en la del país de su nacionalidad o en el que se ubique espacialmente.

VI.5 Diligencias con origen en procedimientos o actuaciones previas de carácter administrativo

La posibilidad de atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas conforme al artículo 31 bis del Código Penal puede reavivar el viejo debate alimentado por quienes, partiendo de la alegación de la identidad ontológica entre las sanciones penales y las administrativas, consideran que el deber de colaboración de las personas jurídicas con los órganos investigadores en los procedimientos administrativos sancionadores seguidos contra ellas, resulta muy discutible. Desde ese punto de vista, la reforma del Código Penal constituiría un arma de doble filo para el *ius puniendi* estatal, al colocar a las personas jurídicas en un terreno en el que se las facultaría para rehusar toda cooperación.

En primer término, debe recordarse que la doctrina del Tribunal Constitucional, ya desde la Sentencia 18/1981 de 8 de junio, entiende que le son de aplicación a las potestades sancionadoras de la Administración las garantías procedimentales previstas en el artículo 24.2 de la Constitución, si bien no mediante una aplicación acrítica y literal, sino en la medida necesaria para preservar los valores esenciales que se encuentran en la base de dicho precepto y la seguridad jurídica que garantiza el artículo 9.3 de la Constitución. En este sentido se pronuncian también las Sentencias del mismo Tribunal números 44/1983 de 24 de mayo, 28/1989 de 6 de febrero, 3/1999 de 25 de enero, 117/2002 de 20 de mayo, 205/2003 de 1 de diciembre y 142/2009 de 15 de junio.

Por otra parte, en dos supuestos en los que fueron incorporados al proceso penal documentos obtenidos en procedimientos administrativos previos, tras requerimientos dirigidos a sendas personas jurídicas, las Sentencias del Tribunal Constitucional números 18/2005 y 68/2006 recurrieron a un mismo argumento que ha sido tachado de excesivamente formalista, pero que sin embargo, remite al criterio –ciertamente consolidado en la doctrina del propio Tribunal– de que no es posible alegar en favor de uno los derechos que son de titularidad de otros. Se centraba así el razonamiento en el hecho de que la persona jurídica requerida para entregar la documentación en cada caso concreto no era la persona física imputada después en el proceso penal, de donde se podía deducir no solo la falta de trascendencia del requerimiento dirigido a persona distinta del imputado en sede penal, sino que la persona jurídica no era titular del derecho a no aportar pruebas que le incriminen.

No obstante, el fondo del asunto ha sido resuelto quizá con mejores argumentos en la STC 233/2005 cuando expresa en su FJ 5 que «es indiscutible que la lucha contra el fraude fiscal es un fin y un mandato que la Constitución impone a todos los poderes públicos, singularmente al legislador y a los órganos de la Administración tributaria (SSTC 79/1990, de 26 de abril, FJ 3; 46/2000, de 17 de febrero, FJ 6; 194/2000, de 19 de julio, FJ 5; y 255/2004, de 22 de diciembre, FJ 5), razón por la cual este Tribunal Constitucional ha tenido ya ocasión de declarar que para el efectivo cumplimiento del deber que impone el art. 31.1 CE es imprescindible la actividad inspectora y comprobatoria de la Administración tributaria, ya que de otro modo se produciría una distribución injusta en la carga fiscal (SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 3; y 76/1990, de 26 de abril, FJ 3). De lo anterior se sigue que el legislador ha de habili-

tar las potestades o los instrumentos jurídicos que sean necesarios y adecuados para que, dentro del respeto debido a los principios y derechos constitucionales, la Administración esté en condiciones de hacer efectivo el cobro de las deudas tributarias (STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 3). Y no cabe duda de que «el deber de comunicación de datos con relevancia tributaria se convierte, entonces, en un instrumento necesario, no sólo para una contribución justa a los gastos generales (art. 31.1 CE), sino también para una gestión tributaria eficaz, modulando el contenido del derecho fundamental a la intimidad personal y familiar del artículo 18.1 CE» (AATC 197/2003, de 16 de junio, FJ 2; y 212/2003, de 30 de junio, FJ 2; y en sentido similar SSTC 110/1984, de 26 de noviembre, FJ 5; 143/1994, de 9 de mayo, FJ 6 y STC 292/2000 de 30 de diciembre)».

Por último, resultan también muy expresivas las múltiples sentencias dictadas por el Tribunal Constitucional en relación con la validez de las pruebas de detección de alcohol en sangre realizadas por agentes de la autoridad, donde, *mutatis mutandis*, se proporcionan razonamientos predicables respecto de aquellos documentos que se obtengan bajo apercibimiento de sanción administrativa en el marco de procedimientos administrativos de inspección tributaria o de la Seguridad Social, reintegro de subvenciones, fiscalización de cuentas etc.

El Tribunal Constitucional entiende que el sometimiento a las pruebas de detección alcohólica bajo advertencia de incurrir en delito de desobediencia en caso de negativa, no constituye vulneración alguna del derecho a no declarar, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, pues no se obliga al detectado a emitir una declaración que exteriorice un contenido admitiendo su culpabilidad, por lo que la colaboración que se le exige no incide en los derechos reconocidos en los artículos 17.3 y 24.2 de la Constitución; ello siempre y cuando tales diligencias se realicen con todas las garantías formales que sean de aplicación y se incorporen al proceso para someterse a contradicción durante la instrucción y en el juicio oral.

Así, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 76/1990 de 26 de abril refiere que no es posible hablar de declaración desde el punto de vista del derecho a no autoinculparse, en el cumplimiento del deber ciudadano de someterse al test de alcoholemia o en la aportación o exhibición de aquellos documentos contables que sean requeridos coactivamente por la Administración Tributaria, existiendo un deber de exhibición de estos documentos, sin que esta aportación pudiera equipararse a una declaración contraria a lo previsto en el artículo 24.2 de la Constitución.

Igualmente, la Sentencia número 161/1997 del Pleno del Tribunal Constitucional, de 2 de octubre de 1997 alude a que «Las garantías frente a la autoincriminación se refieren en este contexto solamente a las contribuciones del imputado o de quien pueda razonablemente terminar siéndolo y solamente a las contribuciones que tienen un contenido directamente incriminatorio. Así, en primer lugar, tal garantía no alcanza, sin embargo, a integrar en el derecho a la presunción de inocencia la facultad de susstraerse a las diligencias de prevención, de indagación o de prueba que proponga la acusación o que puedan disponer las autoridades judiciales o administrativas. La configuración genérica de un derecho a no soportar ninguna diligencia de este tipo dejaría inermes a los poderes públicos en el desempeño de sus legítimas funciones de protección de la libertad y la convivencia, dañaría el valor de la justicia y las garantías de una tutela judicial efectiva, y cuestionaría genéricamente la legitimidad de diligencias, tales como la identificación y reconocimiento de un imputado, la entrada y registro en un domicilio, o las intervenciones telefónicas o de correspondencia». En similar sentido, resultan también ilustrativas las Sentencias del Tribunal Constitucional números 103/1985, 195/1987, 3/1990, 202/1991, 24/1992, 252/1994, 197/95, 234/1997, 89/1998 y 111/1999.

La anterior doctrina resulta coherente con la del propio TEDH en las Sentencias de los casos Funke contra Francia, de 25 de febrero de 1993, Murray contra el Reino Unido de 8 de febrero de 1996, Mialhe contra Francia de 26 de septiembre de 1996, Saunders contra Reino Unido de 17 de diciembre de 1996, J.B. contra Suiza, de 3 de mayo de 2001, Allan contra el Reino Unido de 5 de noviembre de 2002, O'Halloran y Francis contra el Reino Unido, de 29 de junio de 2007, Satir contra Turquía, de 1 de diciembre de 2009 y Brusco contra Francia, de 14 de octubre de 2010, en las que, en relación con el derecho a no autoinculparse del imputado, se precisa que dicha prerrogativa no se ve afectada por el acceso a los elementos de prueba que existen con independencia de la voluntad de la persona en cada caso. Así, la Sentencia del caso Saunders contra Reino Unido expresa en su párrafo 69 que el derecho a no declarar contra sí mismo tal y como se entiende comúnmente en los sistemas jurídicos de las partes contratantes de la Convención, se refiere en primer lugar al respeto a la decisión del acusado de guardar silencio, de modo que no se puede obligar a nadie a declarar o a responder preguntas, aun cuando, según argumenta la Sentencia de 8 de febrero de 1996 en el caso Murray contra el Reino Unido, sí se pueden extraer conclusiones del silencio en caso de ser razonable esperar una respuesta del inculgado.

Según el TEDH, esta interpretación en relación con el derecho a guardar silencio no se extiende al uso en el procedimiento penal de datos que se pueden obtener del acusado recurriendo a los poderes coercitivos y que existen independientemente de la voluntad del sospechoso, como por ejemplo los documentos, las pruebas de aliento, de sangre o de orina, así como tejidos corporales para la realización de un análisis de ADN, en cuyo caso, debe efectuarse una ponderación respecto de la naturaleza y grado de la coerción, el peso del interés público comprometido en cada supuesto, la existencia o no de garantías apropiadas en el procedimiento, y la utilización hecha de los elementos finalmente obtenidos en el proceso, donde rige el principio de igualdad de armas y resulta posible, en el marco del ejercicio del derecho de defensa, su impugnación y/o la aportación de datos o argumentos alternativos y/o exculpatorios.

VI.6 Principio acusatorio

Las penas a las que se refiere el artículo 31 bis y las medidas del artículo 129, ambos del Código Penal, están lógicamente sometidas al principio acusatorio, el cual vincula al órgano judicial decisor respecto del tipo y cuantía máxima de la pena o medida solicitada por la acusación más grave de entre las formuladas.

VI.7 Legitimación activa

Conforme al artículo 125 de la Constitución y el 19.1 de la LOPJ, la existencia de la acusación popular en nuestro sistema procesal obedece al carácter público de la acción penal y a la participación ciudadana en la Administración de Justicia. En el régimen jurídico de esta singular figura procesal, el acusador no precisa, por tanto, tener interés en el procedimiento.

Un eventual ejercicio abusivo de la acción popular, puede constituir el cauce para menoscabar la reputación de las personas, tanto físicas como jurídicas. De ello se deriva la especial diligencia con que los Sres. Fiscales evalúan y emiten informe en relación con la admisión e inadmisión de querellas interpuestas en el ejercicio de las previsiones de los artículos 312 y 313 de la LECrim.

En este sentido, deberá ponerse particular atención a los procedimientos que se sigan contra sociedades cotizadas, entidades financieras y de seguros y empresas de cualquier sector que cuenten con trabajadores en plantilla, a fin de evitar las consecuencias nocivas y en algún caso irrecuperables derivadas de lo que en términos económicos se denomina riesgo reputacional, en la medida en que procedan de imputaciones penales formuladas en ausencia de unos mínimos datos incriminatorios.

VI.8 Diligencias de investigación del Ministerio Fiscal

En el curso de las diligencias de investigación de la Fiscalía, la persona jurídica investigada ostentará el derecho de defensa que el art. 5 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal reconoce al sospechoso.

En cuanto a la concreta intervención de la persona jurídica imputada en las diligencias de investigación, se reitera en este punto lo sugerido en relación con los procedimientos judiciales en la medida en que resulta de aplicación.

VI.9 Iniciación del proceso e interrupción de la prescripción

Tras la reforma operada por LO 5/2010, el artículo 132 del Código Penal tiene el siguiente tenor:

«1. Los términos previstos en el artículo precedente se computarán desde el día en que se haya cometido la infracción punible. En los casos de delito continuado, delito permanente, así como en las infracciones que exijan habitualidad, tales términos se computarán, respectivamente, desde el día en que se realizó la última infracción, desde que se eliminó la situación ilícita o desde que cesó la conducta.

En la tentativa de homicidio y en los delitos de aborto no consentido, lesiones, contra la libertad, de torturas y contra la integridad moral, la libertad e indemnidad sexuales, la intimidad, el derecho a la propia imagen y la inviolabilidad del domicilio, cuando la víctima fuere menor de edad, los términos se computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad, y si falleciere antes de alcanzarla, a partir de la fecha del fallecimiento.

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

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

2. No obstante lo anterior, la presentación de querrela o la denuncia formulada ante un órgano judicial, en la que se atribuya a una persona determinada su presunta participación en un hecho que pueda ser constitutivo de delito o falta, suspenderá el cómputo de la prescripción por un plazo máximo de seis meses para el caso de delito y de dos meses para el caso de falta, a contar desde la misma fecha de presentación de la querrela o de formulación de la denuncia.

Si dentro de dicho plazo se dicta contra el querrellado o denunciado, o contra cualquier otra persona implicada en los hechos, alguna de las resoluciones judiciales mencionadas en el apartado anterior, la interrupción de la prescripción se entenderá

retroactivamente producida, a todos los efectos, en la fecha de presentación de la querrela o denuncia.

Por el contrario, el cómputo del término de prescripción continuará desde la fecha de presentación de la querrela o denuncia si, dentro del plazo de seis o dos meses, en los respectivos supuestos de delito o falta, recae resolución judicial firme de inadmisión a trámite de la querrela o denuncia o por la que se acuerde no dirigir el procedimiento contra la persona querrelada o denunciada. La continuación del cómputo se producirá también si, dentro de dichos plazos, el Juez de Instrucción no adoptara ninguna de las resoluciones previstas en este artículo.

3. A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho».

Como se puede observar, la reforma modifica el apartado 2 del artículo 132, de modo que la prescripción se interrumpirá, quedando sin efecto el tiempo transcurrido, cuando el procedimiento se dirija contra la persona indiciariamente responsable del delito o falta, comenzando a correr de nuevo desde que se paralice el procedimiento o termine sin condena.

Por otra parte, en la regla 3.^a del propio apartado 2 se establece que «A los efectos de este artículo, la persona contra la que se dirige el procedimiento deberá quedar suficientemente determinada en la resolución judicial, ya sea mediante su identificación directa o mediante datos que permitan concretar posteriormente dicha identificación en el seno de la organización o grupo de personas a quienes se atribuya el hecho». Por consiguiente, sólo cuando quede identificada la persona jurídica como posible responsable penal, se interrumpirá la prescripción respecto de la misma conforme establece la norma citada. La regla 3.^a del precepto, relativa a organizaciones o grupos de personas a los que se atribuya el hecho, parece permitir la identificación inconcreta de los individuos que forman parte de la organización o el grupo, pero no de la propia organización o grupo en sí, a cuyo fin, los Sres. Fiscales cuidarán de facilitar el mayor número de datos posibles a tal efecto, sin perjuicio de entender que los cambios de denominación, fusiones, transformaciones y demás expresiones propias de la dinámica societaria no tendrán incidencia alguna en cuanto a la prescripción ya interrumpida respecto de la corporación originaria.

VI.10 La pretensión civil

Junto con la responsabilidad penal autónoma de la persona jurídica, la reforma establece su responsabilidad civil por el hecho delictivo, solidaria con la de la persona física autora conforme a las previsiones del artículo 116.3 del Código Penal. La responsabilidad civil subsidiaria de las personas jurídicas a que se refiere el artículo 120 del Código Penal resulta de aplicación en los supuestos no contemplados en el artículo 31 bis y/o cuando sea de aplicación el artículo 31 del Código Penal, además de para aquellas conductas que a pesar de tener encaje en el artículo 31 bis, su comisión por la persona jurídica no se encuentra prevista en el catálogo *numerus clausus* de la Parte Especial.

Es compatible que en el mismo procedimiento se declare la responsabilidad civil directa de la persona jurídica consecuencia de la aplicación del artículo 31 bis y 116.3, ambos del Código Penal, con su declaración como responsable civil subsidiaria deri-

vada de la aplicación del artículo 31 del Código Penal al gestor de hecho o de derecho y del artículo 120 del mismo texto legal.

VI.11 Competencia objetiva y funcional

En la mayor parte de los casos, el procedimiento de aplicación será el Abreviado conforme al artículo 757 de la LECrim. Sin embargo, por razón de la pena a imponer a las personas físicas, puede resultar de aplicación el procedimiento ordinario.

No se ha previsto la creación de órganos especializados ni la atribución de la instrucción a los Juzgados de lo Mercantil como se sugirió por algún sector de la doctrina en su momento, y por tanto, la regla que resulta de aplicación en todo caso es el artículo 14 de la LECrim, que en sus apartados 3.º y 4.º, atribuye la competencia objetiva para enjuiciar los delitos a los Juzgados de lo Penal si la pena prevista es la de multa o siendo otra la sanción, tiene duración no superior a los 10 años. Corresponderá el enjuiciamiento a la Audiencia Provincial en el caso de las penas interdictivas previstas en el artículo 33.7 letras b) a g) del Código Penal de duración superior a los diez años, lo que debe extenderse a la pena de prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido y encubierto el delito impuesta con carácter definitivo conforme autoriza el artículo 37.7 e) del Código Penal y la de disolución, por su carácter permanente.

Como excepción cabe que la investigación y enjuiciamiento de algunos delitos esté atribuida a la Audiencia Nacional; es lo que ocurre con algunos de los delitos contra el mercado y los consumidores del artículo 288 y de tráfico de drogas del 369 bis del Código Penal, cuando por sus ámbitos encajen en las previsiones de los apartados c) y d) del artículo 65.1 de la LOPJ; lo mismo sucede en los delitos de financiación del terrorismo del artículo 576 bis, que serán instruidos por los Juzgados Centrales de Instrucción y enjuiciados según la gravedad de la pena por el Juzgado Central de lo Penal o por la Sala Penal de la Audiencia Nacional. También corresponderá enjuiciar delitos cometidos por personas jurídicas al Tribunal del Jurado en el caso del cohecho del artículo 427.2 y el tráfico de influencias del artículo 430 del Código Penal, pues a ambos preceptos hace alusión el artículo 1.2 LOTJ.

Aun cuando no se ha descartado la posibilidad de acudir a los cauces del Procedimiento Especial para el Enjuiciamiento Rápido de Delitos, con carácter general se desaconseja la tramitación de los procedimientos por este cauce, dada la previsible complejidad de las investigaciones en las que se vean implicadas las personas jurídicas.

Sin embargo, no puede ignorarse que en el ámbito de aplicación de este procedimiento ex artículo 795.1.2.ª de la LECrim se incluyen algunas infracciones susceptibles de ser imputadas a personas jurídicas, como los delitos contra la propiedad intelectual o industrial o los de tráfico de drogas; sin embargo, las exigencias adicionales del artículo 796 de la LECrim parecen impedir *a priori* que las autoridades policiales se planteen utilizar el procedimiento en estos casos, salvo por la vía del 779.1.5.ª de la LECrim, es decir, en caso de conformidad del acusado y con todas las reservas a que ya se hizo referencia en otro apartado de la presente Circular.

VI.12 Incoación de piezas separadas

Teniendo en consideración el mecanismo de responsabilización por el que ha optado el legislador español en el artículo 31 bis del Código Penal, se desaconseja la

incoación de piezas separadas a lo largo de la investigación para determinar la responsabilidad de las personas físicas y jurídicas, que deberá ser dilucidada en un mismo procedimiento.

No obstante, en casos excepcionales podrá valorarse la pertinencia de incoar tales piezas a fin de evitar dilaciones, siguiendo los criterios expresados en la Sentencia del Tribunal Supremo número 867/2002 de 29 de julio (Caso Banesto), conforme a la cual, cabe «la posibilidad de incoar piezas separadas en casos de delincuencia económica, cuando la investigación conjunta de los delitos, lejos de favorecer el esclarecimiento de los hechos, puede producir un efecto contrario y no deseado».

VI.13 Diligencias restrictivas de derechos fundamentales

Como ya se anticipó en otro apartado de la presente Circular, la cuestión del ejercicio por parte de la persona jurídica de derechos fundamentales reside en que, siendo ésta diferente de las personas físicas que forman parte de ella, la primera sirve como instrumento y manifestación de las expectativas de realización, autonomía, libertad y dignificación de las segundas.

Aunque la vinculación del concepto constitucional de domicilio al desarrollo de la vida privada parece indicar lo contrario, el texto constitucional no parece circunscribir categóricamente el derecho a la inviolabilidad del domicilio a las personas naturales o físicas. En este sentido, el Tribunal Constitucional en su Sentencia número 137/1985 establecía la extensión de la protección constitucional a la sede de las personas jurídicas en algunos supuestos específicos, del mismo modo que lo hace con otros derechos fundamentales como los fijados en el artículo 24 de la Constitución. Sin embargo, en posteriores resoluciones del mismo Tribunal, las número 228/97 y 283/2000, se insistía en que el objeto de protección del derecho es la morada como espacio de privacidad de la persona, allí donde ejercen su libertad más íntima.

La jurisprudencia más reciente ha matizado el alcance de esa protección constitucional basándose en si el lugar donde se ejerce una profesión o donde radica la sede de una persona jurídica está abierta o no al público. Así se impone la necesidad de diferenciar entre las oficinas en las que se ubica la sede de una persona jurídica a las que procede atribuir la protección del reconocido derecho a la intimidad que a la misma llega a amparar, y aquellos otros despachos o dependencias –constituyan o no sede social– que por su disposición a la entrada de público deben considerarse desposeídas de semejante protección. En ese sentido se expresan las Sentencias del Tribunal Supremo números 797/1994 de 14 de abril, 860/1995 de 6 de julio, 1558/1999 de 1 de octubre, 55/2001 de 25 de enero, 794/2002 de 30 de abril y 384/2004 de 22 de marzo.

El propio TEDH considera que las personas jurídicas, dadas esas condiciones de transmisión de los derechos individuales a las que ya nos hemos referido, deben ser consideradas titulares del derecho a no sufrir injerencias injustificadas o abusivas por parte del Estado tanto en su domicilio como en sus comunicaciones. En ese sentido, su Sentencia de 28 de junio de 2007, *Association for European Integration and Human Rights y Ekimdzhev contra Bulgaria*.

Así pues, sin perjuicio de entender que el derecho a la inviolabilidad del domicilio está fuertemente vinculado a una realidad que atañe en exclusiva a las personas físicas, y en la medida en que las sedes, domicilios sociales u otras ubicaciones espaciales de titularidad de las personas jurídicas pueden albergar reductos de intimidad personal, los Sres. Fiscales cuidarán de solicitar la correspondiente autorización judicial para efectuar diligencias de entrada y registro en dichas sedes.

En el mismo sentido, y en lo que respecta a las intervenciones postales, será exigible la intervención judicial previa y la proporcionalidad que aseguren que el objeto de la intervención viene referido exclusivamente a datos comunicados por la persona jurídica, evitando que se afecte al secreto postal de las personas físicas que la integran. Un criterio aun más estricto deberá promoverse para el caso de las comunicaciones telefónicas y telemáticas, en las que deberían respetarse las mismas exigencias de las intervenciones en el caso de las personas físicas, por cuanto, aun a pesar de ser las líneas de titularidad de la persona jurídica, son las personas que las utilizan los titulares del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones.

VI.14 Régimen de recursos. Cosa juzgada

La persona jurídica podrá impugnar los pronunciamientos de la sentencia que le conciernan, y obviamente proyectar su impugnación sobre las decisiones del Tribunal en relación con el delito de la persona física, aunque esta no haya recurrido o haya dado un enfoque distinto a su recurso en relación con esos mismos hechos y sus consecuencias jurídicas, resultando en su caso de aplicación lo previsto en el artículo 903 de la LECrim.

En relación con unos mismos hechos, los pronunciamientos de una sentencia firme dictada en el proceso en el que solo fue parte la persona jurídica no pueden tener fuerza vinculante en el proceso posterior en que solo sea parte la persona física y viceversa (art. 222.4 de la LEC).

VI.15 Ejecución de las penas impuestas a las personas jurídicas

A falta de otras previsiones al respecto, en la ejecución de la pena de disolución, se atenderá a las normas previstas a tal fin en el Código Civil, el Código de Comercio y la Ley de Sociedades de Capital, para su liquidación en función del tipo de sociedad de que se trate.

Cuando se impongan medidas cautelares o las sanciones de disolución, suspensión de actividades, clausura de locales, prohibición de actividades o intervención a personas jurídicas extranjeras, la ejecución de la sanción requerirá la obtención de la necesaria cooperación jurídica internacional, campo en el que se deberá profundizar normativamente a través de los instrumentos adecuados. La ejecución de las penas de multa requerirá cooperación internacional en caso de inexistencia de bienes suficientes en España. En la Unión Europea resulta de aplicación la Decisión Marco 2005/214/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005 relativa a la aplicación del principio de reconocimiento mutuo de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias, transpuesta en España por la Ley 1/2008 de 4 de diciembre, para la ejecución en la Unión Europea de resoluciones que impongan sanciones pecuniarias.

VII. CONCLUSIONES

Primera. La LO 5/2010 de reforma del Código Penal introduce un régimen de responsabilidad penal de las personas jurídicas cuyos fundamentos esenciales se contienen en el artículo 31 bis del Código Penal. Los nuevos sujetos pasivos del proceso

penal, potenciales responsables de ilícitos de esa naturaleza, son las personas jurídico privadas de Derecho civil y mercantil y determinadas personas jurídico públicas, en los términos a los que se hace alusión en el apartado II.2) de esta Circular, constituyendo la ostentación de personalidad jurídica un requisito imprescindible en todo caso.

Para aquellos otros entes colectivos que carezcan de la misma, la Ley prevé un régimen diverso –de aplicación potestativa– en el artículo 129 del Código Penal.

Segunda. En los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal se establece un mecanismo normativo de atribución de la responsabilidad por transferencia o de tipo vicarial, de modo que las personas jurídicas pueden resultar penalmente responsables de los hechos cometidos por determinadas personas físicas siempre que concurran las específicas condiciones a las que se refiere el precepto aludido.

Tercera. El objeto del proceso penal en caso de imputación de una persona jurídica no lo constituye la idoneidad objetiva o hipotética del programa de cumplimiento adoptado por la corporación, en su caso, sino que deberá centrarse en acreditar, a través de los medios de prueba con que se cuente en cada caso, que las personas físicas a las que se refieren los dos párrafos del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal –representantes, gestores de hecho o de derecho y subordinados en la jerarquía empresarial–, cometieron el delito en las concretas circunstancias a las que la Ley se refiere, debiendo atenderse los Sres. Fiscales a la interpretación que de las mismas se efectúa en la presente Circular.

Cuarta. Los programas de autorregulación corporativa, compliance guide o corporate defense podrán servir de instrumento para evaluar el contenido real del mandato de que es titular el gestor o representante, y aquello que, junto con las normas que regulan la actividad de que se trate, integra el control debido de la actividad empresarial en el caso concreto, pero no constituyen ni el fundamento de la imputación de la persona jurídica ni el sustrato de una pretendida culpabilidad de empresa a la que no se refiere el artículo 31 bis del Código Penal y que constituye una categoría de todo punto ajena a nuestra dogmática penal.

Quinta. En aquellos casos en los que se detecte la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la total ausencia de auténtica actividad, organización, infraestructura, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito y/o para dificultar su investigación, nada obsta a que los Sres. Fiscales recurran a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo, a los efectos de aflorar a las personas físicas amparadas por la ficción de independencia y alteridad de la sociedad pantalla, evitando imputar a estas últimas aun a pesar de que puedan gozar de personalidad jurídica y por tanto, y desde un punto de vista estrictamente formal, podría serles de aplicación el artículo 31 bis del Código Penal.

Los Sres. Fiscales valorarán asimismo la pertinencia de imputar únicamente a la persona física, levantando también en este caso el velo societario, en aquellos supuestos –preferentemente de negocios o actividades unipersonales que adopten formas societarias– en los que la personalidad jurídica sea del todo ajena a la comisión del hecho delictivo, se detecte la falta de verdadera alteridad de la entidad corporativa y exista un solapamiento total entre la voluntad del gestor y la de la persona jurídica, de modo que la imputación conjunta de la persona física y la jurídica pueda generar en la practica un supuesto de *bis in idem*.

Sexta. En los casos en los que proceda acusar tanto a las personas físicas como a las jurídicas, se atenderá a la regla del apartado 2 del artículo 31 bis del Código Penal para la modulación de las cuantías de las respectivas sanciones pecuniarias

cuya imposición se solicite, de modo que se garantice el principio de proporcionalidad de las penas.

Séptima. Los Sres. Fiscales deberán atenerse a las previsiones del apartado 4 del artículo 31 bis del Código Penal, que contiene un catálogo cerrado de atenuantes de aplicación a las personas jurídicas, cuya exclusividad es destacada en la Exposición de Motivos de la Ley y se refuerza con la expresión sólo con la que se inicia el precepto. Ello impide la aplicación de aquellas circunstancias del artículo 21 del Código Penal cuya formulación no se refiere a comportamientos exclusivamente humanos, lo que resulta particularmente llamativo en el caso de la nueva atenuante de dilaciones extraordinarias e indebidas del artículo 21.6.^a del Código Penal y en la de análoga significación de la atenuante 7.^a del mismo precepto.

Octava. La única pena por la que se puede optar en todo caso a la hora de sancionar a la persona jurídica es la de multa, que por ello será la opción prioritaria de los Sres. Fiscales en sus escritos de acusación, salvo que razones de prevención especial, o la gravedad y las especiales circunstancias de la conducta imputada (múltiples perjudicados, importe de los perjuicios, etc.) aconsejen otra cosa.

Asimismo, para calcular el importe de la sanción pecuniaria, los Sres. Fiscales deberán atender a la información que respecto de esa específica materia se pueda extraer de los resultados económicos obtenidos por las sociedades mercantiles en los ejercicios objeto de investigación conocidos a través del depósito de cuentas anuales en el Registro Mercantil, amén de la información patrimonial que pueda recabarse de la Administración Tributaria.

Novena. Las penas de suspensión de actividades de la persona jurídica y de clausura de sus locales y establecimientos, podrán solicitarse respecto de todas sus actividades, locales y establecimientos, o respecto de tan solo una parte de esa actividad o alguno de sus locales o establecimientos, en cuyo segundo caso, los Sres. Fiscales concretarán la solicitud de sanción respecto de aquellos sectores de la actividad o de negocio o aquellas ubicaciones que estén más específicamente vinculados/as con el hecho/s delictivo/s que se impute/n a la corporación.

Décima. La solicitud de la pena de disolución de la persona jurídica deberá reservarse para casos extremos, como los delitos de especial gravedad y repercusión social o aquellos que revistan los caracteres del denominado delito masa (con gran número de perjudicados), siempre y cuando la sanción no resulte contraproducente en el caso concreto atendiendo a los criterios a que se refiere el artículo 66 bis y cuidando particularmente de velar por el efectivo resarcimiento de las víctimas y/o la protección de los derechos de trabajadores y acreedores de la corporación.

Undécima. Hasta tanto se prevea un régimen procesal específico para la persona jurídica imputada en el procedimiento penal, los Sres. Fiscales aplicarán los preceptos de la LECrim y supletoriamente, los de la LECrim, conforme a las pautas apuntadas en la presente Circular.

Duodécima. Por lo que respecta al emplazamiento para la primera comparecencia en la que haya de informarse a la persona jurídica de la imputación, los Sres. Fiscales cuidarán de que se realice a través del legal representante de la entidad, con idénticas exigencias de formato y constancia de su recepción que las exigibles en el mismo caso respecto de las personas físicas.

En ese sentido, y dado el particular juego de intereses que puede existir en el seno del procedimiento penal entre la persona jurídica y las personas físicas imputadas y entre estas y el resto de intervinientes en el proceso, los Sres. Fiscales pondrán especial atención en evitar que la designación del legal representante de la corporación en el seno del procedimiento se utilice como vía de obtención fraudulenta de un status

similar al del imputado por parte de personas que deban intervenir en el procedimiento en otra condición, particularmente en calidad de testigos.

La comunicación de la imputación de la persona jurídica habrá de remitirse al domicilio social, que dependiendo si se trata de una sociedad civil o mercantil, será el previsto en los artículos artículo 41 del Código Civil y 9 y 10 de la Ley de Sociedades de Capital, respectivamente. En caso de entidades de derecho público, se estará a su régimen jurídico específico.

Ulteriormente, al tiempo de materializarse la imputación, los Sres. Fiscales cuidarán de que la persona jurídica sea informada, por medio también de su legal representante, de los hechos concretos en que se basa la imputación y del régimen de derechos que como imputada le asisten según los artículos 520.2 y 771.2.^a de la LECrim, así como de las consecuencias de su intervención voluntaria en determinadas diligencias.

Igualmente y con las cautelas a que ya se ha hecho referencia en orden a su designación, los Sres. Fiscales cuidarán de que el representante legal tenga la posibilidad –si así lo considera oportuno– de prestar declaración con las garantías del imputado en representación de la persona jurídica, dejando constancia escrita y fehaciente de su renuncia o del contenido de la misma, en su caso.

Decimotercera. A falta de regulación expresa en este sentido y a fin de garantizar el ejercicio del derecho de defensa de la persona jurídica en la vista oral, los Sres. Fiscales cuidarán de que el legal representante de la persona jurídica sea citado para asistir con el mismo régimen en cuanto a la posibilidad de celebración en su ausencia que el previsto para el juicio en ausencia del acusado en el artículo 786.1 de la LECrim, y de que pueda hacer uso, si así lo considera oportuno, del derecho a la última palabra en los términos a que se refiere el artículo 739 de la LECrim.

En el supuesto de haber sido admitida la prueba de su interrogatorio en la vista oral, los Sres. Fiscales se asegurarán de que declare con las garantías propias del imputado; cuidarán asimismo de que el legal representante de la persona jurídica preste su consentimiento, junto con el de su letrado, en caso de llegarse a un acuerdo de conformidad con las acusaciones según lo previsto en los artículos 655, 694, 697, 784.3 y 787 de la LECrim, y de que firmen el acta en que dicho acuerdo se formalice.

Decimocuarta. El límite de admisibilidad de la conformidad según los artículos 787.1 y 784.3.^o y LECrim en relación con los artículos 688 a 700 de la LECrim, hace posible la conformidad de la persona jurídica con cualquiera de las penas –todas ellas de naturaleza grave– que puedan solicitarse.

En todo caso, los Sres. Fiscales cuidarán de que la instrucción judicial no se cierre en falso o en su fase embrionaria como consecuencia de la formalización de acuerdos de conformidad que puedan dar lugar a interesados mecanismos de deslizamiento de la responsabilidad desde la persona jurídica a la individual y viceversa.

En este contexto, se evitará especialmente la conformidad por aplicación del supuesto previsto en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 31 bis del Código Penal, que suponga la asunción de la responsabilidad penal por parte de la persona jurídica respecto de delitos en los que puedan haber incurrido en esa misma responsabilidad también las personas físicas, particularmente los representantes legales y administradores de hecho y de derecho de la corporación.

A tenor de las exigencias del artículo 801.1.2.^o de la LECrim y en consideración a lo expuesto en el texto de esta Circular en relación con los juicios de conformidad respecto de personas jurídicas, aun en aquellos supuestos en los que resulte legalmente posible (delitos castigados con pena de multa o con otra pena de distinta natu-

raleza cuya duración no exceda de 10 años), se desaconseja que los Sres. Fiscales recurran al expediente de reconocimiento de hechos durante la instrucción al amparo del 779.1.5.ª de la LECrim.

CIRCULAR 2/2011, SOBRE LA REFORMA DEL CÓDIGO PENAL POR LEY ORGÁNICA 5/2010 EN RELACIÓN CON LAS ORGANIZACIONES Y GRUPOS CRIMINALES

SUMARIO: I. Introducción.–II. La organización criminal del artículo 570 bis del Código Penal: A. Concepto de organización criminal. B. Conductas típicas. C. Subtipos agravados.–III. El grupo criminal del artículo 570 ter del Código Penal: A. Concepto de grupo criminal. B. Conductas típicas.–IV. Delimitación de las figuras delictivas de organización y grupo criminal frente a la codelincuencia.–V. Problemas concursales: A. Relación concursal con el delito de asociación ilícita del artículo 515 del Código Penal. B. Con los ilícitos penales cometidos por la organización o grupo criminal. C. Relación concursal entre los artículos 570 bis y 570 ter con los subtipos agravados de pertenencia a organización, asociación o grupo criminal de la parte especial del Código Penal.–VI. Referencia a organizaciones y grupos terroristas.–VII. Reglas de punibilidad y perseguibilidad.–VIII. Subtipo atenuado: el tipo privilegiado de colaboración.–IX. Referencia al comiso ampliado en relación con los delitos cometidos en el marco de una organización o grupo criminal o terrorista.–X. Conclusiones.

I. INTRODUCCIÓN

Entre las importantes novedades introducidas por la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, se encuentra la creación de un nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que comprende los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter, bajo la rúbrica «De las organizaciones y grupos criminales», y que obedece a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente «todas las formas de criminalidad organizada», y responde asimismo a los compromisos derivados de instrumentos internacionales de aproximación de las legislaciones nacionales y de cooperación policial y judicial asumidos por los Estados miembros de la Unión Europea en la lucha contra la llamada delincuencia organizada transfronteriza, tanto en materia de prevención como de represión penal.

Así, deben citarse la Resolución de 20 de noviembre de 1997 del Parlamento Europeo sobre el «Plan de Acción para la Lucha contra la Delincuencia Organizada», que se concreta en la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998 del Consejo de la Unión Europea, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, y la Decisión del Consejo de la Unión Europea 2004/579/CE, de 29 de abril que aprueba, en nombre de la Comunidad, la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuen-

cia Organizada Transnacional de 15 de noviembre de 2000, que fue firmada por España el día 13 de diciembre de 2000 y cuya ratificación se produjo mediante Instrumento de 1 de septiembre de 2003.

E igualmente, la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, del Consejo de la Unión Europea sobre la Lucha contra la Delincuencia Organizada, que entró en vigor el 11 de noviembre de 2008, dejando sin efecto la Acción Común 98/733/JAI y persigue la armonización de las legislaciones de los Estados miembros en la lucha contra la delincuencia transfronteriza, facilitando el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales.

Son todos ellos documentos que ofrecen definiciones de «organización delictiva» y de «asociación estructurada», al tiempo que se refieren expresamente a las diversas manifestaciones de la actividad delictiva que deben centrar la actividad policial y judicial en la lucha contra la criminalidad organizada.

En el campo criminológico se ha puesto de manifiesto la complejidad del concepto de criminalidad organizada, ya que bajo dicha denominación se integran una multiplicidad de fenómenos y realidades muy diferentes. Así, junto a las organizaciones criminales clásicas (la Cosa Nostra norteamericana, las mafias italianas, los cárteles mexicanos y colombianos, las mafias rusas, las triadas chinas o los yakuzas japoneses) existen otros grupos que presentan diferencias notables en cuanto a estructura interna, número de miembros, permanencia en el tiempo, formas de actuación, etc., que no obstante podrían ser incluidos en ese mismo concepto. Igualmente se detectan grandes diferencias en atención a factores como la ubicación geográfica de los diversos grupos, las actividades a las que se dedican, su composición étnica, etc., de modo que hay organizaciones criminales grandes y pequeñas, con o sin vínculos transnacionales, con estructura jerárquica o con estructura fluida, de fines predominantemente económicos o fundamentalmente políticos, muy violentas y poco violentas, etc.

Al respecto, cabe señalar que en el marco de la investigación policial transnacional se han establecido determinadas pautas a partir de las cuales cabe considerar que existe crimen organizado. Concretamente si se dan como mínimo seis signos característicos de entre los que se mencionan a continuación, que igualmente operan como «indicadores de calidad» y que permiten establecer, en atención a su intensidad, cuál es el nivel de riesgo que presentan los distintos grupos:

1. Existencia de un grupo de personas más o menos numeroso.
2. Reparto de tareas o de papeles entre los miembros del grupo con existencia de rígidas normas de disciplina interna y de una jerarquía, a veces extravagante. Suele tener lugar una situación de aislamiento como forma de protección de los cabecillas del grupo mediante la interposición de testaferros, la autoinculpación de los subordinados en sede judicial o la utilización de personas físicas o jurídicas interpuestas.
3. Actuación prolongada en el tiempo o indefinida.
4. Comisión de actos delictivos graves. Se despliegan habitualmente técnicas o métodos complejos de ejecución para garantizar el éxito de las actividades delictivas. Cabría citar el uso de alta tecnología para las comunicaciones, las destrezas financieras en el manejo de fondos o distintas formas de relación con la función pública.
5. Actuaciones transnacionales o intensa movilidad territorial dentro del Estado.
6. Uso sistemático de la violencia o de la intimidación grave.
7. Utilización de instrumentos jurídicos legales para crear estructuras económicas o comerciales. Es habitual el uso de cualificados profesionales o expertos para garantizar el éxito de sus actividades delictivas.
8. Actividades de blanqueo de capitales.

9. Influencia sobre cargos públicos o personas que desempeñen su función en la esfera política, medios de comunicación social, funcionarios de la Administración Pública, y/o de la Administración de Justicia o sobre la actividad económica mediante la corrupción.

10. Finalidad primordial de obtención continuada de beneficios económicos o de cualquiera de las diversas formas de influencia política, social o económica.

Ante la multiplicidad de situaciones que deben ser abordadas, el legislador pretende ofrecer soluciones que sirvan no solo en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional, caracterizada por su profesionalización, tecnificación e integración en estructuras legales ya sean económicas, sociales e institucionales, sino también en relación con la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la comisión de delitos menores. Al respecto es un hecho que la protección de la seguridad ciudadana, entendida como seguridad y paz en las manifestaciones de la vida ciudadana, comprende también la protección frente a la existencia de grupos criminales dedicados a la delincuencia a pequeña escala que afectan al normal desenvolvimiento de la vida comunitaria, generando intranquilidad y desasosiego.

En este sentido, el propio Preámbulo de la LO 5/2010 explica el objeto de la reforma, al afirmar que «el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la impunidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado. La seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones.»

La lucha contra el crimen organizado es también objetivo preferente de actuación para la Fiscalía General del Estado como se ha puesto de manifiesto reiteradamente en las Memorias de los últimos años, que incluyen un apartado específicamente dedicado a examinar, a partir de la experiencia adquirida en el trabajo cotidiano, la actividad de los distintos órganos del Ministerio Fiscal en relación con la delincuencia o criminalidad organizada. Así, en sucesivas Memorias se viene destacando la peligrosidad que entraña esta forma de actuación delictiva caracterizada por su proyección tentacular a todo el territorio nacional y en muchos casos más allá de nuestras fronteras, y la movilidad de sus miembros, que se desplazan sin dificultad de un territorio a otro para llevar a efecto sus propósitos criminales, con independencia de la ubicación de su centro de dirección, que puede estar situado, en ocasiones, en países extranjeros.

La constatación de que existen grupos pequeños de delincuentes que reiteran un patrón delictivo con un *modus operandi* estandarizado y con sujeción a una serie de variables como la vinculación entre determinadas actividades delictivas y el origen, nacionalidad o procedencia geográfica de los autores pone de manifiesto que, en muchas ocasiones, nos encontramos ante «la punta de un iceberg de dimensiones imprevisibles».

Se aprecia asimismo la tendencia cada vez mayor a la diversidad en la proyección delictiva de estos grupos criminales. Junto a las actividades que constituyen el centro

de la delincuencia organizada en nuestro país como son el tráfico de drogas, la explotación sexual a través de tramas de prostitución y la explotación laboral unida al fenómeno de la inmigración ilegal, otros delitos que habitualmente se encuentran vinculados al fenómeno de criminalidad organizada son la trata de seres humanos, los secuestros y extorsiones, así como la falsificación de moneda, tarjetas de crédito y cheques, el tráfico ilícito o robo de objetos culturales, el contrabando o el robo de automóviles de lujo y material nuclear, el terrorismo, la fabricación y el tráfico de armas y explosivos o sus piezas, las estafas y la corrupción, todos ellos directa o indirectamente vinculados al blanqueo de capitales procedentes de tales actividades ilícitas que tiene un papel esencial en el cumplimiento de sus objetivos y en el propio desarrollo de las distintas organizaciones criminales, pues posibilita el aprovechamiento de las ganancias del delito y la pervivencia de la organización o grupo criminal.

Otra de las actividades delictivas en la que centran sus esfuerzos las organizaciones de delincuentes es la relacionada con los delitos contra la propiedad, y más concretamente, robos y hurtos practicados de manera sistemática y a gran escala. En este ámbito se detecta un notable grado de especialización, por parte de bandas organizadas dedicadas específicamente a una concreta modalidad de delito de carácter patrimonial e integradas con frecuencia, por personas extranjeras de una misma nacionalidad, hasta el punto de poder establecerse cierta correspondencia entre el origen nacional de los integrantes de los grupos y el tipo de actividad delictiva a la que éstos se dedican.

Así, en los últimos años se está detectando un notable incremento en los grupos de delincuentes que cometen con asiduidad y de forma exclusiva modalidades concretas de delitos contra el patrimonio tales como robos con fuerza y/o con violencia e intimidación en entidades bancarias, centros comerciales, naves industriales y joyerías, robos en casa habitada, perpetración reiterada de delitos o faltas de hurto en los andenes del metro o en estaciones de tren, en comercios, o lugares turísticos (las denominadas «descuidadas») y, recientemente, la sustracción (en ocasiones hurto y en otras robo con fuerza) de cable de cobre, no sólo depositado en almacenes o empresas, sino instalado en edificios en construcción o en conducciones de electricidad para suministro de vías férreas, alumbrado de vías públicas o instalaciones industriales, actuaciones estas últimas que generan graves perjuicios económicos a sus titulares y molestias e incluso situaciones peligrosas a los usuarios de tales servicios. Resulta asimismo alarmante que, en ocasiones, estos comportamientos se realicen mediante la utilización de menores a los que con frecuencia se obliga también a practicar la mendicidad en beneficio de ese grupo de delincuentes.

En esta materia merece también especial atención el fenómeno criminal de las bandas juveniles latinas (*Latin King, Netas, Dominicans don't Play, Forty Two, Trinitarios, Bling bling...*) cuya estructura y actuación se encuadra en parámetros muy característicos que podemos resumir en los siguientes términos: a) se trata de grupos organizados y jerarquizados, que se articulan en torno a una estructura rígida y piramidal, con obediencia ciega a sus dirigentes, y con sumisión a un conjunto de «reglas» y «leyes» propias; b) sus integrantes poseen una fuerte cohesión interna, una adhesión incondicional de sus miembros al grupo, un destacado distanciamiento del entorno social originario (familia, grupo escolar, trabajo...) y asumen roles perfectamente definidos dentro de su categoría; c) se integran, de forma predominante, por inmigrantes sudamericanos que ideológicamente defienden la supremacía de todo «lo latino»; d) su actividad criminal, extremadamente violenta, se ejecuta en grupos de 10 a 15 o más individuos, cuando se trata de delitos contra la vida o la integridad física,

y peleas o riñas tumultuarias entre bandas rivales; o bien en grupúsculos de 3 a 5 miembros en los casos de robos con violencia o amenazas.

La protección de la seguridad ciudadana exige una respuesta adecuada ante todos estos fenómenos, tanto frente a los grupos organizados estructurados jerárquicamente y con importante capacidad operativa, como frente a los grupos o subgrupos de delinquentes que se organizan transitoriamente para periodos cortos de tiempo, incluso fines de semana, aptos para desplazarse por distintas localidades con el objetivo de cometer modalidades violentas de atentados contra la propiedad, o actos de delincuencia menor, como hurtos en entidades bancarias o comercios o la mendicidad utilizando a menores de edad.

Todas estas circunstancias determinan que la adecuada tipificación de la organización de carácter criminal se haya venido planteando como una necesidad desde hace años y a ello se refería expresamente la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2008 en el entendimiento de que el delito de asociación ilícita recogido en el Código Penal no resultaba idóneo para castigar los fenómenos de criminalidad organizada, por su insuficiente definición típica, lo que había generado una interpretación muy restrictiva por parte de nuestros tribunales, prácticamente limitada a la modalidad de asociación para delinquir vinculada al terrorismo y a la subversión del orden constitucional.

Así, si bien la jurisprudencia ha venido perfilando las características de esta conducta ilícita, precisando los elementos típicos del delito del artículo 515 CP, sin embargo, su aplicación práctica ha sido muy escasa, no sólo por la propia indefinición del supuesto de aplicación, como decíamos, sino también por los antecedentes históricos del delito de asociación ilícita.

Asimismo, la jurisprudencia ha venido ofreciendo una interpretación restrictiva de los conceptos de «organización» y «agrupación de carácter transitorio» empleados por el legislador, indistintamente en muchos casos junto con el de «asociación», en numerosos subtipos agravados en la parte especial del Código Penal, doctrina jurisprudencial desarrollada sobre todo con ocasión de la aplicación del subtipo cualificado de pertenencia a organización o agrupación de carácter transitorio, en relación con el delito de tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes y sustancias psicotrópicas.

Ante la falta de una definición uniforme del complejo fenómeno que es la criminalidad organizada, la Instrucción 4/2006, «sobre atribuciones y organización de la Fiscalía Especial para la represión de los delitos económicos relacionados con la corrupción y sobre la actuación de los Fiscales especialistas en delincuencia organizada», tras dejar constancia de que «la delincuencia organizada transnacional es el principal reto al que se enfrenta el Ministerio Fiscal», proporciona un concepto de delincuencia organizada a partir de las definiciones asumidas por algunas disposiciones legales internas (art. 282.bis 4 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), por los Convenios Internacionales de los que España es parte y por la jurisprudencia de nuestros tribunales, basado en la concurrencia de los siguientes elementos: a) pluralidad de personas; b) estructura interna, establecida normalmente mediante la existencia de criterios de jerarquía y división funcional; c) vocación de cierta permanencia temporal y d) actuación concertada.

Ante esta situación, el legislador, mediante la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, respondiendo a las necesidades de política criminal de primer orden de combatir adecuadamente las distintas manifestaciones de la criminalidad organizada, ha introducido expresamente la tipificación autónoma de las conductas de dirección y pertenencia a organización y a grupo criminal, diferenciando entre ambos conceptos, y ofrece definiciones auténticas de ambas figuras criminales en los artículos 570 bis y 570 ter respectivamente. A dicho fin, ha incorporado ele-

mentos configuradores de la delincuencia organizada como requisitos del tipo correspondiente a la organización criminal, lo que conlleva, por la gravedad que representa, un régimen punitivo más riguroso.

Por otra parte, ha de recordarse que la incorporación del nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II no es la única novedad que introduce la LO 5/2010 en el Código Penal en materia de criminalidad organizada. Son igualmente reseñables la previsión de tipos cualificados por pertenencia a una asociación u organización en figuras delictivas que hasta ahora carecían de la misma (art. 188.4 reformado), o la inclusión de esta misma agravación en la tipificación de nuevos delitos (art. 177 bis 6 que sanciona la trata de seres humanos), y también el establecimiento del comiso ampliado cuando se trate de actividades delictivas cometidas en el seno de una organización criminal (art. 127.1, párrafo 2.º), así como la reforma del artículo 36 CP que exige, para los casos de penas privativas de libertad superiores a cinco años, el cumplimiento de al menos la mitad de la condena antes de poder obtener la clasificación en tercer grado en el caso de delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal. Cabe reseñar, por último, que el apartado 1 del artículo 570 quater ha sido redactado de nuevo por la Disposición final segunda de la Ley Orgánica 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General (BOE de 29 de enero de 2011), con los efectos que se exponen en esta Circular.

Asimismo, la reforma llevada a efecto por LO 5/2010, de 22 de junio, ha ubicado las organizaciones y grupos terroristas de forma separada al resto de organizaciones y grupos criminales, en el Capítulo VII del Título XXII del Libro II, dedicado a las organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo, diferenciando estas conductas de las tipificadas en el Capítulo VI del mismo Título en atención al elemento tendencial de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

La diversidad de fenómenos que, como se ha señalado antes, pueden englobarse dentro de los conceptos de organización y grupo criminal y la necesidad de delimitar ambas figuras, diferenciándolas, al tiempo de los supuestos de codeincuencia o coparticipación, hace preciso ofrecer unos criterios de interpretación de estos conceptos que aseguren su aplicación uniforme, garantizando la unidad de actuación que debe regir la intervención del Ministerio Fiscal en todos los ámbitos jurisdiccionales.

II. LA ORGANIZACIÓN CRIMINAL DEL ARTÍCULO 570 BIS DEL CÓDIGO PENAL

A. Concepto de organización criminal

El artículo 570 bis ofrece una definición auténtica de organización criminal al establecer en el párrafo segundo del apartado 1 que «se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se reparten diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas».

El elemento estructural del tipo viene definido, además de por la pluralidad subjetiva –más de dos personas–, por dos notas delimitadoras: el carácter estable o por

tiempo indefinido y la coordinación entre los miembros de la organización con reparto de roles.

Es esencial la nota de permanencia y estabilidad en el concepto de organización, de modo que la unión no ha de ser esporádica sino que ha de tener duración en el tiempo y debe estar vinculada por lazos estables o permanentes.

El concierto o coordinación entre los integrantes de la organización supone una cierta estructura organizativa adecuada para la comisión de los fines propuestos, de modo que la relación entre sus miembros y la distribución de funciones o roles estará vinculada a un esquema preestablecido, en muchas ocasiones, de carácter jerárquico. Tal estructura organizativa representa una peligrosidad superior a la que supondría la actuación individual o la actuación conjunta no coordinada, pues el reparto predeterminado de tareas conlleva un incremento en la eficacia de la actuación conjunta y en las posibilidades de obstaculizar su persecución y lograr la impunidad.

El elemento tendencial supone que la organización debe tener por objeto la comisión de delitos, que en caso de ser especialmente graves son objeto de una cualificación punitiva, aunque también se contempla por el legislador como objetivo típico la perpetración reiterada de faltas.

La redacción del artículo 570 CP elude dos requisitos recogidos en las normas internacionales, esto es, que la agrupación de personas tenga como objetivo la comisión de delitos de cierta gravedad y que su finalidad, en última instancia, sea de carácter económico o material. El legislador ha pretendido que su ámbito de aplicación sea más amplio que el de los textos internacionales y alcance a las organizaciones dirigidas no sólo a la comisión de delitos graves y menos graves sino también a la comisión reiterada de faltas, por ser la lucha contra este tipo de pequeña delincuencia una de las finalidades político-criminales de la reforma, en la misma línea que la imposición en todo caso de la pena de localización permanente para los autores de la nueva figura de la falta de hurto reiterado.

La reforma operada en el Código Penal por LO 11/2003, de 29 de septiembre, introdujo dentro del tipo penal de asociación ilícita a aquellas asociaciones que tuvieran por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada, no obstante, la interpretación restrictiva que del delito de asociación ilícita han hecho nuestros tribunales ha generado la nula aplicación de tal previsión. Buen ejemplo de ello es la STS1075/2006, de 23 de octubre, que entiende que «un grupo de descuidadas no puede ser considerado asociación ilícita porque este concepto entronca con el derecho de asociación constitucionalmente reconocido y porque bajo esa rúbrica se han ubicado hechos tan relevantes como las organizaciones terroristas, de manera que el principio de proporcionalidad impide su aplicación a la pequeña delincuencia insidiosa».

Esta interpretación queda superada tras la modificación del Código Penal por LO 5/2010, habida cuenta que el legislador, en respuesta a la citada tesis mantenida por nuestros tribunales, comprende expresamente en el concepto de organización criminal aquéllas dirigidas a la perpetración reiterada de faltas.

Como señalábamos antes, si bien no aparecen definidos en el Código Penal los elementos típicos del delito de asociación ilícita, la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo ha ido precisado sus elementos o requisitos definidores. Así, en numerosas sentencias, entre otras las SSTS 326/2010, de 13 de abril, 480/2009, de 22 de mayo, 50/2007, de 19 de enero y, por todas, la STS núm. 415/2005, de 23 marzo, señala que la asociación ilícita precisa la unión de varias personas organizadas para determinados fines, con las siguientes exigencias: a) pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; b) existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; c) consistencia o perma-

nencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio; d) el fin de la asociación –en el caso del art. 515.1 inciso primero– ha de ser la comisión de delitos, lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar.

El tenor literal del artículo 570 bis al definir la organización criminal permite trasladar al mismo los criterios jurisprudenciales acuñados respecto a los rasgos definidores de la asociación para delinquir prevista en el artículo 515.1 CP. También en relación con los subtipos de pertenencia a organización el Tribunal Supremo ha venido definiendo sus elementos o requisitos configuradores, que la STS 453/2010, de 11 de mayo, sintetiza así: «organización, distribución de funciones, estabilidad en el tiempo, financiación y jerarquía».

En definitiva, las notas características que podrían servir para delimitar el concepto de organización criminal tipificado por el legislador en la LO 5/2010, de 22 de junio, son las siguientes:

a) Una pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad, que se concreta en tres o más. Se trata, por tanto, de un delito plurisubjetivo, en el que el sujeto activo está formado por la concurrencia de, como mínimo, tres personas, diferenciándose dos clases de autores, merecedores de distinto reproche penal, en función de la responsabilidad asumida en el marco de la organización.

b) La existencia de una estructura más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista, en la que por lo general deben poder reconocerse relaciones de jerarquía y disciplina, entendiéndose por tal el sometimiento de sus miembros a las decisiones de otro u otros de los miembros que ejercen la jefatura, y la definición y reparto de funciones entre sus miembros. Debe contar, pues, con la infraestructura adecuada para realizar un plan criminal que, por su complejidad o envergadura, no estaría al alcance de una actuación individual o incluso plurisubjetiva pero inorgánica.

En cambio no se exige como requisito, ni un acto fundacional, ni una organización muy compleja, ni la adopción de una determinada forma jurídica, ni que se mueva en un amplio espacio geográfico, ni la existencia de conexiones internacionales.

c) Una consistencia o permanencia en el tiempo, en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio, y

d) El fin de la organización ha de ser la comisión de delitos como producto de una «voluntad colectiva», superior y diferente a la voluntad individual de sus miembros «lo que supone una cierta determinación de la ilícita actividad, sin llegar a la precisión total de cada acción individual en tiempo y lugar» (STS 745/2008, de 25 de noviembre y 41/2009, de 20 de enero).

En cualquier caso, con el objeto de diferenciar las grandes organizaciones criminales de aquellas otras sustentadas en una estructura organizativa relativamente simple, ante la exacerbación punitiva que supone la aplicación del nuevo tipo penal del artículo 570 bis, los Sres. Fiscales cuidarán de valorar el alcance y/o intensidad de los elementos definidores del tipo expuestos *ut supra* y de cualesquiera otros que se detecten para graduar la pena a imponer en función de las circunstancias concurrentes, de manera que la mayor peligrosidad de una organización criminal evidenciada en una estructura considerablemente compleja, una mayor profesionalidad, una implantación geográfica extensa o su carácter transnacional, se corresponda con la aplicación de las sanciones penales más graves, sin perjuicio asimismo de la aplicación de los subtipos agravados cuando corresponda, pues el incremento punitivo viene justificado en tales casos por el mayor contenido del injusto.

B. Conductas típicas

Las conductas típicas integradas bajo la rúbrica de organización criminal no se circunscriben únicamente a la preparación y planificación de una pluralidad de actividades delictivas sino que alcanzan también a aquellos comportamientos dirigidos a la creación y mantenimiento de la organización en sí misma, con vocación de estabilidad y permanencia, orientada a la comisión de futuros delitos y con capacidad, pues, para lesionar diferentes bienes jurídicos, de modo que la mera participación o integración en ella es punible independientemente de los delitos cometidos en su seno.

La incriminación autónoma de las organizaciones criminales se entiende justificada por la puesta en peligro de un concreto bien jurídico protegido por la norma como es el orden público, en la medida en que la existencia de una relación estructurada entre diversas personas, que actúan de manera estable, permanente y sistemática con el propósito de cometer uno o varios delitos, representa un plus de peligrosidad de comisión de los mismos.

Dada la naturaleza del delito, la consumación se produce desde el momento en que se realice alguna de las conductas típicas, esto es, alguna forma de colaboración o participación en la organización criminal sin que sea necesario que se ejecuten ni tan siquiera que se inicien las infracciones penales que constituyen el objeto de su ilícita actividad. Es decir, basta a estos efectos con que se acredite alguna clase de actuación de la que pueda deducirse que los integrantes de la asociación han pasado del mero pensamiento a la acción. Traducida en actos externos tal actividad puede referirse a múltiples aspectos relacionados con la finalidad delictiva, tanto a la captación de nuevos miembros, como su formación o el aprovisionamiento de medios materiales para sus fines, o la preparación y ejecución de acciones o a la ayuda a quienes las preparan o ejecutan.

Cabe asimismo reseñar las notas diferenciadoras entre el tipo delictivo de organización criminal y la conspiración para delinquir, configurada en nuestro Código Penal (art. 17) en relación con determinados delitos como acto preparatorio punible, siendo distinto su régimen jurídico, pues mientras que la conspiración queda absorbida por la comisión del posterior delito, no siendo posible castigar acumulativamente la conspiración y además la comisión del delito finalmente ejecutado, la organización criminal es un delito autónomo respecto de los hechos ilícitos que eventualmente se cometan que debe castigarse separadamente dando lugar a un concurso real de delitos o a la aplicación del subtipo agravado correspondiente.

Así, en la conspiración, los que se conciertan para cometer un delito resuelven ejecutarlo ellos mismos, ya sea a título de autores ya interviniendo como partícipes, mientras que el tipo penal de organización criminal sanciona a todos sus integrantes con independencia de los sujetos que en concreto tomen parte directa en la ejecución de los delitos que constituyen su objeto.

La conspiración es un comportamiento aislado y determinado en el tiempo, una unión de personas que se agota en la comisión de un único y concreto delito, mientras que la organización criminal requiere un acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un plan delictivo que traspase los límites de la concreta realización futura de un determinado ilícito o ilícitos criminales, así como la existencia de una coordinación entre sus miembros adecuada a la actividad criminal planificada que aporta un plus de eficacia en su ejecución.

El legislador define las conductas típicas de la organización criminal distinguiendo dos clases de autores merecedores de distinto reproche penal.

Así, se diferencia la responsabilidad penal de los que promovieren, constituyeren, organizaran, coordinaren o dirigieren la organización, frente a los que meramente

participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma.

La distinción tiene su fundamento en la relación de jerarquía más o menos compleja y en la propia distribución de roles o tareas entre sus miembros, circunstancias ambas que constituyen elementos definidores de la organización criminal.

1. Promoción, constitución, organización, coordinación o dirección de organización criminal.

Sanciona el nuevo artículo 570 bis del Código Penal a «quienes promovieren, constituyeren, organizaran, coordinaran o dirigieren una organización criminal». A estos efectos deben considerarse promotores o constituyentes quienes adoptan decisiones o desempeñan responsabilidades de carácter fundacional o de creación y puesta en funcionamiento de la organización. Es decir, aquéllos que determinan las actividades y finalidades de la misma y sus líneas esenciales de actuación, y también quienes la promocionan o promueven y quienes a dicho fin realizan labores de captación de los que van a integrar el núcleo operativo de la organización o de coordinación de las tareas de «reclutamiento» de sus futuros miembros.

Son dirigentes, directores, organizadores y coordinadores, 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.

Al respecto, la STS 50/2007, de 19 de enero, limita el término de directivo o promotor «al sujeto que tenga encargada la responsabilidad de una función determinada y que desempeñe la correspondiente tarea de mando o decisión sobre otra u otras personas con las que en común tenga el cometido de planificar o ejecutar las correspondientes acciones, siempre dentro de la banda o grupo». A tenor de esta doctrina, para calificar la conducta como de dirección, el sujeto deberá poseer en el marco de la organización, la responsabilidad efectiva y autónoma de adoptar decisiones que orientan la actuación de los miembros de la misma, de modo que no reúnen la condición de auténticos directores, quienes aun formando parte del equipo directivo de la organización, no posean capacidad de adopción autónoma de decisiones (STS 31 de marzo de 2010 y 21 de enero de 2009).

2. Participación activa, integración o cooperación en la organización.

En tanto que el artículo 517.2 CP sanciona únicamente la responsabilidad de los miembros activos de una asociación ilícita, el nuevo artículo 570 bis CP extiende la responsabilidad penal no sólo «a quienes participaren activamente en la organización» sino también a aquellos que «formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma», es decir, a los miembros activos de la organización, y también a los meros integrantes y a los que colaboren con la organización en cualquier forma.

La participación activa en las actividades ilícitas de la organización 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 en conexión directa con el proyecto criminal.

En este sentido el artículo 2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI, de 24 de octubre, sobre delincuencia organizada incluye «la participación activa en las actividades ilícitas de la organización» entre las conductas relacionadas con una organización delictiva que han de ser tipificadas por los Estados nacionales de la Unión Europea.

Para la interpretación del concepto de pertenencia o integración que recoge el artículo 570 bis CP puede ser utilizada sin duda la doctrina que han ido elaborando nuestros tribunales en relación con las organizaciones terroristas, sin olvidar, no obstante, que en los supuestos contemplados en el nuevo Capítulo VI del Título XXII del Libro II del Código Penal no concurre el elemento finalista o tendencial de perturbar gravemente la paz pública o subvertir el orden constitucional. 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 ha asimilado los términos «integrante» y «miembro activo», en los siguientes términos tomados de la STS de 31 de marzo de 2010: «los integrantes de la banda, organización o grupo –que se suelen denominar miembros activos– son las personas que intervienen activamente en la realización de sus objetivos, esto es, la comisión de delitos de manera organizada. La intervención activa no equivale tanto a la futura autoría o coparticipación en los 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 será 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».

Asimismo, el tipo contemplado en el nuevo artículo 570 bis incluye conductas de cooperación o colaboración con los fines y actividad de la organización delictiva, entre las que pueden considerarse incluidas las de facilitación y distribución de información o medios materiales, de formación, de captación de nuevos participantes, así como de financiación de sus actividades, esto es, actuaciones que contribuyen causalmente al mantenimiento y desarrollo de las estructuras organizativas de la organización criminal.

Al respecto, el artículo 2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI anteriormente mencionado también incluye entre las conductas que han de ser tipificadas por los Estados nacionales de la Unión Europea «la facilitación de información o de medios materiales, reclutando nuevos participantes, así como toda forma de financiación de sus actividades».

Cabe señalar asimismo que las conductas de cooperación deben entenderse referidas a actos de colaboración material en conexión directa con el proyecto criminal de la organización siempre que el sujeto activo no ostente capacidad de decisión y responsabilidad autónoma y efectiva dentro de la organización de modo que tales conductas constituyan actos nucleares de constitución de la organización, en cuyo caso la respuesta punitiva es más grave, lo que habrá de valorarse en función de las circunstancias concurrentes.

En cuanto al elemento subjetivo, ha de recordarse que se trata de un delito doloso, en el sentido de que es preciso que el sujeto activo actúe a sabiendas del carácter ilícito de la organización y con la intención específica de que los actos que realiza contribuyan a la propia pervivencia de la organización o al logro de sus fines. Al respecto debe recordarse, que el artículo 2 de la Decisión Marco 2008 exige que el sujeto actúe «a sabiendas de la finalidad y actividad general de la organización delictiva o de su intención de cometer los delitos en cuestión».

En igual sentido el artículo 5.1 a) ii) de la Convención de Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional del año 2000, a cuyo tenor los Estados Parte deben adoptar las medidas legislativas que sean necesarias para tipificar como delito «la conducta de toda persona que a sabiendas de la finalidad y actividad delictiva general de un grupo delictivo organizado o de su intención de cometer los delitos en cuestión participe activamente en:

- actividades ilícitas del grupo delictivo organizado
- otras actividades del grupo delictivo organizado a sabiendas de que su participación contribuirá al logro de la finalidad delictiva antes descrita».

En definitiva, el elemento volitivo del dolo ha de abarcar la ilicitud de los fines y la actividad de la organización, no obstante, como señalan las STS 7 de marzo de 1998 y 20 de febrero de 1999, no es exigible para apreciar su existencia que los diferentes niveles o escalones se conozcan entre sí o que sus miembros conozcan detalladamente las funciones de todos los partícipes, pues la supervivencia del proyecto criminal queda asegurada precisamente por el contexto organizativo con independencia de las personas concretas que intervienen en cada una de las operaciones a realizar.

Tampoco es necesario que el conocimiento del sujeto activo alcance necesariamente todos y cada uno de los actos concretos ejecutados por los distintos miembros de la organización en la ejecución de su plan criminal. Al respecto, no debe confundirse la responsabilidad penal derivada de la pertenencia a la organización criminal con la exigible por la comisión de los distintos delitos y/o faltas que puedan llegar a ejecutarse en su seno, ya que la responsabilidad por estos hechos deberá sujetarse a las reglas generales de autoría y participación, proscribiéndose presunciones de responsabilidad por el acto ilícito ejecutado derivadas del mero hecho de formar parte de la organización.

Al respecto, la STS 17 de julio de 1993 recuerda que «la circunstancia de pertenencia a una organización delictiva no genera, sin más, la asunción, en relación con las asociaciones de hecho o de derecho, de todas las responsabilidades penales “imputables” a aquélla en cuanto proyección de las decisiones humanas que acaezcan, sino que los principios de culpabilidad y los de justicia y proporcionalidad exigen la expresa determinación de los precisos comportamientos de cada uno de los puros asociados», con exclusión, así, de responsabilidades por resultados más graves que los asumidos.

C. Subtipos agravados

El nuevo artículo 570 bis del Código Penal establece en su apartado segundo una serie de agravaciones específicas en función de las características de la organización, que constituyen otros tantos subtipos, que conllevan la imposición de la pena prevista en el apartado primero en su mitad superior, siendo de aplicación la pena superior en grado cuando concurren dos o más de ellas, estableciendo el apartado tercero un escalón punitivo superior, en función de la naturaleza y gravedad de los delitos que la organización tenga por objeto:

- a) Cuando la organización esté formada por un elevado número de personas.

El fundamento de la agravación reside en que esta circunstancia implica una mayor peligrosidad de la organización, no sólo por su mayor estabilidad temporal, sino también por la fungibilidad de los miembros que pueden comprometer su parti-

cipación en las distintas áreas de la actividad colectiva o en la comisión de los delitos planificados.

El legislador utiliza un concepto jurídico indeterminado sobre la base de la exigencia del tipo básico de un número mínimo de integrantes que se fija en tres, por lo que será en definitiva la jurisprudencia la que vaya perfilando este concepto. No obstante, aunque la cualificación no habrá de limitarse a las grandes estructuras criminales, deberá comportar, en todo, caso, un incremento de gravedad en el hecho equiparable al de los otros subtipos, de modo que el número de integrantes de la organización sea relevante en función de la actividad delictiva que constituya su objeto, en la medida en que su intervención suponga un incremento del desvalor de la acción, al facilitar de forma constatable la perpetración de las actividades ilícitas y asegurar su éxito.

Cabe asimismo señalar, a los efectos de apreciación de esta agravación, que han de computarse todos los integrantes de la organización, con independencia de si son penalmente responsables por concurrir en ellos alguna causa que exima la responsabilidad criminal, como es el supuesto de organizaciones que tengan por objeto la explotación y utilización de menores para la práctica de la mendicidad o la comisión de delitos y/o faltas.

b) Cuando la organización disponga de armas o instrumentos peligrosos.

El fundamento reside en el peligro que para la vida o la integridad física de las personas significa la utilización de armas o medios peligrosos en la comisión de los delitos planificados por la organización.

Sobre el concepto de «arma», se reitera lo señalado en la Circular 2/2005, «sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas», que ante la inexistencia de un concepto legal de arma en el Código Penal, se remite al Reglamento de Armas, aprobado por Real Decreto 137/1993, de 29 de enero, que si bien no facilita un concepto de lo que se debe entender por armas, sí establece una relación y clasificación de las mismas, que no obstante debe ser matizada, en los términos fijados por la STC 24/2004, de 24 de febrero, en el sentido de no considerar como tales aquellos instrumentos u objetos, que materialmente no sean armas, aunque su tenencia esté reglamentariamente prohibida.

La mención a otros instrumentos peligrosos se refiere a objetos que implican un peligro para la vida o integridad física de las personas (puños americanos, bates de béisbol...) y también se pueden incluir sustancias peligrosas, existiendo una amplia doctrina jurisprudencial respecto a qué debe considerarse instrumento peligroso a efectos penales, que ha de ser tenida en cuenta en la integración de este concepto.

Por otra parte, no deberá confundirse la posesión de armas o instrumentos por algún integrante de la organización con la adquisición y/o disposición de tales medios por parte de la organización misma y su facilitación a sus integrantes para la ejecución de los fines criminales que le son propios, que es el fundamento de la cualificación.

c) Cuando la organización disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o de transporte.

El fundamento de la agravación reside en las características y finalidad de la posesión de tales medios por la organización, que han de ser especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos objeto de la actividad ilícita o para lograr la impunidad de los culpables. Se trata de la mera posesión por la organización criminal de medios «avanzados» que faciliten la comunicación entre sus componentes, y por tanto, la coordinación entre ellos, o de medios de transporte que favorezcan su movi-

lidad y/o el traslado de efectos, medios o instrumentos de un lugar a otro reforzando su capacidad operativa.

En cualquier caso, no basta con probar la disponibilidad de buques, embarcaciones o aeronaves, entre otros medios de transporte, o de teléfonos –o medios de comunicación– satelitales, esto es, conectados directamente a un satélite de telecomunicaciones, redes de comunicación social, o cualquier otro medio avanzado de comunicación en función del estado y evolución de la técnica, para aplicar este subtipo sino que es preciso demostrar que sus características incrementan el desvalor del injusto de modo que su empleo facilite la ejecución de los hechos o la impunidad de sus responsables.

d) Especial gravedad y naturaleza del delito planificado.

El apartado 3 del delito 570 bis establece la imposición en su mitad superior de las penas previstas en el apartado primero o en los tipos cualificados del apartado segundo, en función de la naturaleza y gravedad de los delitos planificados, esto es, la importancia del bien jurídico protegido por el delito, y concretamente cuando se trate de hechos contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.

La referencia a la integridad de las personas hay que vincularla tanto a los delitos que atentan contra la integridad física como contra la integridad moral.

La posibilidad de que la organización criminal oriente su actividad criminal hacia la comisión de delitos de variada índole se resolverá mediante la aplicación de la penalidad más grave que corresponderá a esta modalidad cualificada. En cualquier caso, los Sres. Fiscales habrán de valorar y constatar que la finalidad primordial de la organización es ésta y que no se ha cometido un delito de los mencionados de forma esporádica u ocasional.

III. EL GRUPO CRIMINAL DEL ARTÍCULO 570 TER DEL CÓDIGO PENAL

A. Concepto de grupo criminal

El artículo 570 ter 1 *in fine* CP define de forma auténtica el grupo criminal como «la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas».

El concepto de grupo criminal se define, por tanto como una figura de carácter residual frente al de organización criminal, que si bien se asemeja a la organización en el sentido de conformarse por la unión de más de dos personas y tener por finalidad la perpetración concertada de delitos o reiterada de faltas, se construye sobre las notas negativas de no concurrencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal, de modo que basta, pues, la no concurrencia de uno de los elementos estructurales del tipo de organización delictiva, para que nos encontremos ante un grupo criminal.

También el artículo 1 de la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo de la Unión Europea ofrece una definición de «asociación estructurada», de manera negativa, como «una organización no formada fortuitamente para la comisión inmediata de un delito ni que necesite haber asignado a sus miembros funciones formalmente definidas, continuidad en la condición de miembro, o exista una estructura desarro-

llada». En el mismo sentido define el «grupo estructurado» el artículo 2 de la Convención de Naciones Unidas contra la delincuencia organizada.

De este modo, se reducen los requisitos que caracterizan la organización delictiva, exigiendo sólo cierta permanencia («formación no fortuita»), y una estructura básica que supone la actuación concertada de sus miembros pero que no requiere una asignación formal de funciones entre los distintos miembros del grupo, ni continuidad en la condición de miembro.

En definitiva, para delimitar el ámbito del grupo criminal del de la organización criminal, la diferencia reside en la existencia de una estructura organizativa con vocación de permanencia o por tiempo indefinido en las organizaciones criminales, mientras que el grupo criminal puede permanecer estable cierto tiempo en función del tipo de infracción criminal a que oriente su actividad delictiva (para la comisión de uno o varios delitos o la comisión reiterada de faltas) pero puede carecer de una estructura organizativa perfectamente definida, o bien, puede contar con una estructura organizativa interna pero no perpetuarse en el tiempo.

En este sentido, cabe considerar comprendidos en la definición de grupo criminal, los supuestos de organizaciones «de carácter transitorio» o que actúan «aun de modo ocasional» que se habrían venido incorporando en diversos subtipos agravados por pertenencia a organización criminal en la parte especial del Código Penal y sobre los que se había pronunciado la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ofreciendo una interpretación restrictiva de tales supuestos, señalando que «no se requiere una organización estable, siendo suficiente una “mínima permanencia” que permita distinguir estos supuestos de los de mera codeincuencia. Cabe incluso la organización constituida para una operación específica, siempre que concurran los elementos propios de la organización criminal: un centro de decisiones y diversos niveles jerárquicos, con posibilidad de sustitución de unos a otros mediante una red de reemplazo que asegure la supervivencia del proyecto criminal con cierta independencia de las personas pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por una organización criminal y agrava el daño ocasionado por la actividad, permitiendo hablar de una empresa criminal» (STS 1095/2001, de 16 de julio, con cita de las de 25 de febrero de 1997 y 10 de marzo de 2000 entre otras).

El preámbulo de la LO 5/2010 justifica la tipificación del grupo criminal, extramuros del concepto de organización criminal, a partir de la necesidad de responder a «otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. Por ello se definen los grupos criminales en el artículo 570 ter como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes».

En definitiva, lo decisivo es que la existencia de concierto entre una pluralidad de personas para el desarrollo de un proyecto criminal, posibilita el desarrollo del plan delictivo de manera independiente de las personas integrantes del mismo, pues esto es lo que dificulta la prevención y persecución de los delitos cometidos por un grupo criminal y agrava el daño ocasionado por su actividad.

Debe destacarse que la tipificación autónoma del grupo criminal va a permitir una adecuada persecución de comportamientos cada vez más frecuentes en nuestra sociedad que inciden de forma importante en la seguridad ciudadana, al tratarse de agrupaciones criminales que desarrollan una forma de delincuencia en grupo sin vocación de permanencia ni estructura estable, que es útil para la comisión reiterada de cualquier modalidad delictiva, desde pequeños hurtos, robos o estafas, y otros delitos contra la propiedad, hasta operaciones de tráfico de drogas, como es el caso de grupos familiares dedicados a la venta de droga cuyos miembros indistintamente des-

empeñan diferentes tareas dirigidas a tal fin. A su vez, permite diferenciar este fenómeno de estructuras organizativas complejas, como puede ser un cártel que opera internacionalmente traficando con drogas o una red dedicada a la trata de seres humanos, pues ambos supuestos no presentan la misma antijuricidad y va a permitir guardar la debida proporcionalidad punitiva como respuesta a los hechos a los que se aplican tales tipos delictivos.

En este sentido, los Sres. Fiscales cuidarán de aplicar el tipo delictivo de grupo criminal previsto en el artículo 570 ter cuando tras la valoración de los hechos y las circunstancias concurrentes se constate efectivamente su existencia, en aras de obtener una adecuada y proporcionada sanción penal de tales comportamientos delictivos.

B. Conductas típicas

Como señala el propio Preámbulo de la LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, el artículo 570 ter se articula equiparando a efectos penales las conductas típicas de quienes «constituyeren» el grupo, «financiaren» su actividad o «integraren» el mismo.

A estos efectos hay que considerar integrantes del grupo a quienes intervienen de algún modo, previo concierto, en la planificación y realización de sus objetivos, esto es, la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas, sin que suponga que necesariamente sean partícipes todos ellos en su ejecución. No se comprenden los actos de mera cooperación (distintos de la financiación de su actividad) o colaboración ocasional en algún aspecto puntual, sino que se exige la integración, lo que equivale a la «pertenencia» o ser miembro del grupo.

La alusión al concierto indica que en el grupo no es exigible la existencia de relaciones de jerarquía y sumisión perfectamente definidas, ni una estricta división de funciones entre los que dirigen y planifican y los que ejecutan, sin perjuicio de que pueda existir una distribución de roles o papeles entre sus miembros para facilitar la perpetración de la infracción criminal.

En relación con el concepto de organización «de carácter transitorio» que recogía el subtipo agravado previsto en el artículo 369.1.2.ª CP (derogado por LO 5/2010), la STS 933/1998, de 16 de octubre, razona que «la transitoriedad a que se refiere el párrafo 6.º del artículo 369, no hay que proyectarla sobre la relación más o menos ocasional del acusado con alguna de las operaciones de la organización sino que se refiere a la asociación u organización en sí misma y la “ocasionalidad” también citada en el precepto se refiere a los fines que la organización persigue y no a la relación del acusado con la misma».

«Lo que pretende el precepto es sancionar más gravemente el aprovechamiento por sus integrantes de redes estructuradas, más o menos formalmente, que sean utilizadas en el concreto supuesto enjuiciado, con independencia de la duración en el tiempo de dichas redes o de que los fines perseguidos por la asociación no sean en exclusiva los de difusión de la droga, confluyendo con otros que pueden ser legales, pero, en cualquier caso, el ámbito subjetivo de la agravación se limita por el legislador, de forma expresa, a los “pertenecientes” o integrantes de la organización y no a los meros colaboradores ocasionales».

Asimismo, tratándose de un delito doloso, el principio de culpabilidad exige que el constituyente, cooperador económico o miembro activo conozca el carácter ilícito del grupo y actúe con la intención específica de que su aportación favorezca los fines de aquella.

El artículo 570 ter CP distingue la respuesta punitiva a partir de la naturaleza y gravedad de las infracciones criminales que el grupo pretenda cometer. Así:

a) si la finalidad del grupo es cometer uno o más delitos graves contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos, la pena será de prisión de dos a cuatro años y si se trata de delitos menos graves la pena será de prisión de uno a tres años.

b) Si la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave, la pena será de prisión de seis meses a dos años.

c) Si su objetivo es cometer uno o varios delitos menos graves no comprendidos en el apartado a) o la perpetración reiterada de faltas de hurto, la pena de prisión de tres meses a un año. Por último, si el objetivo es la perpetración reiterada de otras faltas, dicha pena se impondrá en su mitad inferior.

En términos idénticos a los establecidos para la organización criminal, el apartado segundo del artículo 570 ter regula los tipos cualificados que determinan la aplicación de las penas previstas en el apartado primero en su mitad superior, o las penas superiores en grado cuando concurren dos o más de tales circunstancias.

Como señalábamos antes para la organización criminal, cuando la finalidad del grupo criminal sea la de cometer delitos de variada índole, los Sres. Fiscales, valorando las circunstancias concurrentes, tomarán en consideración el más grave de ellos conforme al orden establecido en el precepto para determinar la disposición a aplicar a los sujetos activos, valorando que la finalidad primordial del grupo sea la de cometer ese tipo de delitos y no que se haya cometido de forma esporádica o circunstancial.

IV. DELIMITACIÓN DE LAS FIGURAS DELICTIVAS DE ORGANIZACIÓN Y GRUPO CRIMINAL FRENTE A LA CODELINCUENCIA

Una correcta delimitación legal de los nuevos tipos penales de organización y grupo criminal exige su adecuada diferenciación de los supuestos de codevincuencia o coparticipación.

Como se expone en la Circular 2/2005, «sobre la reforma del Código Penal en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas», el concepto de organización a los efectos de aplicación del subtipo agravado previsto en el artículo 369.1.2.^a CP (derogado por LO 5/2010) ha sido objeto de una consolidada y reiterada doctrina jurisprudencial que exige la concurrencia de una serie de requisitos que claramente han permitido delimitar estos casos de los supuestos de simple codevincuencia, coparticipación o consorcio ocasional para la comisión del delito: pluralidad de personas, utilización de medios idóneos, plan criminal previamente concertado para la difusión de la droga, distribución de funciones o cometidos, una cierta jerarquización y actividad persistente y duradera (SSTS de 25 de septiembre de 1985, 18 de diciembre de 1986, 5 de febrero de 1988, 14 de enero de 1989, 6 de julio de 1990, 8 de febrero de 1991, 11 de junio de 1991, 12 de julio de 1991, 23 de diciembre de 1991, 30 de junio de 1992, 8 de febrero de 1993, 12 de marzo de 1993, 17 de marzo de 1993, 5 de mayo de 1993, 17 de julio de 1993, 21 de enero de 1994, 3 de mayo de 1994, 2 de junio de 1994, 12 de septiembre de 1994, 10 de noviembre de 1994, 19 de enero de 1995, 14 de febrero de 1995, 24 de junio de 1995, 2 de abril de 1996, 12 de abril de 1996, 12 de noviembre de 1996, 21 de mayo de 1997, 13 de octubre de 1997, 26 de enero de 1998, 4 de febrero de 1998, 7 de marzo de 1998, 6 de abril de 1998, 5 de mayo de 1998, 10 de julio de 1998, 13 de julio de 1998, 28 de julio de 1998, 1 de octubre de 1998, 16 de

octubre de 1998, 17 de octubre de 1998, 3 de diciembre de 1998, 11 de enero de 1999, 20 de febrero de 1999, 29 de mayo de 1999, 5 de junio de 1999, 10 de junio de 1999, 6 de septiembre de 1999, 10 de abril de 2000, 28 de junio de 2000, 1 de marzo de 2001, 16 de mayo de 2001, 8 de junio de 2001, 17 de octubre de 2002, 28 de febrero de 2003, 25 de junio de 2003, 23 de marzo de 2005, 19 de enero de 2007, 17 de julio de 2008 y 25 de noviembre de 2008).

Al respecto, la STS de 2 de febrero de 2006 con cita de otras anteriores, señala que «la mera delincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura, sin excluir su intervención personal, y en el hecho de que la ejecución de la operación puede subsistir y ser independiente de la actuación individual de cada uno de los partícipes, y se puede comprobar un inicial reparto coordinado de cometidos o papeles y el empleo de medios idóneos que superan los habituales en supuestos de delitos semejantes. Lo que se trata de perseguir es la comisión del delito mediante redes ya mínimamente estructuradas en cuanto que, por los medios de que disponen, por la posibilidad de desarrollar un plan delictivo con independencia de las vicisitudes que afecten individualmente a sus integrantes, su aprovechamiento supone una mayor facilidad, y también una eventual gravedad de superior intensidad, en el ataque al bien jurídico que se protege, debido especialmente a su capacidad de lesión».

Respecto a las organizaciones «de carácter transitorio» la STS 1095/2001, de 16 de julio, con cita de las de 25 de mayo de 1997 y 10 de marzo de 2000, entre otras, señala que «el legislador incluye expresamente los supuestos de organizaciones transitorias es claro que no se requiere una organización estable, siendo suficiente una “mínima permanencia” que permita distinguir estos supuestos de los de mera codelinquencia».

En definitiva, los criterios que permiten diferenciar la existencia de una organización o grupo criminal frente a los supuestos de codelinquencia o ejecución del delito o delitos por una pluralidad de personas, son los siguientes:

- El acuerdo de voluntades dirigido a la programación de un proyecto o plan delictivo, con anticipación temporal a la ejecución de los concretos delitos programados, y dotado de una cierta continuidad temporal o durabilidad, que supera la simple u ocasional consorciabilidad para el delito,
- La trascendencia del acuerdo de voluntades más allá del concreto hecho ilícito o ilícitos que se cometan,
 - La distribución de cometidos o tareas a desarrollar,
 - La existencia de una mínima estructura criminal presidida por la idea de coordinación adecuada a la actividad criminal programada,
 - Y el empleo o acopio de medios idóneos a los planes de la organización o grupo criminal.

En conclusión, teniendo en cuenta el carácter clandestino propio de la actuación de los grupos y organizaciones criminales y las dificultades probatorias de su existencia, que frecuentemente se limitará a la concurrencia de prueba indiciaria, los Sres. Fiscales valorarán para determinar la existencia de una organización o grupo criminal frente a otras formas de codelinquencia y de coparticipación, la concurrencia de circunstancias que revelen la voluntad de continuidad en otras actividades criminales de la misma clase, que ordinariamente se pondrá de manifiesto por el *modus operandi* y los medios comisivos utilizados para delinquir, y de los que a su vez se desprenda la existencia de una planificación o coordinación con un cierto reparto de papeles que

favorezca la eficacia de su actividad criminal, su capacidad ofensiva y la impunidad de sus miembros.

V. PROBLEMAS CONCURSALES

La tipificación autónoma de los delitos de organización y grupo criminal, como se ha expuesto más arriba, si bien va a servir para superar la dificultad generada hasta el momento en la persecución y sanción de estas conductas, como consecuencia de los criterios restrictivos que venían siguiendo juzgados y tribunales en la interpretación y aplicación del delito de asociación ilícita, suscita, no obstante, diversos problemas concursales que se abordan a continuación:

A. Relación concursal con el delito de asociación ilícita del artículo 515 del Código Penal

La nueva regulación por LO 5/2010 suprime los arts. 515.2 y 516 CP, que definían y sancionaban como asociaciones ilícitas «las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas», llevando su contenido al artículo 571 integrado en el Capítulo VII del Título XXII, en el marco de los delitos contra el orden público, junto a los delitos de terrorismo.

Sin embargo ha mantenido vigente el resto de la regulación de las asociaciones ilícitas, contempladas en los números 1 y 3 a 5 del artículo 515, esto es:

«1.º las que tengan por objeto cometer algún delito o, después de constituidas promuevan su comisión, así como las que tengan por objeto cometer o promover la comisión de faltas de forma organizada, coordinada y reiterada.

2.º (...)

3.º las que, aun teniendo por objeto un fin lícito, empleen medios violentos o de alteración o control de la personalidad para su consecución.

4.º las organizaciones de carácter paramilitar.

5.º las que promuevan la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones por razón de su ideología, religión o creencias, la pertenencia de sus miembros o de alguno de ellos a una etnia, raza o nación, su sexo, orientación sexual, situación familiar, enfermedad o minusvalía o inciten a ello».

De acuerdo con una consolidada doctrina jurisprudencial desarrollada sobre el tipo de asociación ilícita, «el bien jurídico protegido puede ser doble, de un lado, el derecho de asociación como garantía constitucional, y de otro, el orden público y en particular la propia institución estatal, su hegemonía y poder, frente a cualquier organización que persiga fines contrarios y antitéticos a los de aquélla» (STS 25 de noviembre de 2008 con referencia a jurisprudencia anterior como la expuesta en la STS 234/2002 de 3 de mayo, entre otras).

Como se ha señalado anteriormente, la jurisprudencia del Tribunal Supremo, ha precisado los elementos definidores de la asociación ilícita, con las siguientes exigencias: pluralidad de personas asociadas para llevar a cabo una determinada actividad; existencia de organización más o menos compleja en función del tipo de actividad prevista; consistencia o permanencia en el sentido de que el acuerdo asociativo ha de ser duradero y no puramente transitorio y, en el caso del artículo 515.1 CP, el fin de la asociación ha de ser la comisión de delitos.

El artículo 515 contempla, pues, auténticos supuestos de asociaciones, esto es, de agrupaciones de personas, de carácter estable, con relaciones de jerarquía entre sus miembros y división de funciones y tareas, y entre las que existen un vínculo asociativo por encima de la voluntad individual de cada uno de sus miembros y cuyos fines no se identifican necesariamente con la realización de hechos delictivos, sino que pueden tener otras finalidades distintas, si bien en atención a las mismas o a los modos utilizados para su obtención, el legislador considera que dichas conductas la hacen merecedora de reproche penal.

Sin embargo, en relación a las organizaciones y agrupaciones criminales, la propia Exposición de Motivos de la LO 5/2010 afirma que «las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente “asociaciones” que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad».

La coexistencia del delito de asociación ilícita con el delito de organización criminal plantea un conflicto de normas cuando el supuesto examinado pueda ser calificado simultáneamente conforme a lo previsto en los artículos 515.1 y 570 bis CP, esto es, en el supuesto de asociaciones ilícitas cuyo objeto exclusivo y finalidad directa sea la comisión de ilícitos penales, supuesto que coincide con los elementos que configuran el tipo de organización criminal previsto en el artículo 570 bis. Esta cuestión no se plantea en relación con el grupo criminal del artículo 570 ter CP, dado que, como se ha señalado, la doctrina jurisprudencial desarrollada sobre el tipo de asociación ilícita exige la concurrencia de las notas de existencia de estructura organizativa y de permanencia o consistencia del acuerdo asociativo que ha de ser duradero y no puramente transitorio para apreciar la existencia de asociación ilícita, por tanto no cabe aplicar el artículo 515.1 en caso de que no concurra alguno de estos elementos y sí el tipo del artículo 570 ter CP.

En relación con el resto de los supuestos de asociación ilícita tipificados en el artículo 515 CP, esto es, asociaciones con fin lícito pero que emplean medios violentos o de alteración o control de la personalidad para conseguir sus fines, organizaciones de carácter paramilitar, así como aquellas que promueven a la discriminación, el odio o la violencia contra personas, grupos o asociaciones, esto es, supuestos de asociaciones ilícitas que no tienen por finalidad originaria y directa la comisión de delitos, ni se han constituido especialmente con tal objeto, hay que considerar que dichas conductas delictivas presentan características diferentes a las que configuran el tipo de organización criminal del artículo 570 bis CP. Ante cada supuesto concreto deberán valorarse, pues, las circunstancias concurrentes en orden a apreciar la existencia de los elementos definidores de uno u otro tipo penal, el previsto en el artículo 570 bis o los recogidos en el artículo 515 en relación con el artículo 517 CP.

El legislador ha previsto en el artículo 570 *quater.2 in fine* CP que «en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8».

En consecuencia, en los supuestos en que se plantee un conflicto de normas entre los artículos 515.1 y 570 bis CP, los Sres. Fiscales aplicarán el criterio de alternativa previsto en el artículo 8.4 CP, de conformidad con lo establecido en el artículo 570 *quáter* CP, de modo que deberán aplicar el tipo con pena más grave, esto es, el artículo 570 bis.

Así, la pena prevista en el artículo 517 CP para los fundadores, directores y presidentes de las asociaciones es la de prisión de dos a cuatro años, multa de doce a veinticuatro meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a doce años. La pena prevista en el artículo 570 bis para los responsables de las

organizaciones criminales que tengan por finalidad la comisión de delitos graves es prisión de cuatro a ocho años y prisión de tres a seis años en los demás casos, a la que hay que añadir la pena de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización criminal, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta, por lo que si bien no se prevé la imposición de una pena de multa, las penas previstas para los responsables de la organización criminal son más graves que las previstas para las asociaciones ilícitas. Cabe señalar que aun cuando no coinciden plenamente en su denominación literal las personas que pueden ser responsables en ambos tipos, sin embargo, puede considerarse que se trata de las mismas conductas, en definitiva los responsables de poner en marcha y dirigir la asociación u organización.

Lo mismo cabe concluir en relación a la responsabilidad de los miembros activos, pues incluso en el supuesto de los miembros activos de una organización que no tuviera por finalidad la comisión de delitos graves, la pena de prisión a imponer –de uno a tres años–, coincide con la pena de prisión a imponer a los miembros activos de una asociación ilícita conforme al artículo 517. 2.º CP, a la que hay que añadir en el caso de los miembros activos de la organización criminal la pena de inhabilitación especial prevista en el artículo 570 quáter, que en cualquier caso es más grave que la pena de multa prevista en el supuesto de los miembros activos de una asociación ilícita.

La aplicación del criterio de alternatividad para resolver el conflicto de normas, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 570 quáter CP, resulta justificada conforme a los principios de proporcionalidad y de congruencia de la pena resultante tras la resolución del concurso, ya que la preferente aplicación del criterio de especialidad frente al de alternatividad conduciría a privilegiar con una menor penalidad a aquellas agrupaciones que revistan una cierta formalidad asociativa con independencia de la gravedad de los delitos que persigan, lo que llevaría a la absurda consecuencia de que se premiaría el mayor desvalor de la conducta criminal que supone la utilización de una apariencia de legalidad que normalmente será un factor que favorece el desenvolvimiento de los fines delictivos de la organización.

B. Con los ilícitos penales cometidos por la organización o grupo criminal

No plantea dificultades el correspondiente concurso de delitos que se establece entre los delitos de organización y grupo criminal y las diferentes infracciones criminales por ellas cometidas en ejecución de su objetivo delictual, cuando en la tipificación de tales infracciones no se haya previsto específicamente un subtipo agravado por pertenencia a organización, habida cuenta que los tipos de organización y grupo criminal son autónomos respecto de los delitos para cuya comisión se constituyen, en tanto que sancionan el hecho de la articulación de una organización o grupo con fines delictivos, sin abarcar los delitos que se cometan ulteriormente por los integrantes de dichos colectivos.

En definitiva, se apreciará un concurso real de delitos entre los tipos previstos en los artículos 570 bis o 570 ter y los concretos ilícitos penales ejecutados en el seno de la organización o grupo criminal o a través de las mismas, salvo determinados supuestos en que se haya previsto un subtipo agravado por pertenencia a organización o grupo criminal como se expone en el siguiente epígrafe, y sin perjuicio, en todo caso, de que la responsabilidad del sujeto activo por los concretos delitos o faltas cometidos

en el seno de la agrupación delictiva deba sujetarse a las reglas generales de autoría y participación en el concreto hecho delictivo cometido.

C. Relación concursal entre los artículos 570 bis y 570 ter con los subtipos agravados de pertenencia a organización, asociación o grupo criminal de la parte especial del Código Penal

La pertenencia del sujeto activo a una asociación, organización, grupo criminal o agrupación transitoria para delinquir determina la previsión de subtipos agravados en relación con una serie de delitos cuya perpetración en grupos más o menos organizados es especialmente habitual, concretamente:

a) El nuevo artículo 177 bis 6 CP en relación con el delito de trata de seres humanos introducido por la reforma operada por LO 5/2010 establece una agravación por pertenencia del culpable a «una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio», previendo una penalidad aún mayor para los jefes, encargados o administradores de la organización o asociación.

b) El artículo 183.4 CP en su redacción dada por la reforma llevada a efecto por LO 5/2010, de 22 de junio, en relación con los delitos de abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, prevé una agravación cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o de un grupo criminal que se dedicaren a la realización de tales actividades.

c) Los artículos 187.4 y 188.4 CP en su redacción dada por la reforma por LO 5/2010, en relación con el delito de prostitución de menores o incapaces y el delito de determinación al ejercicio de la prostitución, cuando concorra violencia, intimidación o engaño o abuso de situación de necesidad o superioridad o vulnerabilidad de la víctima, prevén sendas agravaciones específicas en caso de que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, dedicada a la realización de tales actividades. En el mismo sentido la agravación prevista en el artículo 189.3.e) CP para el delito de utilización de menores en espectáculos exhibicionistas o pornográficos y en la elaboración de material pornográfico.

d) El apartado 8 del artículo 197, añadido por la LO 5/2010 establece un subtipo agravado en relación con el delito de descubrimiento y revelación de secretos cuando los hechos tipificados en ese precepto se cometan en el seno de una organización o grupo criminales.

e) Los artículos 271.c) y 276.c) CP referidos a los delitos contra la propiedad intelectual e industrial prevén también un tipo especial agravado si el sujeto pertenece a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuvieran como finalidad la realización de las actividades descritas en los tipos referidos.

f) El artículo 302.1 CP prevé un subtipo agravado del delito de blanqueo de capitales por pertenencia a organización dedicada a tales fines, no incluyendo en este caso las organizaciones de carácter transitorio, distinguiendo entre la responsabilidad de los miembros y la de los «jefes, administradores o encargados» de la organización.

g) El artículo 305.1.b) CP para el tipo de defraudación a la Hacienda Pública y el artículo 307.1.b) en relación a la defraudación a la Seguridad Social, prevén una agravación en caso de existencia de una estructura organizativa que afecte o pueda afectar a una pluralidad de obligados tributarios o frente a la Seguridad Social.

h) El artículo 318 bis 4 CP en su redacción dada por LO 5/2010 respecto al delito de tráfico ilegal o inmigración clandestina de personas, establece una agravación para el caso de pertenencia del culpable a organización o asociación, incluso de

carácter transitorio, diferenciando la responsabilidad de los miembros y la de los jefes, administradores o encargados.

i) En relación con el delito de tráfico de drogas, el artículo 369.1 apartado 2.º CP, derogado con ocasión de la reforma del Código Penal por LO 5/2010, contemplaba una agravante específica del delito contra la salud pública por pertenencia a «una organización o asociación, incluso de carácter transitorio».

La nueva regulación contempla la agravación por pertenencia a organización delictiva en el nuevo artículo 369 bis, si bien el mismo no incluye referencia a las organizaciones de carácter transitorio ni a la expresa finalidad de la organización de difundir tales sustancias o productos aun de forma ocasional, como exigía el derogado apartado 2.º del artículo 369 CP. Se prevé asimismo una penalidad agravada para los jefes, encargados o administradores de la organización.

El artículo 370 CP establece una agravante específica cuando se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades.

Asimismo el artículo 371.2 CP prevé una agravación por pertenencia a una organización dedicada a la fabricación, transporte, distribución, comercio o posesión de los equipos y sustancias enumeradas en los cuadros I y II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y los que se incluyan en el mismo u otras Convenios ratificados por España como se especifica en el apartado 1 del mismo precepto. Se aplicará la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones.

En primer lugar cabe señalar que existen subtipos agravados que sólo comprenden la pertenencia a organización criminal y no a grupo criminal, de modo que no se plantea conflicto de normas, sino que se aplicará un concurso real de delitos entre el tipo básico del delito cometido y el artículo 570 ter cuando el sujeto activo del delito cometido en el seno del grupo criminal sea a su vez miembro del grupo o realice alguna otra de las conductas típicas previstas en el artículo 570 ter.

En los supuestos en que el delito específico objeto de imputación, contempla un subtipo agravado por la pertenencia o dirección de organización o grupo criminal, se produce un concurso de normas con los artículos 570 bis o 570 ter CP en los que se sanciona autónomamente dicha pertenencia o dirección de la organización o grupo, pues precisamente la agravación de la pena en el delito específico correspondiente obedece al aumento del injusto que supone la pertenencia a organización, de modo que castigar este último comportamiento de forma autónoma por la vía de los artículos 570 bis o 570 ter en concurso de delitos con el subtipo agravado específico vulneraría el principio *non bis in idem*.

Este mismo es el criterio mantenido por la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2002, de 19 de febrero de 2002 «sobre aspectos civiles, penales y contencioso-administrativos de la intervención del fiscal en materia de extranjería», en cuanto al concurso entre los artículos 318 bis.5 y el artículo 515.6 (suprimido por LO 15/2003), en tanto que la solución de optar por el concurso de delitos infringiría el principio *non bis in idem* ya que se emplearía dos veces el mismo hecho para agravar la pena.

Como anteriormente se ha señalado, la ejecución de un hecho delictivo por una estructura organizada reviste una mayor gravedad porque además de posibilitar la supervivencia del proyecto delictivo con independencia de las personas que lo integran, refuerza la voluntad criminal de sus miembros, asegura la eficacia en el desempeño de sus respectivos cometidos o tareas y dificulta la respuesta de los órganos estatales de investigación en las funciones de averiguación y descubrimiento de tales hechos.

Sin embargo, el análisis de los delitos específicos que se recogen en el Libro II del Código Penal permite comprobar que algunos subtipos agravados derivados de la pertenencia a una organización o grupo criminal, o, en la dicción literal de algunos preceptos, «a asociación u organización de dos o más personas, incluso de carácter transitorio», la pena prevista es inferior a la que resultaría de aplicar un concurso de delitos entre el tipo básico correspondiente y el del artículo 570 bis CP o del artículo 570 ter CP, en su caso (delitos relativos a la prostitución y a la corrupción de menores de los artículos 187, 188 y 189, receptación y blanqueo de capitales del artículo 302. 1, por citar ejemplos), de modo que la aplicación preferente del subtipo agravado en cuanto regla especial supondría un trato más favorable respecto a la pena imponible como resultado de tal concurso en caso de no existir tipo agravado.

Al respecto, cabe también señalar que, si bien en los subtipos agravados en que uno de los dirigentes o miembros de una organización o grupo criminal participa además en la ejecución de alguno de los delitos que en el seno de la misma se cometen, el comportamiento típico comprende además del injusto de la conducta de pertenencia o dirección de la organización o grupo, el desvalor propio del delito que se haya cometido, se plantean, no obstante, algunos supuestos (como los previstos en los artículos 187.4 y 188.4, por ejemplo) en los que el dirigente de una organización criminal que además participa en la perpetración de un delito cometido en su seno tiene prevista menor pena que la correspondiente, conforme al artículo 570 bis CP, al dirigente de la organización criminal (prisión de cuatro a ocho años) aun cuando no intervenga en la comisión de delito alguno, de modo que si se castiga su actuación por el subtipo agravado se estaría privilegiando al jefe de la organización que además toma parte en la comisión de los delitos objeto de la misma.

La solución que ofrecía la citada Circular 1/2002 de la Fiscalía General del Estado a los supuestos de concursos de normas en ella analizados era la de aplicar el criterio de la especialidad como «solución paralela a la que se ofrece en casos de delitos que prevén agravaciones cuando el hecho se realiza en el seno de una organización criminal (tráfico de drogas o blanqueo de capitales, por citar ejemplos) que se reputan ley especial frente al artículo 515».

Sin embargo, la reforma por LO 5/2010 ha introducido en el artículo 570 quáter 2 *in fine* una regla expresa para solucionar el concurso de normas en este supuesto, al establecer que «en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieran comprendidas en otro precepto de este Código será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8».

Si bien, la regla prevista en el artículo 8.4 tiene carácter subsidiario respecto del resto de los criterios establecidos en el artículo 8 para la resolución de los conflictos de normas, sin embargo, su aplicación directa ha de prevalecer por decisión del legislador expresada en el citado artículo 570 quáter 2 *in fine*, opción justificada desde el planteamiento de que el mayor desvalor del hecho determina la aplicación de la pena más grave para evitar sanciones atenuadas incongruentes por la existencia de discordancias punitivas entre los distintos tipos penales.

Teniendo en consideración que la utilización de subtipos agravados por el legislador se hace en relación con aquellos delitos que más frecuentemente se cometen en el seno de una organización, la solución de optar, en esos casos, por la norma especial, esto es, el tipo agravado, compadece mal con el tenor y finalidad de la reforma por LO 5/2010 que define de forma auténtica y que castiga autónomamente los delitos de organización y de grupo criminal, sancionando con una pena superior los primeros, y cuyo fundamento reside en la necesidad de hacer frente de forma decidida a estas organizaciones y/o grupos cuya intervención facilita la comisión de actividades ilícitas, asegura la eficacia de las mismas y favorece la impunidad de sus autores.

Por tanto, en tales supuestos, los Sres. Fiscales cuidarán de aplicar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 570 quáter CP, conforme al criterio de alternatividad, un concurso de delitos entre el artículo 570 bis o el artículo 570 ter, en su caso, y el tipo correspondiente al delito específicamente cometido con todas sus circunstancias si bien prescindiendo de la agravación específica de organización, cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado.

Cabe por último señalar que, sin perjuicio de que lo expuesto en la presente Circular, en relación a la aplicación del criterio de alternatividad conforme al artículo 570 quáter en los supuestos en que se plantee cuestión concursal, alcanza también a los tipos penales relativos al tráfico de drogas, las cuestiones concretas que suscitan las modificaciones introducidas por la reforma llevada a efecto por LO 5/2010 en esa materia serán objeto de tratamiento específico en otro documento.

VI. REFERENCIA A ORGANIZACIONES Y GRUPOS TERRORISTAS

La reforma del Código Penal por LO 5/2010, de 22 de junio, ha ubicado las organizaciones y grupos terroristas en la Sección 1.ª del nuevo Capítulo VII del Título XXII del Libro II, que lleva por rúbrica «de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo», a la vez que recoge los delitos instrumentales de terrorismo en la Sección 2.ª del mencionado Capítulo VII del Título XXII, que integra los artículos 572 a 580 CP, y suprime 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).

El artículo 571 CP describe las conductas de dirección y pertenencia a organización o grupo terrorista en los siguientes términos:

«1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren o dirigieren una organización o grupo terrorista serán castigados con las penas de prisión de ocho a catorce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de ocho a quince años.

2. Quienes participaren activamente en la organización o grupo, o formaren parte de los mismos, serán castigados con las penas de prisión de seis a doce años e inhabilitación especial para empleo o cargo público por tiempo de seis a catorce años.

3. A los efectos de este Código, se considerarán organizaciones o grupos terroristas aquellas agrupaciones que, reuniendo las características respectivamente establecidas en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 bis y en el párrafo segundo del apartado 1 del artículo 570 ter, tengan por finalidad o por objeto subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública mediante la perpetración de cualquiera de los delitos previstos en la Sección siguiente».

El terrorismo se caracteriza en nuestra legislación por requerir la presencia de dos elementos: de un lado, un elemento estructural u organizativo y de otro, un elemento teleológico, pues se precisa que las organizaciones o grupos terroristas, dotados de una articulación idónea a sus objetivos, actúen con una finalidad específica, en concreto la de subvertir el orden constitucional o alterar gravemente la paz pública.

La reforma ha incorporado una definición de organización y grupo terrorista, remitiéndose a los conceptos generales de organización y grupo criminal tipificados en los artículos 570 bis y 570 ter CP, eliminando la antigua referencia a «banda armada», si bien tales modificaciones no afectan al concepto típico en cuanto al pro-

grama colectivo de la organización y a la definición del elemento instrumental del terrorismo.

Cabe destacar que si bien el nuevo artículo 571 CP establece una distinción conceptual entre organización y grupo, sin embargo anuda 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 materia de terrorismo, 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 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, de modo que la preparación, planificación y ejecución de los concretos atentados criminales es obra exclusiva de quienes integran el grupo o célula terrorista.

Así, frente a las organizaciones terroristas tradicionales, asentadas sobre el principio jerárquico y dotadas de una estructura mucho más piramidal, el terrorismo internacional se expande por todo el mundo a través de pequeñas células o grupos autónomos de una gran flexibilidad que se comunican, se adoctrinan, se alimentan ideológicamente e intercambian sus experiencias a través de las nuevas tecnologías, sin dependencia ni relación jerárquica alguna entre ellas más allá de una intensa vinculación ideológica.

Por otro lado, el artículo 571 CP define las conductas típicas distinguiendo dos niveles de responsabilidad penal:

- la de quienes promovieren, constituyeren, organizaren o dirigieren una organización o grupo terrorista,
- y la de quienes participaren activamente en la organización o grupo, o formaran parte de los mismos.

A diferencia de la regulación anterior (art. 516 CP derogado por LO 5/2010), la descripción de los niveles directivos se completa con las conductas de constituir y organizar, además de promover y dirigir, y la conducta de mera pertenencia se describe con mayor detalle, frente a la regulación anterior que hacía referencia genérica a los «integrantes», sin perjuicio de que sea aplicable a la nueva formulación de las conductas típicas previstas en el apartado 2 del artículo 571 CP la interpretación que ha venido sosteniendo la jurisprudencia del concepto de «integrante» o «miembro activo» de las bandas armadas, organizaciones o grupos terroristas.

Los requisitos establecidos jurisprudencialmente (STS 119/2007, de 16 de febrero, que recoge la doctrina de otras precedentes) para apreciar la pertenencia a grupo u 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 en los supuestos de organización terrorista. Tal organización o grupo tendrá por finalidad la realización de acciones violentas contra personas y cosas, con finalidad de subvertir el orden democrático-constitucional. Su estructura generalmente 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.

Asimismo, cabe destacar que, a diferencia de la descripción de las conductas típicas de la organización criminal del artículo 570 bis CP, no se recoge entre las conductas de participación activa del artículo 571 CP la de colaboración con organización o grupo terrorista, habida cuenta de que tal conducta configura el tipo específico con sustantividad propia previsto en el artículo 576 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 al hilo de la distinción del delito de colaboración con el delito de integración en organización o grupo terrorista, «el integrante de banda armada –organizaciones o grupos terroristas– aparece en comunión más fuerte y nuclear con la patógena ideología que vertebraba 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» (SSTS de 28 de junio de 2001, 17 de junio de 2002, 1 de octubre de 2002, 29 de mayo de 2003, 15 de julio de 2004 y 6 de mayo de 2007), 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.

VII. REGLAS DE PUNIBILIDAD Y PERSEGUIBILIDAD

El artículo 570 quáter 1, introducido por LO 5/2010 y modificado por la disposición final segunda de la LO 3/2011, de 28 de enero, por la que se modifica la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, del Régimen Electoral General, establece que «los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo y el siguiente, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código».

El artículo 33.7 CP regula las consecuencias penológicas aplicables a las personas jurídicas que incurran en responsabilidad penal, estableciendo que:

«Las penas aplicables a las personas jurídicas, que tienen toda la consideración de graves, son las siguientes:

- a) Multas por cuotas o proporcional.
- b) Disolución de la persona jurídica. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- e) Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años.
- f) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con el sector público y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- g) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años (...).

El artículo 33.7 *in fine* establece asimismo la posibilidad de que el Juez Instructor acuerde como medida cautelar durante la instrucción de la causa la clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial.

Son aplicables también las consecuencias accesorias previstas en el artículo 129 CP en caso de organizaciones o grupos que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis CP, y en virtud del cual podrá imponerse motivadamente a dichas organizaciones o grupos «una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita».

Debe tenerse en consideración que tras la modificación operada en el apartado 1 del artículo 570 quáter CP por la disposición final segunda de la LO 3/2011, las consecuencias punitivas previstas en el mismo son aplicables también a las organizaciones y grupos terroristas y a los delitos de terrorismo regulados en el Capítulo VII del Título XXII del Código Penal.

Por su parte, el apartado 2 del artículo 570 quáter establece la obligación de imponer «a los responsables de las conductas descritas en los dos artículos anteriores, además de las penas en ellos previstas, la de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos», ponderando en su determinación la gravedad del delito, el número de los cometidos y las circunstancias que concurran en el delincuente.

El apartado 3 del artículo 570 quáter introduce el principio de extraterritorialidad, bajo el presupuesto de comisión de un hecho típico en territorio español, al establecer que «las disposiciones de este Capítulo serán aplicables a toda organización o grupo criminal que lleve a cabo cualquier acto penalmente relevante en España, aunque se hayan constituido, estén asentados o desarrollen su actividad en el extranjero».

Este precepto, que incorpora una norma de validez espacial de la legislación penal española, obedece a las prescripciones del artículo 7 de la Decisión Marco 2008/841/JAI, que prevé en su apartado 1, como uno de los criterios en orden a delimitar la competencia de uno u otro Estado, que «todos los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para establecer su competencia respecto de los delitos a que se refiere el artículo 2 cometidos: a) total o parcialmente en su territorio, independientemente del lugar en que la organización delictiva tenga su base o ejerza sus actividades delictivas».

La concurrencia de competencia de más de un Estado miembro de la Unión podrá solventarse a través de Eurojust, o de cualquier otro órgano o mecanismo creado en el marco de la Unión Europea para facilitar la cooperación entre sus autoridades judiciales y la coordinación de sus actuaciones, entre los que cabe mencionar la Decisión Marco 2009/948/JAI del Consejo, de 30 de noviembre de 2009, sobre la prevención y resolución de conflictos de ejercicio de jurisdicción en los procesos penales, y teniendo especialmente en cuenta los elementos que, en orden a resolver dicha situación, enuncia el artículo 7.2 de la Decisión Marco 2008/841/JAI.

VIII. SUBTIPO ATENUADO: EL TIPO PRIVILEGIADO DE COLABORACIÓN

El apartado 4 del artículo 570 quáter CP establece un tipo privilegiado de colaboración con la justicia al prever que «los jueces o tribunales, razonándolo en la sentencia, podrán imponer al responsable de cualquiera de los delitos previstos en este Capítulo la pena inferior en uno o dos grados, siempre que el sujeto haya abandonado de forma voluntaria sus actividades delictivas y haya colaborado activamente con las autoridades o sus agentes, bien para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, bien para evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos».

Así, la apreciación del tipo privilegiado exige la concurrencia de los siguientes requisitos:

- a) abandono voluntario de las actividades delictivas,
- b) colaboración activa con las autoridades con la finalidad de obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables, o de impedir la actuación o el desarrollo de las organizaciones o grupos a que haya pertenecido, o de evitar la perpetración de un delito que se tratara de cometer en el seno o a través de dichas organizaciones o grupos.

Se trata de una medida ya utilizada en el Código Penal en relación a otras figuras delictivas (art. 376 párrafo 1.º en relación con los delitos contra la salud pública y art. 579.3 en relación con los delitos de terrorismo) que se dirige a propiciar la conducta del colaborador mediante una atenuación de la pena, para favorecer la investigación y desarticulación de organizaciones o grupos delictivos. Razones de política criminal, pues, concretadas en la necesidad de restauración del orden jurídico perturbado a través de conductas que posibiliten remediar las consecuencias del delito y facilitar su persecución judicial, justifican la introducción de este tipo privilegiado.

Según la doctrina jurisprudencial, el abandono voluntario de las actividades y la colaboración activa con la autoridad son conductas que deben darse conjuntamente para que pueda aplicarse la atenuación (STS 24 de junio de 2004 y 13 de julio

de 2005, entre otras muchas) resultando de aplicación las circunstancias genéricas de atenuación cuando no concurra alguna de las dos acciones.

Cabe recordar y reiterar aquí los criterios expuestos en la Circular 2/2005 respecto al tipo privilegiado de colaboración previsto en el artículo 376 CP, por ser plenamente aplicables al subtipo atenuado regulado en el artículo 570 quáter 4 CP.

IX. REFERENCIA AL COMISO AMPLIADO EN RELACIÓN CON LOS DELITOS COMETIDOS EN EL MARCO DE UNA ORGANIZACIÓN O GRUPO CRIMINAL O TERRORISTA

La LO 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, ha completado la regulación existente del comiso y modificado el artículo 127 CP, siguiendo las directrices de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo de 24 de febrero de 2005, «relativa al comiso de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito», con la finalidad de establecer «normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito», que constituye un «objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra la delincuencia organizada».

Así, el legislador, ha realizado la transposición de la mencionada Decisión Marco 2005/212/JAI y ha incorporado a nuestro ordenamiento jurídico el denominado comiso ampliado, «encomendando a los jueces y tribunales acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancia procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal, o bien cuando se trate de delitos de terrorismo, con independencia de si estos últimos se cometen en el seno de una organización o grupo terrorista, tal y como se prevé en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, sobre la lucha contra el terrorismo» como señala la Exposición de Motivos de la LO 5/2010.

A tal fin, la LO 5/2010 de reforma del Código Penal ha introducido un segundo párrafo en el apartado 1 del artículo 127, que dispone lo siguiente:

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

Para facilitar la aplicación del comiso ampliado se establece, pues, la presunción *iuris tantum* de considerar que proceden de actividades delictivas aquellos patrimonios individuales cuyo valor sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal o terrorista, de modo que, como señala la Circular 4/2010 de la Fiscalía General del Estado, «sobre las funciones del fiscal en la investigación patrimonial en el ámbito del proceso penal», no será necesaria la prueba de la vinculación concreta de los bienes cuyo comiso se decreta con el hecho ilícito determinado que la sentencia declara probado, pero sí será necesario probar que el sujeto viene realizando actividades ilícitas en el marco de una organización o grupo criminal y que el valor de los bienes incautados resulta desproporcionado en relación con los ingresos que haya podido obtener legalmente la persona enjuiciada.

Como señalábamos antes, esta materia ha sido objeto de tratamiento específico en la Circular 4/2010, a cuyo contenido y prescripciones nos remitimos, recordando a los Sres. Fiscales que en los procedimientos relativos a delincuencia organizada, delitos cometidos en el seno de una organización o grupo terrorista y delitos de terrorismo, durante la fase de instrucción, deberán solicitar que los correspondientes organismos oficiales y la policía judicial emitan informe sobre la totalidad del patrimonio de los imputados, así como que se practiquen las valoraciones periciales correspondientes en los supuestos en que se deduzcan indicios de desproporción en relación con los ingresos legales de aquellos, funciones que podrán ser encomendadas a las Oficinas de Recuperación de Activos previstas en el artículo 367 septies de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Asimismo, cabe recordar que en las peticiones relativas al comiso ampliado que los Sres. Fiscales formulen en sus escritos de acusación o calificación, deberán identificar los bienes a decomisar, así como la titularidad de los mismos o, en su caso, expresar las circunstancias por las que ésta se entiende ficticia.

X. CONCLUSIONES

Primera. La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal ha introducido un nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que comprende los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter, que tipifican de forma autónoma las figuras delictivas de organización y grupo criminal y que responde a la necesidad de articular un instrumento normativo con el propósito de combatir adecuadamente las distintas manifestaciones del complejo fenómeno de la criminalidad organizada, no sólo en lo que se refiere a la delincuencia organizada transnacional, sino también en relación con la pequeña criminalidad organizada de ámbito territorial más limitado y cuyo objetivo es la comisión de delitos menores.

Segunda. Con el objeto de diferenciar las grandes organizaciones criminales de aquellas otras sustentadas en una estructura organizativa relativamente simple, los Sres. Fiscales cuidarán de valorar el alcance y/o intensidad de los elementos definidores del tipo del artículo 570 bis y de cualesquiera otros que se detecten para graduar la pena a imponer en función de las circunstancias concurrentes, de manera que la mayor peligrosidad de una organización criminal evidenciada en una estructura considerablemente compleja, una mayor profesionalidad, una implantación geográfica extensa o su carácter transnacional, se corresponda con la aplicación de las sanciones penales más graves, pues el incremento punitivo viene justificado en tales casos por el mayor contenido del injusto.

Tercera. El apartado segundo del artículo 570 bis recoge una serie de subtipos agravados, que conllevan la imposición de la pena prevista en el apartado primero en su mitad superior, siendo de aplicación la pena superior en grado cuando concurren dos o más de ellas, estableciendo el apartado tercero un escalón punitivo superior, en función de la naturaleza y gravedad de los delitos planificados, al determinar la imposición en su mitad superior de las penas previstas en el apartado primero o en los tipos cualificados del apartado segundo cuando concurren.

La posibilidad de que la organización criminal oriente su actividad ilícita hacia la comisión de delitos de variada índole se resolverá por los Sres. Fiscales mediante la apreciación de la modalidad cualificada y, en consecuencia, la aplicación de la penalidad más grave cuando los Sres. Fiscales constaten que la finalidad primordial de la

organización es ésa y que la actuación delictiva concreta que atrae la agravación no se ha cometido esporádicamente o de forma ocasional.

Cuarta. El artículo 570 ter define el grupo criminal como una figura de carácter residual frente al de organización criminal, que si bien coincide con la organización en el sentido de conformarse por la unión de más de dos personas y tener por finalidad la perpetración concertada de delitos o reiterada de faltas, se construye sobre las notas negativas de no concurrencia de alguna o algunas de las características de la organización criminal, concretamente el carácter estable o la estructura organizativa con reparto coordinado de tareas o funciones, ateniéndose los Sres. Fiscales a los criterios interpretativos que del concepto de grupo criminal ofrece esta Circular

Quinta. A diferencia del artículo 570 bis, el artículo 570 ter CP distingue la respuesta punitiva a partir exclusivamente de la naturaleza y gravedad de las infracciones criminales que el grupo pretenda cometer. No obstante, dicho precepto sigue el criterio del artículo 570 bis al establecer una penalidad superior para los tipos cualificados, previendo el apartado segundo la aplicación de las penas del apartado primero en su mitad superior, o las penas superiores en grado cuando concurren dos o más de tales circunstancias. Cuando la finalidad del grupo criminal sea la de cometer delitos de variada índole, los Sres. Fiscales, valorando las circunstancias concurrentes, tomarán en consideración el más grave de ellos conforme al orden establecido en el precepto para determinar la disposición a aplicar a los sujetos activos, valorando que la finalidad primordial del grupo sea la de cometer ese tipo de delitos y no que dicha actuación ilícita se haya realizado de forma esporádica o circunstancial.

Sexta. Teniendo en cuenta el carácter clandestino propio de la actuación de los grupos y organizaciones criminales y las dificultades probatorias de su existencia, que frecuentemente se limitará a la concurrencia de prueba indiciaria, los Sres. Fiscales valorarán en orden a determinar la existencia de una organización o grupo criminal frente a otras formas de codelinuencia, siguiendo los criterios interpretativos ofrecidos en la presente Circular, la concurrencia de circunstancias que revelen la voluntad de continuidad en otras actividades criminales de la misma clase, que ordinariamente se pondrá de manifiesto por el *modus operandi* y los medios comisivos utilizados para delinquir, y de los que a su vez se desprenda la existencia de una planificación o coordinación con un cierto reparto de papeles que favorezca la eficacia de su actividad criminal, su capacidad ofensiva y la impunidad de sus miembros.

Séptima. La coexistencia del delito de asociación ilícita con el delito de organización criminal puede plantear un conflicto de normas cuando el supuesto examinado pueda ser calificado simultáneamente conforme a lo previsto en los artículos 515.1 y 570 bis CP, esto es, en el supuesto de asociaciones ilícitas cuyo objeto exclusivo y finalidad directa sea la comisión de ilícitos penales. En este supuesto, los Sres. Fiscales aplicarán el criterio de alternatividad previsto en el artículo 8.4 CP, de conformidad con lo establecido en el artículo 570 quáter CP, de modo que deberán aplicar el tipo con pena más grave, esto es, el artículo 570 bis.

Octava. Siendo los tipos de organización y grupo criminal autónomos respecto de los delitos para cuya comisión se constituyen, se apreciará por los Sres. Fiscales la existencia de un concurso real de delitos entre los tipos previstos en los artículos 570 bis o 570 ter y los concretos ilícitos penales ejecutados en el seno de la organización o grupo criminal o a través de las mismas, sin perjuicio, en todo caso, de que la responsabilidad del sujeto activo por los concretos delitos o faltas cometidos en el seno de la agrupación delictiva deba sujetarse a las reglas generales de autoría y participación en el concreto hecho delictivo cometido, y salvo en determinados supuestos en que se haya previsto un subtipo agravado por pertenencia a organización o grupo criminal como se expone en la presente Circular.

Novena. La pertenencia del sujeto activo a una organización y/o grupo criminal es objeto de subtipos agravados en relación con una serie de delitos cuya perpetración en grupos más o menos organizados es especialmente habitual. En tales supuestos se produce un concurso de normas con el delito de pertenencia o dirección de organización o grupo criminal previstos en los artículos 570 bis y 570 ter, pues precisamente la agravación de la pena en el delito específico correspondiente obedece al aumento del injusto que supone la pertenencia a una organización o grupo criminal, cuya existencia facilita la comisión de actividades ilícitas, asegura la eficacia de las mismas y favorece la impunidad de sus autores.

Para resolver el conflicto, sin vulnerar el principio *non bis in idem*, los Sres. Fiscales cuidarán de aplicar, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 570 quáter CP, conforme al criterio de alternatividad, un concurso de delitos entre el artículo 570 bis o el artículo 570 ter, en su caso, y el tipo correspondiente al delito específicamente cometido con todas sus circunstancias si bien prescindiendo de la agravación específica de organización, cuando la pena así aplicada sea superior a la que prevé el subtipo agravado.

Décima. La reforma por LO 5/2010, de 22 de junio, ha ubicado las organizaciones y grupos terroristas en la Sección 1.ª del nuevo Capítulo VII del Título XXII del Libro II, que lleva por rúbrica «de las organizaciones y grupos terroristas y de los delitos de terrorismo», a la vez que recoge los delitos instrumentales de terrorismo en la Sección 2.ª que integra los artículos 572 a 580 CP. Si bien el nuevo artículo 571 CP establece una distinción conceptual entre organización y grupo, y elimina la referencia a «banda armada», sin embargo anuda 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.

CIRCULAR 3/2011, SOBRE LA REFORMA DEL CODIGO PENAL EFECTUADA POR LA LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO, EN RELACIÓN CON LOS DELITOS DE TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS Y DE PRECURSORES

SUMARIO: 1. Los nuevos criterios punitivos en los delitos de tráfico ilegal de drogas: 1.1 Tipo básico del artículo 368 del Código Penal. 1.2 Las circunstancias atenuantes reguladas en el párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal.— 2. La nueva regulación de los subtipos agravados del artículo 369 del Código Penal: 2.1 La incidencia de la modificación de las penas del tipo básico en los subtipos agravados. 2.2 Modificaciones en el artículo 369 del Código Penal. 2.3 La supresión de la agravante de contrabando.—3. La agravante de pertenencia a una organización dedicada al tráfico de drogas regulada en el artículo 369 bis del Código Penal: 3.1 Delimitación conceptual de organización delictiva, grupo criminal y otros supuestos de codelinuencia. 3.2 Relación concursal de los subtipos agravados de los artículos 368, 369, 369 bis y 370 del Código Penal. 3.3 Relación concursal del subtipo agravado de pertenencia a una organización del artículo 369 bis y del artículo 570 bis del Código Penal. 3.4 El delito de tráfico ilegal de drogas ejecutado a través de un grupo criminal.—4. La responsabilidad penal de las perso-

nas jurídicas en los delitos de tráfico de drogas.–5. Modificaciones de las circunstancias de especial agravación previstas en el artículo 370 del Código Penal: 5.1 Utilización de menores de 18 años o de disminuidos psíquicos. 5.2 Penalidad de los jefes, administradores o encargados de organizaciones no dedicadas al tráfico de drogas. 5.3 Tráfico de drogas con cantidades de extrema gravedad. 5.4 Concurrencia de tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1 del Código Penal. 5.5 El tráfico de drogas mediante la simulación de operaciones de comercio internacional entre empresas. 5.6 La utilización de buques, embarcaciones o aeronaves en el transporte ilícito de drogas y el concurso con la agravación prevista en los artículos 570 bis 2.c) y 570 ter 2.c) del Código Penal cuando la organización o el grupo, respectivamente, disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte. 5.7 Especial referencia a la circunstancias de extrema gravedad de realizar el delito de tráfico de drogas a través de redes internacionales.–6. La incidencia de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el delito de tráfico de precursores. Conclusiones.

1. LOS NUEVOS CRITERIOS PUNITIVOS EN LOS DELITOS DE TRÁFICO ILEGAL DE DROGAS

La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha incidido en el Capítulo III, Título XVII del Libro II, en el que se tipifican los delitos contra la salud pública, determinando un reajuste en las penas establecidas para los delitos relativos al tráfico de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas.

En la Exposición de Motivos de la citada Ley Orgánica se indica que dicha reforma se realiza, por un lado, de conformidad con las normas internacionales, en concreto la Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas, y por otra parte, acogiendo la previsión contenida en el Acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de 25 de octubre de 2005, en relación con la posibilidad de reducir la pena respecto de supuestos de escasa entidad, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias recogidas en los artículos 369 bis, 370 y siguientes del Código Penal.

Entre las modificaciones efectuadas por la Ley Orgánica 5/2010 también se encuentra una innovadora regulación en el artículo 369 bis CP del delito de tráfico de drogas realizado por quienes pertenezcan a una organización delictiva, así como la incorporación del Capítulo VI al Título XXII del Libro II, dedicado a las organizaciones y grupos criminales. Ambas novedades legales generan importantes cuestiones jurídicas de carácter concursal derivadas de la posibilidad de que una conducta de tráfico de drogas realizada perteneciendo a una organización criminal pueda incurrir en tipos penales regulados en diversas normas.

Además, la complejidad de las expresadas situaciones concursales se agudiza en estos delitos relativos al tráfico de drogas por la amplia descripción de las conductas típicas que los configuran, así como por la diversificación penológica derivada de la nocividad de las sustancias, del grado de participación en las organizaciones delictivas y del numeroso elenco de subtipos agravados.

Con el objeto de unificar las pautas de actuación de los Sres. Fiscales en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas en el proceso de individualización de las penas, la presente Circular presenta diversas tablas, a través de las cuales se pre-

tende resolver los expresados concursos normativos mediante la concreción de las penas legalmente procedentes en cada uno de los numerosos supuestos que pueden presentarse, además de facilitar la labor en la determinación de las penas aplicables.

1.1 Tipo básico del artículo 368 del Código Penal

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha dado la siguiente redacción al artículo 368 CP:

«Los que ejecuten actos de cultivo, elaboración o tráfico, o de otro modo promuevan, favorezcan o faciliten el consumo ilegal de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o las posean con aquellos fines, serán castigados con las penas de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito si se tratare de sustancias o productos que causen grave daño a la salud, y de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo en los demás casos.

No obstante lo dispuesto en el párrafo anterior, los tribunales podrán imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. No se podrá hacer uso de esta facultad si concurre alguna de las circunstancias a que se hace referencia en los artículos 369 bis y 370».

Dos son las modificaciones que dicha Ley Orgánica ha operado en el artículo 368 CP: la primera, afecta a las penas privativas de libertad establecidas cuando el objeto material del delito son drogas que causan grave daño a la salud; y la segunda, consistente en la previsión de la posibilidad de atenuación de las penas establecidas en dicho artículo en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable.

Por lo que se refiere a la penalidad, se ha reducido considerablemente el límite máximo de la pena de prisión establecida en el artículo 368 CP cuando las conductas tipificadas en el mismo se realicen con sustancias o productos causantes de grave daño a la salud, estableciendo la pena privativa de libertad de prisión de tres a seis años, cuando en la regulación anterior estaban castigadas con la pena de prisión de tres a nueve años.

Aunque en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 no se hace ninguna indicación sobre el fundamento de tal modificación, en el Proyecto de la misma se indicaba que respondía a que el límite de nueve años de prisión ha acreditado su excesiva rigidez para una adecuada individualización judicial, como de forma reiterada ha puesto de manifiesto la práctica jurisdiccional, dando lugar incluso a un elevado número de indultos a propuesta o con informe favorable del Tribunal sentenciador y del Ministerio Fiscal.

Sin embargo, no se han modificado las penas de prisión de uno a tres años y multa del tanto al duplo del valor de la droga objeto del delito, cuando éste se realiza con sustancias que no causan grave daño a la salud, y tampoco ha variado la pena de multa del tanto al triplo cuando el mismo se ejecuta con sustancias que causan grave daño a la salud.

1.2 Las circunstancias atenuantes reguladas en el párrafo segundo del artículo 368 del Código Penal

La Ley Orgánica 5/2010 ha introducido un nuevo párrafo en el artículo 368 CP que otorga a los Tribunales la facultad de imponer la pena inferior en grado a las seña-

ladas en el párrafo primero del mismo, en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. Discrecionalidad que no será aplicable cuando concurren las circunstancias agravantes de los artículos 369 bis y 370.

En el Proyecto de dicha Ley Orgánica se incluía la expresión «excepcionalmente», y limitaba la aplicación de esta reducción de pena a los supuestos del artículo 368 CP, excluyendo expresamente tanto el artículo 369 CP como los artículos 369 bis y 370 CP. Durante la tramitación parlamentaria de dicho Proyecto, se aceptó la enmienda núm. 462 del Grupo Parlamentario Socialista, que estaba planteada en base al Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 2005 y proponía la supresión de la referencia al artículo 369 CP a fin de potenciar las posibilidades de arbitrio judicial. Además, con carácter transaccional, también se excluyó el término «excepcionalmente», quedando aprobado el texto en los términos transcritos *ut supra*.

En relación con concurrencia de la expresada atenuación con alguna de las agravaciones establecida en el artículo 369 CP, hay que significar que la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 2/2005 realizó un análisis sobre cada una de dichas agravaciones, cuyos criterios se mantienen; por lo que en este momento únicamente es preciso añadir que, en principio, es factible la aplicación de la atenuación prevista en el párrafo segundo del artículo 368 CP, tanto respecto del tipo básico regulado en el párrafo primero del artículo 368 CP, como cuando concorra alguno de los subtipos agravados del artículo 369 CP. No obstante, es conveniente advertir que en determinados supuestos concretos puede resultar incompatible la apreciación de la atenuación y de alguno o alguno de los subtipos agravados en virtud de los elementos que configuran tales circunstancias, pero dadas las innumerables situaciones que pueden presentarse, no es posible establecer pautas de actuación más allá de indicar a los Sres. Fiscales que deberán estudiar pormenorizadamente cada una de dichas posibilidades y actuar con prudencia en la aplicación de dicha minoración de la pena, procurando evitar que la apreciación de la atenuación se convierta en un mecanismo para realizar calificaciones de conformidad sin el suficiente soporte fáctico.

Aunque dicho precepto establece una amplia discrecionalidad judicial, no hay que olvidar que la misma está sometida a revisión vía recurso de apelación o de casación y, por tanto, los Sres. Fiscales deberán vigilar que la apreciación por los Tribunales de dicha atenuación y la consiguiente minoración de la pena, se encuentre fundamentada en datos fácticos acreditados (STS 268/2011, de 1 de abril) respecto de la concurrencia de los presupuestos relativos a una menor antijuridicidad –la escasa entidad del hecho– y una menor culpabilidad –las circunstancias personales del culpable–, debiendo formular el recurso que corresponda en los casos en que las resoluciones judiciales carezcan de la motivación suficiente.

La redacción de este nuevo segundo párrafo del artículo 368 CP plantea la cuestión relativa a la necesidad de la concurrencia de una sola o de ambas circunstancias –objetiva, de la escasa entidad del hecho, y subjetiva, referida al culpable– para la apreciación de la expresada atenuación.

La interpretación gramatical del precepto conduce a estimar el criterio acumulativo de ambos presupuestos, toda vez que en el texto legal están unidos por la conjunción copulativa «y», argumento al que hay que añadir la *ratio legis* por la que se introduce la atenuación está referida a supuestos de menor entidad en los que concurren ambas circunstancias. En su virtud, los Sres. Fiscales únicamente instarán la apreciación de la atenuación contenida en el párrafo segundo del artículo 368 cuando en el procedimiento concreto resulte acreditada la concurrencia conjunta de los dos requisitos legales: la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del cul-

pable. No obstante, la apreciación conjunta de ambas circunstancias –menor culpabilidad y menor antijuridicidad– puede ponderarse en el sentido expresado en la STS 764/2011, de 19 de julio, en aquellos casos en los que concurriendo claramente una de ellas, la otra, sin ser negativa, resulte simplemente neutra.

Las penas procedentes, en el caso de apreciarse la reducción derivada de la aplicación de la indicada atenuación, serán de prisión de seis meses a once meses y veintinueve días, en el caso de que el delito se refiera a sustancias o productos que no causan grave daño a la salud, y de un año y seis meses a dos años, once meses y veintinueve días si las sustancias o productos objeto del delito son causantes de grave daño a la salud, y en ambos casos multa de la mitad del tanto al tanto del valor de la sustancia o producto.

En todo caso hay que dejar señalado que la apreciación de la expresada atenuación y, por tanto, la imposición de la pena inferior en grado conforme a las reglas contenidas en el artículo 70.1.2 CP, en los supuestos en los que concurra alguna circunstancia del artículo 369 CP, se efectuará a partir de la pena que corresponda tras la aplicación del tipo agravado; y que cuando concurren tres o más de las circunstancias del artículo 369 CP, no procederá la atenuación en ningún caso, porque los hechos revestirán extrema gravedad, y, en consecuencia, se incardinarán en el artículo 370, cuya aplicación excluye expresamente esta atenuación.

2. LA NUEVA REGULACIÓN DE LOS SUBTIPOS AGRAVADOS DEL ARTÍCULO 369 DEL CÓDIGO PENAL

2.1 **La incidencia de la modificación de las penas del tipo básico en los subtipos agravados**

La significativa reducción de la pena prevista en el nuevo artículo 368 CP para los delitos cometidos con sustancias que causan grave daño a la salud, también tiene incidencia en los supuestos agravados del artículo 369 CP, por cuanto en el mismo se establecen penas privativas de libertad superiores en grado a las previstas en el artículo anterior. Al respecto la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010 expresa que de acuerdo con los criterios punitivos marcados por dicha norma armonizadora [Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004], se refuerza el principio de proporcionalidad de la pena reconfigurando la relación entre el tipo básico y los tipos agravados de delito de tráfico de drogas. Las numerosas agravaciones específicas que contiene el Código Penal en esta materia –también de acuerdo con la pauta europea– siguen asegurando dentro de la nueva escala punitiva una respuesta efectiva frente a aquellas conductas que realmente exigen una reacción especialmente firme.

Las penas privativas de libertad superiores en grado resultantes de la aplicación de alguna de las cualificaciones previstas en el artículo 369 CP serán de prisión de tres años y un día a cuatro años y seis meses cuando el delito esté referido a sustancias que no causan grave daño a la salud, y de prisión de seis años y un día a nueve años cuando el delito se refiera a sustancias que causan grave daño a la salud. En ambos supuestos se impondrá la multa del tanto al cuádruplo de valor de la droga objeto del delito.

CUADRO PENOLOGICO DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (I)
ARTS. 368 Y 369

ARTÍCULO	NOCIVIDAD SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	MULTA
368 pfo. 1º TIPO BÁSICO	GRAVE DAÑO	03.00.00 06.00.00	06.00.00	TANTO AL TRIPLO
	NO GRAVE DAÑO	01.00.00 03.00.00	03.00.00	TANTO AL DUPLO
368 pfo 2º TIPO BÁSICO -ATENUADO-	GRAVE DAÑO	01.06.00 02.11.29	02.11.29	½ DEL TANTO AL TANTO
	NO GRAVE DAÑO	00.06.00 00.11.29	00.11.29	½ DEL TANTO AL TANTO
369 TIPOS AGRAVADOS	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00	09.00.00	TANTO AL CUÁDRUPLO
	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00	04.06.00	TANTO AL CUÁDRUPLO
369 TIPOS AGRAVADOS CON ATENUACIÓN art. 368 pfo. 2º	GRAVE DAÑO	03.00.01 06.00.00	06.00.00	½ DEL TANTO AL TANTO
	NO GRAVE DAÑO	01.06.01 03.00.00	03.00.00	½ DEL TANTO AL TANTO

2.2 Modificaciones en el artículo 369 del Código Penal

Además de la expresada incidencia en las penas del artículo 369 CP como consecuencia de la modificación de las establecidas en el artículo 368 CP, la Ley Orgánica 5/2010 también ha efectuado reformas directas en el artículo 369 CP, que se concretan, por un lado, en la supresión de las circunstancias agravantes núms. 2.ª y 10.ª del apartado 1, relativas a la pertenencia del culpable a una organización o asociación dedicada a la difusión de drogas y a los supuestos de contrabando, respectivamente; y de otro lado, en la derogación del apartado 2.º del artículo 369 CP que estaba referido a la responsabilidad de las organizaciones, asociaciones o personas titulares de los establecimientos donde se cometa el delito. Aunque es de significar que tales derogaciones, con la salvedad de la relativa a los supuestos de contrabando, han ido acompañadas de una nueva regulación de dichas cuestiones en el artículo 369 bis CP, que se analiza *ut infra*.

En lo que atañe al resto de las circunstancias previstas en el apartado 1.º del artículo 369 CP se mantienen con idéntico contenido tras la reforma, por lo que únicamente se han visto afectadas por la modificación del ordinal asignado a las mismas, que a partir de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, se enumeran del 1 al 8. Por tanto, en relación con la interpretación y alcance de las mismas, se mantienen los criterios expresados en la Circular núm. 2/2005 de la Fiscalía General del Estado.

2.3 La supresión de la agravante de contrabando

La agravante que se contenía en el derogado núm. 10 del artículo 369, referida a los supuestos en los que el culpable introdujera o sacara ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional o favoreciese la realización de tales conductas, fue incorporada al Código Penal mediante Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre. Esta modificación no fue ajena al cambio de criterio en la jurisprudencia del Tribunal Supremo que tradicionalmente había considerado que cuando la interceptación de la droga se producía en zonas fronterizas, se trataba de concurso ideal entre un delito contra la salud pública con otro de contrabando. Sin embargo, a partir de la STS 1088/1997, de 1 de diciembre, acorde con la tesis fijada en el Pleno de la Sala Segunda de 24 de noviembre de 1997, se asentó en la doctrina del Alto Tribunal la consideración (STS 141/1998, de 6 de febrero) de que la concurrencia del tráfico de drogas con la introducción o exportación ilegal de tales sustancias daba lugar a un concurso de normas a resolver conforme al artículo 8.3.º CP.

Según dicha doctrina el delito tipificado en los artículos 368 y 369 CP absorbe todo el desvalor de la conducta, es decir, alcanza toda la ilicitud del hecho, tanto la puesta en peligro de la salud pública como la lesión al interés fiscal defraudado, desde el planteamiento de que en ningún caso podrá satisfacerse pago alguno al Estado, dada la naturaleza de la sustancia objeto del delito, por lo que el plus de antijuridicidad que supone la introducción de la droga desde el exterior del territorio nacional ya ha sido incluido por el legislador en la sanción prevista en el artículo 368 CP.

A través de la última reforma, el legislador ha decidido suprimir dicha agravación, sin referencia alguna a esta modificación en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, y, posteriormente, mediante Ley Orgánica 6/2011, de 30 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando, mantiene en el artículo 2.3 que se comete delito de contrabando (...) cuando el objeto (...) sean drogas tóxicas, estupeficientes, sustancias psicotrópicas (...). Por tanto, ha de entenderse que recobra plena vigencia la expresada doctrina jurisprudencial que aprecia la absorción del delito de contrabando por el de tráfico de droga al existir un concurso de normas a resolver conforme la regla 3.ª del artículo 8 CP.

3. LA AGRAVANTE DE PERTENENCIA A UNA ORGANIZACIÓN DEDICADA AL TRÁFICO DE DROGAS REGULADA EN EL ARTÍCULO 369 BIS DEL CÓDIGO PENAL

La especial incidencia de la criminalidad organizada en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas ya determinó una agravación específica en la redacción del artículo 344 bis a) 6.º del Código Penal TR de 1973, introducida por Ley Orgánica 1/1988, que se producía cuando el culpable perteneciere a una organización, incluso de carácter transitorio, que tuviere como finalidad difundir tales sustancias o productos aun de modo ocasional. Esta agravación, con el añadido de pertenencia a una asociación, pasó a configurar el subtipo agravado núm. 6 del artículo 369 en el texto original del Código Penal regulado por Ley Orgánica 10/1995, de 25 de noviembre; el cual, en idénticos términos, fue trasladado al núm. 2 del mismo artículo 369.1 por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre.

La supresión de dicha agravante núm. 2.^a del artículo 369 CP que ahora efectúa la Ley Orgánica 5/2010, no implica que la pertenencia a una organización delictiva haya dejado de tener entidad para agravar el delito, sino que esta circunstancia recibe una nueva regulación individualizada configurándose como subtipo agravado en el nuevo artículo 369 bis CP, en cuyo primer párrafo se establece que cuando los hechos descritos en el artículo 368 se hayan realizado por quienes pertenecieren a una organización delictiva, se impondrán las penas de prisión de nueve a doce años y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga si se tratara de sustancias y productos que causen grave daño a la salud y de prisión de cuatro años y seis meses a diez años y la misma multa en los demás casos.

Además, en el segundo párrafo del nuevo artículo 369 bis CP se imponen las penas superiores en grado a las antedichas, a los jefes, encargados o administradores de la organización.

CUADRO PENOLÓGICO DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS (II)
ART. 369 BIS

ARTÍCULO	NOCIVIDAD SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	MULTA
ORGANIZACIÓN CRIMINAL	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00	12.00.00	TANTO AL CUÁDRUPLO
369 bis pfo 1 ^º -participe-	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00	10.00.00	TANTO AL CUÁDRUPLO
ORGANIZACIÓN CRIMINAL	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00	18.00.00	CUÁDRUPLO AL SÉXTUPLO
369 bis pfo 2 ^º -jefes, encargados o administradores-	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00	15.00.00	CUÁDRUPLO AL SÉXTUPLO

3.1 Delimitación conceptual de organización delictiva, grupo criminal y otros supuestos de codelinuencia

También es de significar que tras la derogación del citado artículo 369.1.2.^a CP, la nueva regulación de la agravación por pertenencia a organización delictiva en el nuevo artículo 369 bis CP, no ha sido trasladada en los mismos términos que estaba redactada en el subtipo derogado, toda vez que en el nuevo texto legal no se hace referencia a las organizaciones de carácter transitorio, ni a la expresa finalidad de la organización de difundir las sustancias o productos aun de forma ocasional, como se expresaban en la agravación de la regulación anterior.

En realidad, dicha supresión de los términos «transitorio» y «ocasional» como caracteres de la organización criminal es concordante con una de las novedades más importantes introducidas por la reforma operada en el Código Penal por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, consistente en la creación de un nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que bajo la rúbrica «De las organizaciones y grupos crimina-

les», establece un concepto de organización criminal en el artículo 570 bis CP, definiéndola como la agrupación formada por dos o más personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

Es decir, en lo sustancial, a través de la Ley Orgánica 5/2010 se ha venido a plasmar legalmente el concepto de organización criminal que, precisamente en relación con los delitos de tráfico de drogas, había sido objeto de una consolidada y reiterada doctrina jurisprudencial, que exigía para su apreciación la concurrencia de una serie de requisitos, resumidos en la STS 65/2006, de 2 de febrero, que, con cita de otras anteriores –759/2003, de 23 mayo; 797/1995, de 24 de junio; 1867/2002, de 7 de noviembre; 867/1996, de 12 de noviembre– señalaba que la mera delincuencia se supera cuando se aprecia, además de la pluralidad de personas, la existencia de una estructura jerárquica, más o menos formalizada, más o menos rígida, con una cierta estabilidad, que se manifiesta en la capacidad de dirección a distancia de las operaciones delictivas por quienes asumen la jefatura (...).

Por otro lado, la Ley Orgánica 5/2010 ha introducido el concepto de grupo criminal, definiéndolo en el artículo 570 ter 1 *in fine* CP como la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

Dada la diversidad conceptual que la vigente regulación atribuye a las posibles conductas delictivas concertadas por varios sujetos, la adecuada interpretación de los correspondientes tipos penales requiere la delimitación del alcance que el vigente Código Penal atribuye a los supuestos de codelincuencia, grupo organizado y organización criminal.

Los requisitos establecidos en el nuevo concepto de organización criminal, plasmados en el artículo 570 bis –pluralidad de personas [dos o más], actividad criminal temporal indefinida o estable, distribución de funciones o cometidos, plan concertado y coordinado– permitirán delimitar los supuestos en los que concurra una organización criminal respecto de aquellos en los que se trate de manifestaciones de simple codelincuencia, coparticipación o consorcio ocasional para la comisión del delito, e incluso mediante la nota de negatividad expresada en el artículo 570 ter, respecto de la pertenencia a un grupo criminal.

Por lo que se refiere a la diferenciación de organización y grupo criminal, el legislador ha construido el concepto de este último sobre las notas negativas de no concurrencia de alguna o algunas de las circunstancias de la organización criminal, por lo que se puede concluir que los caracteres «transitorio» y «ocasional» expresados en el subtipo agravado del derogado artículo 369.1.2.^ª CP, en la actualidad se incardinan en el concepto de grupo criminal, toda vez que se corresponde con una agrupación de personas no suficientemente estructurada para perpetuarse en el tiempo.

Sin embargo, mayores dificultades ofrece la diferenciación entre el delito de pertenencia a un grupo criminal y otras formas de codelincuencia o de consorcio ocasional para delinquir, siendo de suma trascendencia la diferencia entre ambas figuras pues es distinto su régimen jurídico. Mientras que los supuestos de codelincuencia no tienen trascendencia penológica al margen de los delitos que se cometan, la pertenencia a un grupo criminal constituye un delito autónomo respecto de las infracciones penales que eventualmente se cometan, que deben castigarse separadamente dando lugar a un concurso real de delitos.

Teniendo en cuenta el carácter clandestino propio de la actuación de los grupos y organizaciones criminales y las dificultades probatorias de su existencia, que frecuentemente se limitará a la concurrencia de prueba indiciaria, para la determinación de la existencia de una organización o grupo criminal frente a otras formas de codelinuencia o de consorcio ocasional para delinquir, siguiendo el criterio establecido en la Circular de la FGE núm. 2/2011 sobre la reforma del Código Penal en relación con las organizaciones y grupos criminales, los Sres. Fiscales valorarán la concurrencia de circunstancias que revelen la voluntad de continuidad en otras actividades criminales de la misma clase, que ordinariamente se pondrá de manifiesto por los medios comisivos utilizados para delinquir, y de los que a su vez se desprenderá la existencia de una planificación o coordinación con un cierto reparto de papeles que favorezca la eficacia de su actividad criminal, su capacidad ofensiva y la impunidad de sus miembros.

Además, como se ha indicado anteriormente la innovadora regulación en el artículo 369 bis CP del delito de tráfico de drogas realizado por quienes pertenezcan a una organización delictiva efectuada por la Ley Orgánica 5/2010, junto con la creación del Capítulo VI del Título XXII del Libro II, dedicado a las organizaciones y grupos criminales, plantean diversas situaciones concursales, a cuyo análisis se dedican los siguientes apartados de la presente Circular.

3.2 Relación concursal de los subtipos agravados de los artículos 368, 369, 369 bis y 370 del Código Penal

La Ley Orgánica 5/2010 mantiene la vinculación penológica de la regulación anterior entre los artículos 368, 369 y 370 CP, estableciendo que cuando concurra alguno de los supuestos de agravación regulados en estos últimos se impondrán las penas superiores en grado, o en uno o dos grados, respectivamente, a las señaladas en el primero. Es decir, se establece una relación de especialidad entre dichos artículos, de forma que son de aplicación preferente las penas establecidas en el que contiene una regulación especial en relación con la norma general.

Sin embargo, en el artículo 369 bis CP la expresada reforma legal únicamente contempla tal relación de especialidad respecto de las conductas del artículo 368 CP, pero sin correspondencia penológica, toda vez que las penas privativas de libertad se establecen en el mismo de forma individualizada, sin referencia a los otros artículos del Capítulo en el que se encuentra inserto.

El artículo 369 bis CP dispone que las penas que establece se impondrán cuando los hechos descritos en el artículo 368 CP se hayan realizado por quienes pertenecen a una organización delictiva. Por tanto, en los supuestos en los que una conducta incurra en alguno de los subtipos agravados en el artículo 369 CP o en el artículo 370 CP y además en el 369 bis CP, se puede plantear una doble opción: a) imponer acumulativamente –curso real o ideal– las penas establecidas en las normas concurrentes, o b) estimar que de la remisión que el artículo 369 bis CP realiza a los hechos descritos en el artículo 368 CP, así como de la gravedad de las penas del artículo 369 bis CP, se deduce que el legislador ha incorporado en este artículo el desvalor de la conducta implícita en las posibles agravaciones en que haya incurrido el infractor, produciéndose un concurso de normas que se resuelve de conformidad con la regla 4.ª del artículo 8 del Código penal, toda vez que entre el artículo 369 bis CP y los artículos 369 y 370 no se produce ninguna relación de especialidad, subsidiariedad o complejidad a los efectos de la aplicación de las normas 1.ª, 2.ª y 3.ª del expresado artículo 8 CP.

Efectivamente, ante la exacerbación penal que supondría la acumulación de la suma de las penas previstas en los artículos concurrentes –concurso real (arts. 73 y 75 CP)– e incluso mediante la imposición de la pena del delito más grave en su mitad superior –concurso ideal (art. 77 CP)–, la interpretación lógica, proporcional, histórica –regulación anterior–, así como sistemática –entidad de las agravaciones– de los preceptos, conducen a la conclusión de que la remisión que el artículo 369 bis CP hace a los hechos descritos en el 368 CP, está referida a las conductas que se describen en el mismo con las eventuales agravaciones en que se haya incurrido.

Así, cuando en los delitos de tráfico de drogas se aprecie que han sido realizados por quienes pertenecieran a una organización delictiva será de aplicación el subtipo agravado regulado en el artículo 369 bis, produciéndose diversas situaciones concursales en relación con la regulación en el Capítulo VI del Título XXII del Libro II, de las organizaciones y grupos criminales, que se analizan seguidamente.

Cuando se produzca alguna de las situaciones concursales a las que se hace referencia en los siguientes apartados de la presente Circular, los Sres. Fiscales deberán cuidar que la calificación jurídica formulada en sus correspondientes escritos –si es preciso con una sucinta justificación de la misma– contenga todas las normas en concurso, incluidas las que queden absorbidas, así como las que se aplican para la resolución del mismo, de forma que en los supuestos en los que órgano jurisdiccional de enjuiciamiento no aprecie la existencia de alguna de las circunstancias fácticas que generan tal concurso, pueda dictar el correspondiente fallo en virtud de la calificación jurídica formulada respecto de los restantes hechos que se consideren probados, sin que se pueda alegar indefensión por vulneración del principio acusatorio.

3.3 Relación concursal del subtipo agravado de pertenencia a una organización del artículo 369 bis y del artículo 570 bis del Código Penal

En virtud de la coincidencia conceptual establecida por la Ley Orgánica 5/2010 entre la organización criminal tipificada en el artículo 570 bis CP y el subtipo agravado en los delitos de tráfico de drogas del artículo 369 bis CP, se evidencia un concurso de normas, el cual, con independencia de cualquier otro planteamiento, habrá de resolverse conforme al principio de legalidad que inspira el Derecho penal, es decir, a partir del criterio de alternatividad o gravedad de la pena, toda vez que dicha Ley Orgánica 5/2010 ha introducido en el artículo 570 quarter 2 *in fine* una regla expresa para solucionar el concurso de normas que opta por tal solución, al establecer que en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieran comprendidas en otro precepto de este Código será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.^a del artículo 8.

El legislador ha decidido que en el ámbito de las organizaciones y grupos criminales el mayor desvalor del hecho de pertenecer a una organización criminal justifica la aplicación de la sanción más grave, con el objeto de evitar sanciones atenuadas derivadas de la eventual existencia de discordancias punitivas entre los distintos tipos penales.

Aunque el expresado concurso de normas entre los artículos 369 bis y 570 bis CP se produce porque la pertenencia a una organización está tipificada en ambas disposiciones, sin embargo, hay que tener en cuenta que el primero de estos artículos castiga conjuntamente dos conductas: la de traficar con drogas y la de pertenecer a una organización, mientras que el artículo 570 bis CP únicamente tipifica esta última conducta.

Efectivamente, el artículo 369 bis CP sanciona como subtipo agravado a los que trafiquen con drogas perteneciendo a una organización delictiva, incluyendo en el tipo el desvalor de la acción de traficar con droga. Sin embargo, en el artículo 570 bis se castiga únicamente a los que participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma, es decir, este tipo penal no exige para su aplicación que se haya cometido ningún otro delito; por tanto, la aplicación de este tipo penal supone que cuando a través de una organización se ejecuta un delito –tráfico de drogas–, la sanción a imponer debe incluir la pena que corresponde a ambos delitos –pertenencia a organización y tráfico de drogas en concurso real.

En su virtud, la aplicación de la regla de alternatividad prevista en el artículo 8.4 CP para resolver el concurso de normas entre los artículos 369 bis y 570 bis CP, determinando cuál de ambas disposiciones tiene señalada sanción de mayor gravedad, supone la comparación de las penas del artículo 369 bis CP con las que resulten del concurso real entre el tipo del artículo 570 bis CP y el que proceda por el delito de tráfico de drogas.

Igualmente se produce dicho concurso de normas en relación con el subtipo agravado de segundo grado previsto en el artículo 369 bis para los jefes, encargados o administradores de la organización y la agravación que establece el artículo 570 bis.1 respecto de quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal.

En ambos concursos de normas, para determinar cuál de ellas castiga con mayor pena, es preciso comparar caso por caso las penas que corresponden a cada imputado en virtud de su participación y de la actividad realizada en la organización y en el delito de tráfico de drogas, según se detalla en el siguiente cuadro.

**CUADRO PENOLÓGICO COMPARATIVO (ART. 570 BIS – ART 369 BIS)
DEL DELITO DE TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS REALIZADO A TRAVÉS DE UNA
ORGANIZACIÓN CRIMINAL (III)**

(*) Se marca con sombreado la pena privativa de libertad de mayor duración

TRÁFICO DE DROGAS (TIPO BÁSICO) ART. 368 EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis) + DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (Art. 368)				DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)			
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NOCIVIDAD	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN DELITO GRAVE Art. 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.00.00 08.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.00 05.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	11.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00
ORGANIZACIÓN DELITO NO GRAVE 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	03.00.00 06.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	01.00.00 03.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	06.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00

TRÁFICO DE DROGAS CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVACIONES DEL ART. 369 EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis) + DELITO DE TRAFICO DE DROGAS (Art. 369)				DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)			
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NOCIVIDAD	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN DELITO GRAVE Art. 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (grave daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.00.00 08.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	17.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.00 05.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00
ORGANIZACIÓN (DELITO NO GRAVE) 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (no grave daño salud) 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	03.00.00 06.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3	10.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	01.00.00 03.00.00 + 03.01.00 04.06.00 y multa de 2 a 3	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00

TRÁFICO DE DROGAS (TIPO BÁSICO) ART. 368, EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (CONCURRENDO UNA CIRCUNSTANCIA DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis.2) + DELITO DE TRAFICO DE DROGAS (Art. 368)				DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)			
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NO CIVIL DAÑO	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO GRAVE nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 08.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.06.01 05.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	11.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO NO GRAVE nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.06.01 06.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.01 03.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	06.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00

TRÁFICO DE DROGAS (TIPO BÁSICO) ART. 368, EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (CON DOS O MAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2); FORMADA POR UN ELEVADO NUMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis.2) + DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (Art. 368)				DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)			
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NOCIVIDAD	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO GRAVE DOS O MAS CIRCUNST.: nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	08.00.01 12.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa de tanto al 3	18.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	05.00.01 07.06.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	13.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO NO GRAVE DOS O MAS CIRCUNST.: nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 09.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	12.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.00.01 04.06.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al 2	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00

TRÁFICO DE DROGAS CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVACIONES DEL ART. 369 A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (CON UNA CIRCUNSTANCIA DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis.2) + DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (Art. 369)				DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)			
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NO CIVIL DAÑO	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO GRAVE nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 08.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	17.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.06.01 05.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (perlenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO NO GRAVE nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave no daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.06.01 06.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3	10.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.01 03.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (perlenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00

TRÁFICO DE DROGAS CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVACIONES DEL ART. 369 A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (CON DOS O MAS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NUMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...							
DELITO DE ORGANIZACIÓN CRIMINAL (Art. 570 bis.2) + DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS (Art. 369)				DELITO DE TRÁFICO DE DROGAS A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN (Art. 369 bis)			
ARTÍCULO		PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	NO CIVIL DAÑO	PRISIÓN Y MULTA	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO GRAVE DOS O MAS CIRCUNST.: nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	08.00.01 12.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	21.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 al 6	18.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	05.00.01 07.06.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa de 3 al 4½	16.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 DELITO NO GRAVE DOS O MAS CIRCUNST.: nº elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave no daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 09.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3	13.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.00.01 04.06.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa de 2 a 3	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00

Como se observa en la precedente tabla, hay supuestos en los que la aplicación de la norma más gravemente penada puede determinar la aplicación de tipos penales diversos en virtud del diferente rol cada sujeto en la organización.

3.4 El delito de tráfico ilegal de drogas ejecutado a través de un grupo criminal

Según se expresa en la Exposición de Motivos de la Ley Orgánica 5/2010, la estructura de las nuevas infracciones responde a un esquema similar en ambos casos, organizaciones y grupos, si bien por un lado las penas son más graves en el caso de las primeras, cuya estructura más compleja responde al deliberado propósito de constituir una amenaza cualitativa y cuantitativamente mayor para la seguridad y orden jurídico, y por otra parte su distinta naturaleza exige algunas diferencias en la descripción de las acciones típicas.

Sin embargo, tal similitud en el esquema de la regulación de las organizaciones y los grupos criminales sufre cierta alteración en el ámbito de los delitos de tráfico de drogas, toda vez que el legislador ha previsto en el Capítulo dedicado a estos delitos una agravación específica en el artículo 369 bis CP por razón de la pertenencia a una organización criminal, que no afecta a los supuestos de ejecución de dichos delitos a través de un grupo criminal. Por tanto, en los supuestos en los que el infractor realiza el delito de tráfico de drogas perteneciendo a un grupo criminal no se produce un concurso de normas, sino un concurso real de delitos.

Efectivamente, cuando un sujeto interviene en la ejecución de un delito de tráfico de drogas perteneciendo a un grupo criminal concurren dos hechos diferenciados que, además, afectan a dos bienes jurídicos distintos, regulados en Capítulos diferentes del texto penal. Por un lado, el hecho de pertenecer a un grupo criminal, conducta tipificada en el artículo 570 ter CP, y, por otro, la acción de traficar con drogas regulada en sus diferentes modalidades en los 368 y ss. CP. En su virtud, no serán de aplicación las normas establecidas en el artículo 8 CP, pues se trata de un concurso real regulado en los artículos 73 y 75 CP, debiéndose imponer acumulativamente las penas señaladas a ambos delitos.

4. LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LOS DELITOS DE TRÁFICO DE DROGAS

La Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha incorporado en los cuatro últimos párrafos del nuevo artículo 369 bis las penas que corresponde imponer a las personas jurídicas que sean declaradas responsables penales de los delitos de tráfico de drogas tipificados en los artículos 368 y 369, en los siguientes términos:

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

a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.

b) Multa de uno a tres años, o del doble al cuádruple del valor de la droga cuando la cantidad resultante fuese más elevada, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.

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.

Se concreta así, en concordancia con lo previsto en el artículo 31 bis CP, en relación con los delitos de tráfico de drogas la superación del principio *societas delinquere non potest*, que encuentra su fuente de inspiración en una serie de instrumentos de política criminal internacional, entre los que destacan la Recomendación 18/88 de 20 de octubre del Comité de Ministros de los Estados Miembros del Consejo de Europa, la Convención de Bruselas de 26 de mayo de 1997 sobre la lucha contra la corrupción en el ámbito de la función pública de la Unión Europea, la Convención de Nueva York de 9 de diciembre de 1999 sobre terrorismo, la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo, actualmente sustituida por la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 5 abril de 2011 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, la Directiva 2008/99/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008 relativa a la protección del medio ambiente mediante el Derecho penal y las Decisiones Marco de la Unión Europea 2005/222 sobre ataques a los sistemas informáticos, la 2004/757 sobre punición del tráfico de drogas y la Decisión Marco 2004/68 sobre explotación sexual y pornografía infantil, entre otras, además de la Convención y los Protocolos de Naciones Unidas contra el crimen organizado transnacional.

La opción del legislador español por establecer la responsabilidad penal de las personas jurídicas, ha determinado la derogación del artículo 369.2 CP que contemplaba la posibilidad de imponer multas a las organizaciones de narcotraficantes.

Como quiera que la introducción en nuestro ordenamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas constituye la modificación de mayor trascendencia de las efectuadas por la LO 5/2010 de 22 de junio de reforma del Código Penal, y no contemplándose ninguna especialidad en relación con los delitos de tráfico ilegal de drogas respecto de otros delitos que se ven afectados por la innovación, ha de acudirse para su interpretación a las pautas contenidas en la Circular núm. 1/2011 de la Fiscalía General del Estado relativa a la responsabilidad penal a las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal por Ley Orgánica número 5/2010.

5. MODIFICACIONES DE LAS CIRCUNSTANCIAS DE ESPECIAL AGRAVACIÓN PREVISTAS EN EL ARTÍCULO 370 DEL CÓDIGO PENAL

Dos han sido las modificaciones efectuadas por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, en el artículo 370 CP. La primera afecta al ordinal 2.º con el objeto de adecuarlo a la nueva redacción del artículo 369.1, y la segunda para ampliar el concepto de buque. Quedando redactado el artículo 370 en los siguientes términos:

Se impondrá la pena superior en uno o dos grados a la señalada en el artículo 368 cuando:

1. Se utilice a menores de 18 años o a disminuidos psíquicos para cometer estos delitos.
2. Se trate de los jefes, administradores o encargados de las organizaciones a que se refiere la circunstancia 2.ª del apartado 1 del artículo 369.
3. Las conductas descritas en el artículo 368 fuesen de extrema gravedad.

Se consideran de extrema gravedad los casos en que la cantidad de las sustancias a que se refiere el artículo 368 excediere notablemente de la considerada como de

notoria importancia, o se hayan utilizado buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico, o se hayan llevado a cabo las conductas indicadas simulando Operaciones de comercio internacional entre empresas, o se trate de redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades, o cuando concurrieren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1.

En los supuestos de los anteriores números 2 y 3 se impondrá a los culpables, además, una multa del tanto al triplo del valor de la droga objeto del delito.

5.1 Utilización de menores de 18 años o de disminuidos psíquicos

La nueva redacción del expresado artículo no ha producido ninguna modificación en el punto 1, y por tanto, no se alteran los criterios interpretativos plasmados en la Circular núm. 2/2005 de la Fiscalía General del Estado en relación con la utilización de menores de edad o disminuidos psíquicos; en su virtud los Sres. Fiscales deberán restringir su aplicación a los supuestos en que el afectado tenga limitadas sus facultades de discernimiento y su capacidad de autodeterminación en relación con la ejecución de estos comportamientos típicos. Se trata de un tipo doloso y, por tanto, para la apreciación de esta circunstancia tanto en los supuestos de utilización de disminuidos psíquicos como de menores de edad, será preciso que el conocimiento del sujeto activo abarque todos los elementos del tipo objetivo y, por tanto, tenga al menos certeza probable sobre la edad o estado psíquico de las personas utilizadas.

Además, este subtipo deberá aplicarse únicamente cuanto el sujeto activo del delito se sirva de una de estas personas –menores o disminuidos psíquicos– para la comisión del hecho delictivo, prevaleciendo de su situación de ascendencia sobre ellos o captando su voluntad, quedando circunscrito el subtipo agravado al supuesto fáctico en los que el menor es mero instrumento, sin autonomía, de una voluntad ajena, que le controla y se vale de su penalmente irresponsable comportamiento para la ejecución del delito que solamente a aquél es imputable. Si hay acuerdo de voluntades libre y consciente de cualquier clase, incluyendo la responsabilidad penal del menor de 18 años, no cabe hablar de utilización (STS 311/2009, de 27 de febrero). Por tanto, no debe aplicarse este subtipo agravado en todos los supuestos de intervención de un menor de edad junto con una persona mayor de edad, en este tipo de actividades; pues resulta evidente que no es infrecuente que los menores, más que ser utilizados, lo que hacen es colaborar o cooperar con los mayores (STS 176/2009, de 13 de marzo).

El Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo examinó esta cuestión en su reunión del día 26 de febrero de 2009, tomando el siguiente acuerdo: El tipo agravado previsto en el artículo 370.1.º del Código Penal resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de un modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleciendo de su situación de ascendencia o de cualquier otra forma de autoría mediata.

5.2 Penalidad de los jefes, administradores o encargados de organizaciones no dedicadas al tráfico de drogas

Por lo que se refiere al punto 2 del artículo 370 CP, en virtud de la remisión a la agravación 2.ª del apartado 1 del artículo 369 y de su redacción tras reforma operada por la Ley Orgánica 5/2010, el supuesto de especial agravación relativo a los jefes,

administradores o encargados de las organizaciones queda reducida a la vinculación de éstos a otras actividades no relacionadas con el delito de tráfico de drogas.

Ya antes de la reforma esta agravación resultaba de compleja aplicación, pero al suprimirse la referencia a la pertenencia del sujeto a organizaciones o asociaciones dedicadas a la difusión de drogas, la referencia a otras actividades organizadas –que a falta de especificación incluso podrían ser lícitas– queda descolgada en el vacío, siendo, por otro lado, de difícil explicación el fundamento de configurar una circunstancia de especial agravación sobre la conducta básica de tráfico de drogas, incluso de escasa entidad, por el hecho de que el infractor participe en otras actividades organizadas.

Además, esta circunstancia plantea conflictos concursales con la regulación de las organizaciones y grupo criminales regulados en los artículos 570 bis y 570 ter, cuya discutible resolución además de desproporcionada tendrá muy improbables aplicaciones prácticas, por lo que con más motivos que antes de la reforma se puede vaticinar la inoperancia e inaplicabilidad del precepto, debiendo ser la prudencia de los Sres. Fiscales la guía en su actuación en el ámbito de esta circunstancia de agravación.

5.3 Tráfico de drogas con cantidades de extrema gravedad

Es conveniente hacer alguna precisión en relación con la agravante de extrema gravedad modificando el criterio fijado en la Circular núm. 2/2005 de la Fiscalía General del Estado, toda vez que en la actualidad el mismo ha quedado establecido en virtud del Acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 25 de noviembre de 2008, a cuyo tenor la aplicación de esta agravación del artículo 370.3 CP, referida a la extrema gravedad de la cuantía de sustancia estupefaciente, procederá en todos aquellos casos en que el objeto del delito esté representado por una cantidad que exceda de la resultante de multiplicar por mil la cuantía aceptada por esta Sala como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia.

A efectos de la configuración de esta agravante de extrema gravedad, conviene recordar que según el Acuerdo del Pleno de la Sala 2.ª del Tribunal Supremo de 19 de noviembre del 2001, la agravante específica de notoria importancia (actual circunstancia 5.ª del artículo 369 CP) se determina a partir de las 500 dosis referidas al consumo diario de cada una de las sustancias según informe del Instituto Nacional de Toxicología de 18 de octubre de 2001. Para su determinación se tiene en cuenta exclusivamente la sustancia base o tóxica, con la salvedad del hachís y sus derivados.

Algunos ejemplos de cantidades de notoria importancia son los siguientes: Heroína 300 gr., Morfina 1.000 gr., Metadona 120 gr., Cocaína 750 gr., Marihuana 10 Kg., Hachís 2,5 Kg., Aceite de hachís 300 gr., LSD 300 mg., MDMA (éxtasis) 240 gr., Anfetaminas 90 gr.

5.4 Concurrencia de tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1 del Código Penal

Por lo que se refiere a la concurrencia de tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369.1, como quiera que uno sólo de los subtipos de este artículo implica la imposición de la pena superior en grado a la prevista en el tipo básico, el legislador ha establecido la posibilidad de incrementar la penalidad hasta los dos grados respecto de la señalada en el artículo 368 CP cuando concurren tres de aquellas circunstancias. No obstante, los Sres. Fiscales, valorarán en cada caso, las agravacio-

nes que concurren y las circunstancias personales del autor, así como las correspondientes a la comisión del hecho ilícito, para individualizar adecuadamente, en función de ello, la pena que resulte procedente solicitar.

5.5 El tráfico de drogas mediante la simulación de operaciones de comercio internacional entre empresas

No presenta especiales problemas interpretativos la circunstancia de simulación de operaciones de comercio internacional entre empresas. La razón de que esta circunstancia sea calificada como de extrema gravedad está en la mayor peligrosidad del tráfico de drogas cuando se oculta bajo la cobertura de operaciones de comercio lícitas de carácter transnacional, dado que su persecución y descubrimiento resulta, en estos casos, más dificultosa.

5.6 La utilización de buques, embarcaciones o aeronaves en el transporte ilícito de drogas y el concurso con la agravación prevista en los artículos 570 bis 2.c) y 570 ter 2.c) del Código Penal cuando la organización o el grupo, respectivamente, disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte

La modificación operada mediante la Ley Orgánica 5/2010, ha asimilado al concepto de buques o aeronaves como medio de transporte específico el de embarcaciones. La razón de esta modificación se encuentra en la interpretación que la jurisprudencia del Tribunal Supremo hacía del término buque, manifestada en SSTS 317/2010, de 19 de abril, 341/2010, de 13 de abril o 746/2010, de 15 de julio, que excluían de dicha agravación los casos de utilización de lanchas motoras, exigiendo que se tratará de embarcaciones aptas para efectuar travesías de cierta entidad y, por tanto, quedaban fuera del ámbito de esta agravación la utilización muy frecuente de potentes lanchas para el transporte de droga.

El legislador ha querido incluir dichas embarcaciones en la agravación, y la razón de ello se indica en la propia Exposición de Motivos, según la cual se precisa más adecuadamente la agravante de buque, en la que venían detectándose algunos problemas de interpretación, añadiéndose el término «embarcación» a fin de permitir la inclusión de otros tipos de embarcaciones habitualmente utilizadas en estos delitos, como, por ejemplo, las semirrígidas.

En definitiva, la *ratio legis* no ha sido incluir en la agravación cualquier método de transporte marítimo, sino sólo aquellos que justifican el efecto exacerbador punitivo con motivo de la extrema gravedad en la que se enmarca normativamente la conducta, la cual además se vincula a la expresión transporte específico. Es decir, se colmará la agravación mediante la utilización de una embarcación que determine una mayor intensidad criminológica y contribuya de manera decisiva al éxito de la consumación del delito y al intento potencialmente eficiente de facilitar o asegurar su impunidad, quedando también al margen de la agravación el aprovechamiento de un medio de transporte utilizado con cualquier otra finalidad, como el traslado comercial lícito de personas, bienes o efectos de otra naturaleza.

Precisamente la mayor intensidad criminológica es la que también determina la agravación prevista en los artículos 570 bis 2.c) y 570 ter 2.c) CP cuando la organización o el grupo, respectivamente, disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos

para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables. Obviamente dichos medios pueden ser de múltiples especies y cualidades, pero siendo uno de ellos la utilización de buques, embarcaciones o aeronaves como medio de transporte específico previsto en el artículo 370 CP como supuesto de extrema gravedad de los delitos de tráfico de drogas, se vuelve a producir un concurso de normas cuando estos se ejecutan por una organización o grupo criminal mediante la utilización de buques, embarcaciones o aeronaves que pueda también ser considerados medios de transporte especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos.

La solución que a estos efectos establece el segundo párrafo del artículo 570 quarter.2 CP en relación con supuestos de tráfico de drogas realizado por un grupo criminal mediante la utilización de tales medios de transporte, determina la aplicación en todo caso de las penas establecidas en el artículo 370 CP, en virtud de la mayor gravedad de las mismas, en todos los posibles supuestos, respecto de las del artículo 570 ter CP.

Aunque en este ámbito hay que precisar que cuando el delito de tráfico de drogas de extrema gravedad sea cometido por un grupo criminal, el concurso de normas se referirá exclusivamente a la agravación derivada del uso de un buque, embarcación o aeronave. Por tanto, seguirá dándose la relación de concurso real antes expuesta entre el delito de tráfico de drogas cometido y el tipo básico del artículo 570 ter.1 del texto punitivo. De este modo, el empleo de la embarcación determinará la existencia de un concurso real entre el referido tipo básico del grupo criminal y el tipo agravado de tráfico de drogas del artículo 370 derivado del empleo del buque, embarcación o aeronave. Con ello, queda excluida la doble apreciación de la agravación concurrente en ambas infracciones.

**CUADRO PENOLÓGICO DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS EN LOS
SUPUESTOS DE ESPECIAL AGRAVACIÓN DEL ART. 370 DEL CÓDIGO PENAL
(IV)**

ARTÍCULO	NOCIVIDAD SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	MULTA
370 TIPO SUPER- AGRAVADO	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00	13.06.00	TANTO AL SÉXTUPLO O AL NÓNUPLO
	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00	06.09.00	TANTO AL CUÁDRUPLO o AL SÉXTUPLO

La comparación se realiza atendiendo a toda la extensión de las penas legalmente previstas, estimando de mayor gravedad la que tenga señalada pena privativa de libertad de mayor duración. Por tanto, en lo que se refiere al artículo 370 CP que establece la posibilidad de imponer la pena superior en uno o dos grados, el término comparativo lo determina la pena máxima que puede imponerse mediante la imposición de la pena superior en dos grados. La posibilidad de imponer la pena en un grado inferior está

sujeta al arbitrio judicial al igual que sucede en el resto de los supuestos en los que los tribunales individualizan las penas dentro de los límites legalmente establecidos.

Sin embargo, la solución al concurso de normas es más compleja en los supuestos en que dichos medios de transporte son utilizados por una organización criminal, toda vez que dependiendo de la cualidad de las sustancias o productos, de la forma de participación, de entidad y el número de circunstancias en que incurra el sujeto activo, pueden resultar más graves y, por tanto, ser de aplicación las penas del artículo 370 CP en unos casos, y en otros las del artículo 570 bis, tal y como se aprecia en el cuadro comparativo (V) del siguiente apartado.

Aunque dicho cuadro *ut infra* se refiere a los artículos 369 bis, 370 y 570 bis CP, a efectos de determinar la pena de mayor gravedad en supuestos de concurrencia de organizaciones criminales y redes internacionales, dado que esta circunstancia tiene señalada la misma pena en el artículo 370 CP que la de utilización de buques, embarcaciones o aeronaves, constituyendo todas ellas, circunstancias que configuran el subtipo agravado de extrema gravedad, se puede utilizar el mismo cuadro para comparar la pena que por la utilización de estos medios se establece en el artículo 370 y la que señala el artículo 570 bis.2 en los supuestos en los que la organización disponga de medios avanzados de comunicación o transporte.

5.7 Especial referencia a la circunstancias de extrema gravedad de realizar el delito de tráfico de drogas a través de redes internacionales

Cuando la circunstancia concurrente en el delito de tráfico de drogas es la de haber realizado las conductas del artículo 368 CP mediante redes internacionales dedicadas a este tipo de actividades –tráfico de drogas–, debido a los nuevos conceptos y regulación de las organizaciones y grupos criminales introducidos mediante la Ley Orgánica 5/2010, también se plantean complejas situaciones concursales, toda vez que el concepto de red internacional dedicada al tráfico de drogas tipificada en el artículo 370 CP es asimilable al de organización criminal del artículo 369 bis, cuya actividad se materializa en un espacio superior al limitado por las fronteras nacionales.

A tenor de los criterios expresados en la Circular FGE 2/2005, la cualidad de extrema gravedad por realizar el delito de tráfico de drogas mediante redes internacionales se alcanza cuando en la comisión del delito intervienen grupos organizados específicamente orientados a la comisión de estos ilícitos y dotados de proyección internacional, es decir con una estructura ocasional o permanente enraizada en ámbitos geográficos supranacionales apta para planificar y desarrollar las distintas fases del proyecto criminal en el territorio de más de un Estado.

Dicho criterio hay que conjugarlo en la actualidad con los nuevos artículos 369 bis, 570 bis y 570 ter CP que no excluyen de su ámbito típico a las organizaciones o redes internacionales. Efectivamente, es posible la ejecución de un delito de tráfico de drogas a través de una organización internacional y, también, de un grupo criminal asentado en varios países. Ello supone que se puede producir concurso de normas entre el artículo 370 (red internacional) y los artículos 570 bis (organización criminal) y 570 ter (grupo criminal).

Igualmente, nada impide que un delito de tráfico de drogas realizado a través una red internacional pueda sancionarse de conformidad con lo dispuesto en el artículo 369 bis CP y, por tanto, también se produce un concurso de normas entre los 369 bis y 370 CP, toda vez que una misma actividad (tráfico de drogas realizada por una red internacional) está sancionada en ambos preceptos, que tienen la misma entidad, especialidad y complejidad a los efectos previstos en el artículo 8 CP, y, por

tanto, la resolución del mismo ha de venir por la vía de su regla 4.^a, norma que también es de aplicación en virtud de lo dispuesto en el artículo 570 quater CP en la resolución del concurso de normas con el artículo 570 bis CP.

La determinación de la pena más grave* en cada uno de los posibles supuestos por razón de la calidad de las sustancias, el grado de participación y la actividad realizada en la organización por el sujeto activo, puede resultar compleja, por lo que se ha realizado un cuadro comparativo *ut infra*, en el cual se evidencia que aunque el concepto de red internacional supera al de organización, toda vez que extiende su ámbito de actuación geográfico más allá de las fronteras de un Estado; sin embargo, en la mayor parte de los supuestos resulta más grave la penalidad prevista en el artículo 369 bis (organización) que en el 370 (red internacional).

CUADRO PENOLÓGICO COMPARATIVO DEL TRÁFICO ILÍCITO DE DROGAS EN LOS ARTÍCULOS 570 BIS, 369 BIS Y 370 DEL CÓDIGO PENAL (V)

TRÁFICO DE DROGAS (TIPO BÁSICO) ART. 368 EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS + DROGAS				ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS				EXTEMA GRAVEDAD: BUQUES (...), REDES INTERNACIONALES ART. 370		
ARTICULO		PRISION	PRISION MAXIMA	ARTICULO	SUSTANCIA	PRISION	PRISION MAXIMA	SUSTANCIA	PRISION	PRISION MAXIMA
ORGANIZACIÓN (DELITO GRAVE) Art. 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.00.00 08.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 2º (Jefes, encargados administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.00 05.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	11.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 1º pertenencia	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
ORGANIZACIÓN (DELITO NO GRAVE) 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) 368	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	03.00.00 06.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al duplo	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 2º (Jefes, encargados administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 a 6	15.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	01.00.00 03.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al duplo	06.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 1º pertenencia	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00

(*) Se marca con sombreado la pena privativa de libertad de mayor duración y cuando son iguales se señala la pena de multa.

TRÁFICO DE DROGAS (TIPO BÁSICO) ART. 368 EJECUTADO A TRÁVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL.										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS + DROGAS				ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS				EXTEMA GRAVEDAD: BUQUES (...), REDES INTERNACIONALES ART. 370		
ARTICULO		PRISION	PRISION MAXIMA	ARTICULO	SUSTANCIA	PRISION	PRISION MAXIMA	SUSTANCIA	PRISION	PRISION MAXIMA
ORGANIZACIÓN (DELITO GRAVE) Art. 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.00.00 06.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (Jefes, encargados administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.00 05.00.00 + 03.00.00 06.00.00 y multa tanto al 3	11.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º pertenencia	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
ORGANIZACIÓN (DELITO NO GRAVE) 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	03.00.00 06.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al duplo	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (Jefes, encargados administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 a 6	15.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	01.00.00 03.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al duplo	06.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º pertenencia	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00

TRÁFICO DE DROGAS CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVANTES DEL ART. 369 EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS + DROGAS				ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS				EXTEMA GRAVEDAD: BUQUES (...), REDES INTERNACIONALES ART. 370		
ARTICULO		PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	ARTICULO	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN (DELITO GRAVE) Art. 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (grave daño salud) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.00.00 08.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa 3 al 4½	17.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.00 05.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa 3 al 4½	14.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
ORGANIZACIÓN (DELITO NO GRAVE) 570 bis.1 + TRÁFICO DROGAS (no grave daño salud) 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	03.00.00 06.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa tanto al 4	10.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	01.00.00 03.00.00 + 03.01.00 04.06.00 y multa tanto al 4	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertenencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00

TRÁFICO DE DROGAS CAUSANTES DE GRAVE DAÑO A LA SALUD (TIPO BASICO) ART. 368. EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL O CON UTILIZACIÓN DE BUQUE, AERONAVE.... (CONCURRENDO UNA Y/O MÁS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE....										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS.2 + DROGAS				ORGANIZACION DROGAS ART. 369 BIS				EXTEMA GRAVEDAD: BUQUES (...) REDES INTERNACIONALES ART. 370		
ARTICULO		PRISION	PRISION MÁXIMA	ARTICULO	SUSTAN CIA	PRISION	PRISION MÁXIMA	SUSTAN CIA	PRISION	PRISION MÁXIMA
ORGANIZACION 570 bis.2 (DELITO GRAVE) n° elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 08.00.00 +	14.00.00	ORGANIZACION CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 +	13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.06.01 05.00.00 +	11.00.00	ORGANIZACION CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 +	13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9
ORGANIZACION 570 bis.2 (DELITO GRAVE) DOS O MAS CIRCUNST. n° elevado personas, armas, medios avanzados, etc. + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	08.00.01 12.00.00 +	18.00.00	ORGANIZACION CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administradores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 +	13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9
	Participación activa, cooperación económica, etc.	05.00.01 07.06.00 +	13.06.00	ORGANIZACION CRIMINAL 369 bis pfo 1º (pertencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 +	13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9

TRÁFICO DE DROGAS CON SUSTANCIAS NO CAUSANTES DE GRAVE DAÑO EN LA SALUD DEL ART. 368 (TIPO BÁSICO), EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL O CON UTILIZACIÓN DE BUQUE, AERONAVE... (CONCURRENDO UNA Y/O MÁS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2): ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS.2 + DROGAS				ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS				EXTEMA GRAVEDAD: BUQUES (...) REDES INTERNACIONALES ART. 370		
ARTÍCULO		PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	SUSTANCIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 (DELITO NO GRAVE) nº elevado personas, armas, medios avanzados. + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.06.01 06.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tto al 2	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (Jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 a 6	15.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.01 03.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tto al 2	06.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (perteneencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 (DELITO NO GRAVE) DOS O MAS CIRCUNST. nº elevado personas, armas, medios av. + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) Art. 368	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 09.00.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al duplo	12.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (Jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 a 6	15.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.00.01 04.06.00 + 01.00.00 03.00.00 y multa tanto al duplo	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (perteneencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00

TRÁFICO DE DROGAS CAUSANTES DE GRAVE DAÑO, CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVACIONES DEL ART. 369, EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL O CON UTILIZACIÓN DE BUQUE, AERONAVE... (CONCURRIENDO UNA Y/O MÁS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2): FORMADA POR UN ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS.2 + DROGAS				ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS				EXTEMA GRAVEDAD: BUQUES (...) REDES INTERNACIONALES ART. 370		
ARTÍCULO		PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	SUSTAN CIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	SUSTAN CIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 (DELITO GRAVE) nº elevado personas, armas, medios avanzados + TRÁFICO DROGAS (grave daño) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 08.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa 3 al 4½	17.00.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administra dores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.06.01 05.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa 3 al 4½	14.00.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (perenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
ORGANIZA CIÓN 570 bis.2 (DELITO GRAVE) DOS O MAS CIRCUNST. nº elevado personas, armas, medios avanzados + TRAFICO DROGAS (grave daño) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	08.00.01 12.00.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa 3 al 4½	21.00.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 2º (jefes, encargados o administra dores)	GRAVE DAÑO	12.00.01 18.00.00 y multa del 4 a 6	18.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	05.00.01 07.06.00 + 06.00.01 09.00.00 y multa 3 al 4½	16.00.00	ORGANIZA CIÓN CRIMINAL 369 bis pfo 1º (perenencia)	GRAVE DAÑO	09.00.00 12.00.00 y multa tanto al 4	12.00.00	GRAVE DAÑO	06.00.01 09.00.00 o 09.00.01 13.06.00 + Multa tto al 6 o al 9	13.06.00

TRÁFICO DE DROGAS NO CAUSANTES DE GRAVE DAÑO, CONCURRIENDO UNA O DOS AGRAVACIONES DEL ART. 369, EJECUTADO A TRAVÉS DE ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL O CON UTILIZACIÓN DE BUQUE, AERONAVE... (CONCURRIENDO UNA Y/O MÁS CIRCUNSTANCIAS DEL ART. 570 BIS. 2: ELEVADO NÚMERO DE PERSONAS, CON ARMAS, MEDIOS AVANZADOS DE COMUNICACIÓN O TRANSPORTE...										
ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS.2 + DROGAS				ORGANIZACIÓN DROGAS ART. 369 BIS				EXTEMA GRAVEDAD: BUQUES (...), REDES INTERNACIONALES ART. 370		
ARTÍCULO		PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	ARTÍCULO	SUSTAN CIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA	SUSTAN CIA	PRISIÓN	PRISIÓN MÁXIMA
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 (DELITO NO GRAVE) nº elevado personas, medios avanzados. + TRÁFICO DROGAS (no grave daño) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	04.06.01 06.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa 2 al 3	10.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	02.00.01 03.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa 2 al 3	07.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 1º (pertinencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
ORGANIZACIÓN 570 bis.2 (DELITO NO GRAVE) DOS O MAS CIRCUNST: nº elevado personas, medios avanzados. + TRAFICO DROGAS (no grave daño) Art. 369	Promovieren, constituyeren organizaren, coordinaren o dirigieren. (JEFES)	06.00.01 09.00.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa 2 al 3	13.06.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 2º (jefes, encargados o administradores)	NO GRAVE DAÑO	10.00.01 15.00.00 y multa del 4 al 6	15.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00
	Participación activa, cooperación económica, etc.	03.00.01 04.06.00 + 03.00.01 04.06.00 y multa 2 al 3	09.00.00	ORGANIZACIÓN CRIMINAL 369 bis pto 1º (pertinencia)	NO GRAVE DAÑO	04.06.00 10.00.00 y multa tanto al 4	10.00.00	NO GRAVE DAÑO	03.00.01 04.06.00 o 04.06.01 06.09.00 + Multa tto. al 4 o al 6	06.09.00

6. LA INCIDENCIA DE LA LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO, EN EL DELITO DE TRÁFICO DE PRECURSORES

El artículo 371 del Código penal sanciona el denominado tráfico ilícito de precursores, cuya tipificación se remonta a la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de Tráfico de Drogas, que introdujo por primera vez el tráfico de precursores en el artículo 344 bis g) del antiguo Código Penal.

La Ley Orgánica 5/2010 no ha afectado directamente a la redacción del artículo 371, cuya última modificación –referida a su apartado 2– proviene de la efectuada por Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, siendo su redacción actual la siguiente:

1. El que fabrique, transporte, distribuya, comercie o tenga en su poder equipos, materiales o sustancias enumeradas en el cuadro I y cuadro II de la Convención de Naciones Unidas, hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988, sobre el tráfico ilícito de estupefacientes y sustancias psicotrópicas, y cualesquiera otros productos adi-

cionados al mismo Convenio o que se incluyan en otros futuros Convenios de la misma naturaleza, ratificados por España, a sabiendas de que van a utilizarse en el cultivo, la producción o la fabricación ilícita de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas, o para estos fines, será castigado con la pena de prisión de tres a seis años y multa del tanto al triplo del valor de los géneros o efectos.

2. Se impondrá la pena señalada en su mitad superior cuando las personas que realicen los hechos descritos en el apartado anterior pertenezcan a una organización dedicada a los fines en él señalados, y la pena superior en grado cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de las referidas organizaciones o asociaciones.

En tales casos, los jueces o tribunales impondrán, además de las penas correspondientes, la de inhabilitación especial del reo para el ejercicio de su profesión o industria por tiempo de tres a seis años, y las demás medidas previstas en el artículo 369.2.

Sin embargo, la Ley 5/2010 sí ha afectado de forma indirecta al tráfico de precursores, por un lado, en cuanto que el último párrafo ya no será aplicable al haber quedado sin contenido el artículo 369.2 al que se remite, y por otro, porque la pertenencia a una organización dedicada al tráfico de precursores entra en concurso con la nueva regulación que se efectúa en el nuevo Capítulo VI en el Título XXII del Libro II, que bajo la rúbrica «De las organizaciones y grupos criminales» y, por tanto, la pena a imponer en determinados casos puede ser la establecida en este Capítulo.

En los supuestos muy habituales en que el delito de tráfico de precursores concurre con el tráfico de drogas, se produce una absorción por éste de aquel, toda vez que el primero constituye un adelantamiento de las barreras de intervención penal, que determina la punición de actos preparatorios del delito de tráfico de drogas. Como afirma la STS de 26 de marzo de 2001, la «ratio» del precepto no puede ser más clara: el legislador ha tipificado en este caso actos preparatorios, en relación con el cultivo y la fabricación de productos tóxicos o estupefacientes o sustancias psicotrópicas, porque ha querido concertar con la comunidad internacional los instrumentos jurídicos orientados a la represión de determinadas actividades definidas como singularmente amenazadoras y perjudiciales para el bienestar de los pueblos.

El adelantamiento de la protección penal ha supuesto, en este caso, considerar como objeto del delito no sólo las drogas ya elaboradas sino los productos que se denominan sus «precursores».

Cuestión más problemática es la que se produce cuando el delito de tráfico de precursores se realiza perteneciendo a una organización dedicada a dicha finalidad. En términos similares a los ya expuestos *ut supra* en relación con los delitos de tráfico de drogas, se produce un concurso de normas con el delito de pertenencia a una organización criminal tipificado en el artículo 570 bis, el cual se ha de resolver mediante la aplicación de la regla de alternatividad prevista en el artículo 8.4.^a CP, y por tanto, comparar cuál de las disposiciones tiene señalada pena de mayor gravedad(*), a cuyo efecto en la tabla VI de la presente Circular se sistematizan las diferentes posibilidades.

Deberá tenerse en cuenta que el tipo penal del artículo 570 bis CP no sanciona la conducta de tráfico de precursores, por lo que para hacer la comparación de penas con el artículo 371, es preciso añadir a las penas fijadas por aquél, las que procedan por esta actividad delictiva.

En los supuestos en que la coparticipación en el delito de tráfico de precursores no alcanza el grado de organización y sí de grupo criminal, se produce un concurso real en el que se plantea la misma problemática anteriormente analizada en relación con el concurso entre los delitos de tráfico de drogas y pertenencia a un grupo criminal, que determina la imposición acumulada de las penas señaladas para ambos, debiendo procurar los Sres. Fiscales que en ningún supuesto se imponga pena superior a los partícipes en un grupo criminal, que la que les correspondería si estuvieran integrados en una organización.

**CUADRO PENOLOGICO DEL TRÁFICO ILÍCITO DE PRECURSORES
Y COMPARATIVO CON PARTICIPACIÓN EN ORGANIZACIÓN
CRIMINAL (VI)**

PRECURSORES					ORGANIZACIÓN ART. 570 BIS + PRECURSORES					
ARTÍCULO	PRISION	PRISION MÁXIMA	MULTA	INHABILI TAC.	ARTICULO	PARTICIPA CION	PRISION	PRISION MÁXIMA	MULTA	INHABILI TACION
TIPO BASICO (371.1)	03.00.00 06.00.00	06.00.00	TANTO AL TRIPLO							
ORGANIZA- CIÓN -participe- (371.2)	04.06.01 06.00.00	06.00.00	TANTO AL TRIPLO	INH.B. Especial DE 3 A 6 AÑOS	PRECUR- SORES + ORGANIZA CIÓN 570 bis.1 DELITO GRAVE	Participa- cion, coopera- cion activa	03.00.00 06.00.00 + 02.00.00 05.00.00	11.00.00	TANTO AL TRIPLO	INH.B. Especial DE 3 A 6 AÑOS
					PRECUR- SORES + ORGANIZA CIÓN 570 bis.2 DELITO GRAVE	num. elevado personas, armas, medios avanzados. (UNA O MAS CIRCUNTS)	03.00.00 06.00.00 + 03.06.01 05.00.00 05.00.01 07.06.00	11.00.00		
ORGANIZA CIÓN -jefes, administrador o encargados (371.2)	06.00.01 09.00.00	09.00.00	TANTO AL TRIPLO	INH.B. Especial DE 3 A 6 AÑOS	PRECUR- SORES + ORGANIZA CIÓN 570 bis.1 DELITO GRAVE	Promoto- res, directo res, etc.	03.00.00 06.00.00 + 04.00.00 08.00.00	14.00.00	TANTO AL TRIPLO	INH.B. Especial DE 3 A 6 AÑOS

(*) Se marca con sombreado la pena privativa de libertad de mayor duración

CONCLUSIONES

Primera.–La reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, ha incidido en el Capítulo III, Título XVII del Libro II, produciendo un reajuste en las penas establecidas para los delitos relativos al tráfico de drogas tóxicas. En la aplicación de dichas penas tiene especial relevancia la innovadora regulación en el artículo 369 bis CP del delito de tráfico de drogas realizado por quienes pertenezcan a una organización delictiva, así como la incorporación del Capítulo VI al Título XXII del Libro II, dedicado a las organizaciones y grupos criminales. Con el objeto de unificar las pautas de actuación de los Sres. Fiscales en el ejercicio de las funciones que tienen encomendadas en el proceso de individualización de las penas, la presente Circular presenta diversas tablas con el objeto de facilitar la resolución de las situaciones concursales derivadas de la nueva regulación, mediante la concreción de las penas legalmente procedentes en cada uno de los diversos supuestos que pueden presentarse.

Segunda.–Los Sres. Fiscales deberán vigilar que las sentencias que aprecien el tipo atenuado previsto en el segundo párrafo del artículo 368 CP estén sustentadas en datos fácticos acreditados de la concurrencia de los presupuestos relativos a la escasa entidad del hecho y las circunstancias personales del culpable, interponiendo, en su caso, el correspondiente recurso de apelación o casación.

Tercera.—La atenuación prevista en el párrafo segundo del artículo 368 CP, a tenor del texto legal, puede ser aplicada respecto del tipo básico regulado en el párrafo primero del artículo 368 CP, y también cuando concurra uno o dos subtipos agravados del artículo 369 CP. No obstante, es conveniente advertir que en determinados supuestos concretos puede resultar incompatible la apreciación de la atenuación con alguno o alguno de los subtipos agravados en virtud de los elementos que configuran tales circunstancias, pero dadas las innumerables situaciones que pueden presentarse, no es posible establecer pautas de actuación más allá de indicar a los Sres. Fiscales que deberán estudiar pormenorizadamente cada una de dichas posibilidades y actuar con prudencia en la aplicación de dicha minoración de la pena.

Cuarta.—La apreciación de la expresada atenuación y, por tanto, la imposición de la pena inferior en grado conforme a las reglas contenidas en el artículo 70.1.2 CP, en los supuestos en los que concurra alguna circunstancia del artículo 369 CP, se efectuará a partir de la pena que corresponda tras la aplicación de tipo agravado.

Quinta.—En los supuestos en los que el culpable introdujera o sacare ilegalmente sustancias estupefacientes o productos psicotrópicos del territorio nacional o favoreciese la realización de tales conductas, deberá apreciarse la absorción del delito de contrabando en el de tráfico de drogas por existir un concurso de normas a resolver conforme la regla 3.ª del artículo 8 CP.

Sexta.—Cuando una acción incurra en alguno de los subtipos agravados en el artículo 369 CP o en el artículo 370 CP y además se aprecie la concurrencia de la agravación de pertenencia a organización delictiva en delitos de tráfico de drogas prevista en el artículo 369 bis, se producen diversas situaciones concursales en relación con la nueva regulación en el Capítulo VI del Título XXII del Libro II, de las organizaciones y grupos criminales, para cuya resolución hay que atender a lo que se establece en las siguientes conclusiones.

Séptima.—Cuando se produzca alguna de las situaciones concursales a las que se hace referencia en la presente Circular, los Sres. Fiscales deberán cuidar que la calificación jurídica formulada en sus correspondientes escritos contenga todas las normas en concurso, incluidas las que queden absorbidas, así como las que se aplican para la resolución del mismo, de forma que en los supuestos en los que órgano jurisdiccional de enjuiciamiento no aprecie la existencia de alguna de las circunstancias fácticas que generan tal concurso, pueda dictar el correspondiente fallo en virtud de la calificación jurídica formulada respecto de los restantes hechos que se consideren probados, sin que se pueda alegar indefensión por vulneración del principio acusatorio.

Octava.—A los efectos de la correcta calificación de los hechos típicos realizados en concierto por varios sujetos, como supuestos de organización, grupo criminal u otra forma de codelincuencia, siguiendo el criterio establecido en la Circular de la FGE núm. 2/2011 sobre la reforma del Código Penal en relación con las organizaciones y grupos criminales, los Sres. Fiscales valorarán la concurrencia de circunstancias que revelen la voluntad de continuidad en otras actividades criminales de la misma clase, que ordinariamente se pondrá de manifiesto por los medios comisivos utilizados para delinquir, y de los que a su vez se desprenderá la existencia de una planificación o coordinación con un cierto reparto de papeles que favorezca la eficacia de su actividad criminal, su capacidad ofensiva y la impunidad de sus miembros.

Novena.—En los supuestos en los que se produzca un concurso entre las normas que regulan la pertenencia a una organización criminal, es decir, entre los artículos 369 bis y 570 bis CP, se ha de aplicar la regla de alternatividad prevista en el artículo 8.4.ª CP, y por tanto, comparar cuál de las disposiciones tiene señalada pena de mayor gravedad, a cuyo efecto en la tabla III de la presente Circular se sistematizan las diferentes posibilidades.

Deberá tenerse en cuenta que el tipo penal del artículo 570 bis CP no sanciona la conducta de tráfico de drogas, por lo que para hacer la comparación de penas con el artículo 369 bis, es preciso añadir a las penas previstas por aquél, las que procedan por esta actividad delictiva.

Décima.—En el delito de tráfico de drogas perteneciendo a un grupo criminal concurren dos hechos diferenciados que afectan a bienes jurídicos distintos.

Por un lado, el hecho de pertenecer a un grupo criminal, conducta tipificada en el artículo 570 ter CP, y, por otro, la acción de traficar con drogas regulada en sus diferentes modalidades en los artículos 368 y ss. CP, no siendo de aplicación las normas establecidas en el artículo 8 CP, pues se trata de un concurso real regulado en los artículos 73 y 75 CP, debiéndose imponer acumulativamente las penas señaladas a ambos delitos.

Undécima.—Los Sres. Fiscales deberán restringir la aplicación de la agravación del delito de tráfico de drogas mediante la utilización de menores de edad o disminuidos psíquicos a los supuestos en que tales circunstancias estén relacionadas con la ejecución del comportamiento típico, siendo preciso que el conocimiento del sujeto activo abarque todos los elementos del tipo objetivo y, por tanto, tenga al menos certeza probable sobre la edad o estado psíquico de las personas utilizadas.

Además en virtud del Acuerdo de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 2009, este tipo agravado resulta de aplicación cuando el autor se sirve de un menor de edad o disminuido psíquico de un modo abusivo y en provecho propio o de un grupo, prevaleciendo de su situación de ascendencia o de cualquier otra forma de autoría mediata.

Duodécima.—Los Sres. Fiscales deberán aplicar la circunstancia agravante de extrema gravedad de la cantidad de sustancia estupefaciente o producto psicotrópico en todos aquellos casos en que exceda del resultado de multiplicar por mil la cuantía señalada por el Tribunal Supremo como módulo para la apreciación de la agravación de notoria importancia.

Decimotercera.—En los supuestos en los que concurren tres o más de las circunstancias previstas en el artículo 369, los Sres. Fiscales valorarán en cada caso, las agravaciones que concurren y las circunstancias personales del autor, así como las correspondientes a la comisión del hecho ilícito, para individualizar adecuadamente, en función de ello, la pena que resulte procedente solicitar.

Decimocuarta.—Los Sres. Fiscales deberán aplicar la circunstancia agravante de extrema gravedad por utilización de buques, embarcaciones o aeronaves en el transporte ilícito de drogas en aquellos supuestos en los que dicha circunstancia determine una mayor intensidad criminal, por tanto, no cualquier método de transporte marítimo merecerá el efecto exacerbador de la pena, sino sólo aquellos cuya utilización contribuya de manera decisiva al éxito de la consumación del delito y al intento potencialmente eficiente de facilitar o asegurar su impunidad, quedando también al margen de la agravación el aprovechamiento de un medio de transporte utilizado con cualquier otra finalidad, como el traslado comercial lícito de personas, bienes o efectos de otra naturaleza.

Decimoquinta.—En los delitos de tráfico de drogas cometidos por organizaciones o grupos criminales utilizando buques, embarcaciones o aeronaves constitutivos de la agravación de extrema gravedad del artículo 370 CP, se produce un concurso de normas con lo dispuesto en los artículos 570 bis.2 y 570 ter.2 CP, respectivamente, que ha de resolverse conforme a la regla 4.ª del artículo 8 CP. La determinación de la pena más grave en cada uno de los múltiples supuestos que pueden presentarse quedan reflejadas en la tabla V, en la que se ha omitido la referencia al grupo criminal del artículo 570.ter, toda vez que, como ha quedado explicado en el cuerpo de esta Circular,

las penas establecidas en el artículo 370 CP son, en todos los casos, de mayor gravedad y, por tanto, de aplicación, en virtud de lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8 CP.

Decimosexta.—En los supuestos muy habituales en que el delito de tráfico de precursores concurre con el tráfico de drogas, se produce una absorción por éste de aquel, toda vez que el primero constituye un adelantamiento de las barreras de intervención penal, que determina la punición de actos preparatorios del delito de tráfico de drogas.

Decimoséptima.—Cuando el delito de tráfico de precursores se realice por una organización se produce un concurso de normas entre los artículos 371.2 y 570 bis CP, el cual se ha de resolver mediante la aplicación de la regla de alternatividad prevista en el artículo 8.4.ª CP, y por tanto, hay que comparar cuál de las disposiciones tiene señalada pena de mayor gravedad, a cuyo efecto en la tabla/cuadro VII de la presente Circular se sistematizan las diferentes posibilidades, en la que se incluye el cuadro de penas correspondiente a los supuestos en que el delito se realice por un grupo criminal, en cuyo caso se produce un concurso real en el que se plantea la misma problemática anteriormente analizada en relación con el concurso entre los delitos de tráfico de drogas y pertenencia a un grupo criminal, que determina la imposición acumulada de las penas señaladas para ambos, debiendo procurar los Sres. Fiscales que en ningún supuesto se imponga más pena a los partícipes en un grupo criminal, que la que les correspondería si estuvieran integrados en una organización.

OTRAS CIRCULARES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CIRCULAR 4/2011, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE SINIESTRALIDAD LABORAL

I. Introducción.—II. Cuestiones sustantivas: II.1 Delitos de riesgo doloso del artículo 316 del CP: II.1.1 Posibles sujetos responsables del delito de riesgo del artículo 316 CP: II.1.1.1 El empresario como posible sujeto activo del delito de riesgo de los artículos 316 y 317 del CP. II.1.1.2 La delegación de funciones en el ámbito preventivo laboral. II.1.1.3 Los servicios de prevención y su posible responsabilidad. II.1.1.4 Los Recursos Preventivos. II.1.1.5 La concurrencia de empresas: supuestos de contratación y subcontratación. II.1.1.6 Los técnicos en la actividad de construcción. Especial referencia al coordinador de seguridad y salud. II.1.1.7 Especial referencia a los Delegados de Personal y a los miembros de los Comités de Seguridad y Salud. II.1.2 Caracteres y categorías conceptuales. II.1.2.1 Tipo de peligro. II.1.2.2 Concepto del peligro grave. II.1.2.3 Concepto de «facilitar». II.1.2.4 Concepto de «medios necesarios». II.1.2.5 Cuestiones concursales. II.2 Delito de riesgo imprudente del artículo 317 del CP. II.3 El artículo 318 del CP. II.4 Infracciones imprudentes. II.4.1 Importancia de la calificación inicial del resultado lesivo. II.4.2 Graduación de la imprudencia: imprudencia grave y leve. II.4.3 Imprudencia de la víctima. II.4.4 Imprudencia profesional. II.4.5 Valoración médico-legal del resultado lesivo causado en accidente laboral. II.4.6. Enfermedades profesiona-

les.–III. Cuestiones procesales: III.1 Las Diligencias de Investigación del Ministerio Fiscal: III.1.1 Recepción en la Fiscalía de comunicaciones o atestados de las instancias citadas o denuncias de particulares o sindicatos relativas a fallecidos o lesionados en accidente laboral. III.1.2 Comunicaciones de atestados o denuncias relativas a delitos de riesgo. III.2 La intervención del Fiscal en la fase de instrucción: III.2.1 La intervención activa del Fiscal durante la instrucción del procedimiento. III.2.2 Especial referencia a la instrucción de procedimientos seguidos por accidentes laborales sufridos por trabajadores inmigrantes extranjeros. III.2.3 Intervención de la acusación particular –fundamentalmente de los Sindicatos– en los procesos de siniestralidad laboral. III.2.4 Medidas cautelares personales en los procedimientos seguidos como consecuencia de la siniestralidad laboral. III.2.6 Control por los Fiscales de los Autos de archivo, sobreseimiento y declaración de falta de estos procedimientos. III.3 La intervención del Ministerio Fiscal en la fase intermedia: III.3.1 El escrito de petición de sobreseimiento. III.3.2 Control del auto de transformación de las diligencias previas en procedimiento abreviado. III.3.3 El escrito de acusación: III.3.3.1 Redacción de los hechos. III.3.3.2 Calificación jurídica. III.3.3.3 La calificación provisional en supuestos de concursos de normas entre delitos de riesgo y delitos de resultado lesivo. III.3.3.4 Homogeneidad o heterogeneidad de los artículos 316 y 317 del CP. III.3.3.5 Determinación de las penas. III.3.3.6 La responsabilidad civil. III.3.3.7 Intervención en el juicio oral de los Inspectores de Trabajo y los Técnicos de los organismos autónomos. III.4 La intervención del Ministerio Fiscal en el Juicio Oral. III.5 La intervención del Fiscal en la ejecución de las Sentencias: III.5.1 La aplicación de los sustitutivos penales de las penas cortas de prisión: III.5.1.1 La suspensión de la pena de prisión. III.5.1.2 La sustitución de la pena de prisión conforme al artículo 88 del CP. III.5.2 La ejecución de la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión u oficio.–IV. Conclusiones.

CIRCULAR 5/2011, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE EXTRANJERÍA E INMIGRACIÓN

I. Introducción: Contrabando de personas, inmigración clandestina y trata de seres humanos.–II. El delito de trata de seres humanos: Artículo 177 bis CP: II.1 Introducción. Bien jurídico protegido. II.2 Conductas típicas alternativas. II.3 Medios comisivos alternativos. II.4 Tipo subjetivo: II.4.1 La imposición de trabajo o servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre, o a la mendicidad. II.4.2 La explotación sexual, incluida la pornografía. II.4.3 La extracción de sus órganos corporales. II.5 Tipos cualificados: II.5.1 Tipos cualificados en atención a la víctima: a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima. b) La víctima sea menor de edad. c) La víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación. II.5.2 Delito cometido por la autoridad, sus agentes o funcionarios. II.5.3 Delincuencia organizada. II.6 Reincidencia internacional. II.7 Responsabilidad penal de las personas jurídicas. II.8 Concurso de delitos con el artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación. II.9 Exclusión de responsabilidad penal de las víctimas de trata.–III. De los delitos contra los

derechos de los ciudadanos extranjeros: III.1 Introducción. III.2 La ilegalidad del tráfico y la clandestinidad de la inmigración. III.3 Bienes jurídicos protegidos: delito de peligro abstracto. Conductas inocuas. III.4 Las acciones de promoción, favorecimiento o facilitación, directa o indirecta del tráfico ilegal o inmigración clandestina. III.5 Los supuestos de favorecimiento de la estancia ilegal sobrevenida. III.6 Tipo subjetivo. III.7 Consumación. Delito de mera actividad. III.8 Sujetos pasivos: exclusión de los ciudadanos comunitarios. III.9 Unidad o pluralidad de víctimas. Inexistencia de continuidad delictiva. III.10 Subtipos cualificados: III.10.1 Ánimo de lucro. III.10.2 Puesta en peligro de la vida, la salud o la integridad de las personas. III.10.3 Menores de edad e incapaces. III.10.4 Autoridad, agente de ésta o funcionario público. III.10.5 Criminalidad organizada. III.11 Subtipo privilegiado.–IV. Delito de prostitución coactiva: IV.1 Introducción. IV.2 Concepto de prostitución. IV.3 Bien jurídicamente tutelado por el artículo 188.1 CP. IV.4 Conductas típicas: determinación y mantenimiento en la prostitución. IV.5 Medios comisivos. Concurso con el delito de detención ilegal. IV.6 Delito de trata de seres humanos y prostitución coactiva: concurso instrumental de delitos. IV.7 Delito de explotación de la prostitución de otra persona. IV.8 Tipos cualificados: IV.8.1 Minoría de edad e incapacidad. IV.8.2 Otros subtipos cualificados. IV.9 Responsabilidad civil.–V. Delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros: V.1 Introducción. V.2 Naturaleza jurídica y bien jurídico protegido. V.3 La explotación como elemento diferenciador de las conductas perseguibles por el derecho laboral sancionador. V.4 Sujeto activo y las personas jurídicas. V.5 Sujeto pasivo: súbditos extranjeros sin permiso de trabajo. V.6 Relación laboral. V.7 Casos analizados por la jurisprudencia: a) Contrato de esclavo. b) Contratos abusivos y leoninos. V.8 Prostitución coactiva y delitos contra los derechos de los trabajadores extranjeros: concurso real de delitos.–VI. Expulsión de ciudadanos extranjeros no residentes legalmente en España como medida sustitutiva de penas privativas de libertad (art. 89 CP): VI.1 Introducción. VI.2 Ámbito subjetivo de aplicación del artículo 89 CP: «extranjero no residente legalmente en España»: VI.2.1 Ciudadanos no comunitarios. VI.2.2 Prueba de la situación de residencia. VI.2.3 Ciudadanos de la Unión Europea y asimilados. VI.2.4 Padres de niños españoles (o comunitarios) [Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) 8/3/2011 (C/34/09)]. VI.2.5 Momento de valoración de la situación administrativa: cambio de circunstancias. VI.3 Sustitución íntegra de la condena privativa de libertad por la expulsión del territorio nacional: VI.3.1 Ámbito objetivo de aplicación de la sustitución íntegra: penas privativas de libertad inferiores a seis años: VI.3.1.1 Penas privativas de libertad. VI.3.1.2 Límite de los seis años: a) la pena a tomar en consideración es la pena efectivamente impuesta. b) Pluralidad de penas privativas de libertad, cada una de ellas inferiores a seis años, pero que sumadas exceden ese límite. c) Concurrencia de resoluciones, aplicando unas la expulsión judicial y otras exigiendo su cumplimiento en centro penitenciario: imposibilidad de refundición de conformidad con el artículo 76.2 CP. d) Concurrencia entre causas penales pendientes de enjuiciamiento y expulsión ya decretada. VI.3.2 Superación de automatismo: criterio de la preferencia de la sustitución. VI.3.3 Motivación de la decisión: las razones que justifican su no aplicación: VI.3.3.1 Gravedad y naturaleza de delito: prevención general. VI.3.3.2 Los intereses particulares del afectado. VI.3.3.3 Los antecedentes y el riesgo de reiteración delictiva del afectado. VI.3.4 Previa audiencia del condenado: debate contradictorio. VI.3.5 El escrito de acusación del Ministerio Fis-

cal. VI.3.6. La disposición adicional 17.^a LO 19/2003 y el posible ingreso en Centro de Internamiento de Extranjeros (art. 89.6 CP). VI.3.7 La sustitución íntegra de la condena mediante auto posterior. VI.3.8 Imposibilidad de llevar a cabo la expulsión. VI.3.9 La suspensión de condena y otras modalidades de sustitución aplicables a los penados extranjeros sin residencia legal. VI.4 Expulsión como medida sustitutiva del cumplimiento parcial de la condena: VI.4.1 Presupuestos objetivos de aplicación. VI.4.2 La expulsión sustitutiva a instancia del Ministerio Fiscal. VI.5 Quebrantamiento de la expulsión. VI.6 Régimen transitorio. VI.7 Las consecuencias de la aplicación del artículo 89 CP a extranjeros sancionados administrativamente.–VII. Conclusiones.

CIRCULAR 6/2011, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN RELACIÓN A LA VIOLENCIA SOBRE LA MUJER

I. Introducción.–II. Competencia de los juzgados de violencia sobre la mujer: II.1 Competencia en el orden penal: II.1.1 Competencia objetiva: II.1.1.1 Por razón de la materia: *a)* Delito de quebrantamiento. *b)* Delito contra los derechos y deberes familiares. II.1.1.2 Por razón de las personas: *a)* Relaciones de noviazgo. *b)* Relaciones de afectividad de mujeres menores de edad. *c)* Relaciones sentimentales paralelas. *d)* Parejas homosexuales. *e)* Víctimas transexuales. II.1.2 Competencia territorial: II.1.2.1 Concepto de domicilio. II.1.2.2 Excepciones al fuero determinado por el domicilio de la víctima. II.1.3 Competencia por conexidad. II.2 Competencia civil: II.2.1 Catálogo de procedimientos: II.2.1.1 Procedimiento para la liquidación del régimen matrimonial y la formación de inventario. II.2.1.2 Procedimientos de ejecución de sentencias y resoluciones dictadas por los juzgados especializados. II.2.1.3 Procedimiento de justicia gratuita. II.2.1.4 Procedimiento para la reclamación de derechos y gastos que hubiere suplido en un asunto el procurador o de honorarios de abogados. II.2.2 Interpretación de la expresión «fase del juicio oral» contenida en el artículo 49 bis de la Ley de Enjuiciamiento Civil.–III. La dispensa a la obligación de declarar: III.1 Excepciones a la obligación de denunciar prevista en el artículo 261 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. III.2 La dispensa del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal: III.2.1 Sujetos con derecho a dispensa: III.2.1.1 Relaciones de noviazgo. III.2.1.2 Ruptura de la relación: *a)* Supuesto de ruptura de la convivencia en parejas de hecho. *b)* Ruptura de la convivencia entre cónyuges. III.2.2 Determinación del momento en que han de darse esas relaciones para la aplicación de la dispensa. III.2.3 La información del contenido del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Supuestos y efectos.–IV. Legitimación del titular de la Delegación de Gobierno contra la violencia sobre la mujer ante los órganos jurisdiccionales: IV.1 Personación de la Delegación del Gobierno y administraciones autonómicas. Normativa. IV.2 Problemática en torno a la personación de la Delegación del Gobierno y las Comunidades Autónomas en los procedimientos de violencia sobre la mujer: IV.2.1 Admisibilidad y cualidad de la personación. IV.2.2 Exigibilidad de querrela y prestación de fianza.–V. Intervención del Ministerio Fiscal en relación con las medidas de asistencia social: V.1 Capítulos II y III del Título II de la LO 1/2004. V.2 Ley de Extranjería. V.3 El artículo 174.2 de la Ley de Seguridad Social.–

VI. Dispositivos Electrónicos.–VII. Cuestiones sustantivas penales: VII.1 La pena de prohibición de aproximación: artículo 57.2 del CP: VII.1.1 Sobre el carácter imperativo de la pena de prohibición de aproximación en los supuestos de violencia de género y doméstica. VII.1.2 Sobre el cumplimiento simultáneo de la pena de prisión y de las penas accesorias de prohibición de aproximación y/o comunicación. VII.2 El delito de quebrantamiento: VII.2.1 «Quebrantamiento consentido» de la pena o medida cautelar de prohibición de aproximación. VII.2.2 Continuidad delictiva en los delitos de quebrantamiento de medida o pena de aproximación y/o comunicación. VII.3 Problemática en relación con la aplicación del artículo 148.1 y 4 del Código Penal. VII.4 El delito de violencia habitual. Principio *non bis in idem*. VII.5 La nueva regulación de la pena de privación de la patria potestad y de la inhabilitación para su ejercicio.–VIII. Cuestiones sustantivas civiles. Custodia compartida y violencia sobre la mujer.–IX. Conclusiones.

CIRCULAR 7/2011, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE MEDIO AMBIENTE Y URBANISMO

I. Introducción.–II. Nuevas conductas del artículo 319 del Código Penal.–III. La demolición.–IV. El comiso.–V. La prevaricación urbanística del artículo 320.–VI. El nuevo concepto de «alta mar» del artículo 325.–VII. Nuevas conductas del artículo 328 del Código Penal.–VIII. La prevaricación omisiva del artículo 329.–IX. Criterios interpretativos relativos a los artículos 332, 333 y 334.–X. Criterios en relación con la caza o pesca de otras especies del artículo 335.–XI. Novedades relativas al maltrato de animales domésticos del artículo 337.–XII. Conclusiones.

CIRCULAR 9/2011, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE REFORMA DE MENORES

I. Introducción.–II. La prescripción en la jurisdicción de menores: II.1 La prescripción en Diligencias Preliminares. II.2 La interrupción de la prescripción en el Expediente de Reforma. II.3 Actos interruptivos subsiguientes. II.4 Supuestos de ampliación de expediente. II.5 Supuestos contemplados en el Acuerdo de Pleno no Jurisdiccional del TS de 26 de octubre de 2010. II.6 La prescripción en causas remitidas por inhibición de los Juzgados de Instrucción.–III. Reglas para la determinación de las medidas: III.1 Interpretación del artículo 10.1.b, segundo y tercer párrafo y 10.2 LORPM, respecto a las medidas de internamiento en centro cerrado y libertad vigilada. III.2 Tratamiento de los delitos contra la indemnidad sexual.–IV. Fase de instrucción: IV.1 Algunas cuestiones relativas a la detención de menores: IV.1.1 Asistencia letrada en Comisarfa a menores detenidos por delitos contra la seguridad vial. IV.1.2 Requisitorias expedidas desde la Fiscalfa. IV.1.3 Asistencia de los representantes legales en la declaración del menor infractor. IV.1.4 Asistencia a menores detenidos. IV.1.5 Menores emancipados detenidos. IV.1.6 Mayores

de edad detenidos por hechos cometidos siendo menores. IV.2 Representación de menores: IV.2.1 Representación de menores no detenidos. IV.2.2 Incompatibilidad entre el menor y sus representantes y designación de letrado. IV.3 Notificación de expediente al menor imputado. IV.4 Instrucción de causas cuando resultan imputados mayores y menores de edad. IV.5 Archivos por ejercicio del principio de oportunidad (arts. 18, 19 y 27.4 LORPM): IV.5.1 Desistimientos del artículo 18 LORPM. IV.5.2 Sobreseimiento del expediente por conciliación, reparación o actividad educativa (art. 19 LORPM). IV.5.3 El sobreseimiento del expediente conforme al artículo 27.4 LORPM. IV.6 Intervención del Equipo Técnico: IV.6.1 Informes orales en faltas. IV.6.2 Intervención de uno o todos los profesionales del Equipo Técnico en el informe. IV.7 Auxilios Fiscales: IV.7.1 Comunicaciones entre Fiscalía en las que se evitará recurrir al auxilio fiscal. IV.7.2 Auxilios fiscales para declaración de imputados: IV.7.2.1 Competencia para decidir la detención en caso de incomparecencia: IV.7.2.2 Menores detenidos en diferente provincia de aquella donde se instruye o se ha de instruir el expediente. IV.7.3 Auxilios fiscales en los que se plantee o proceda alguna de las soluciones extrajudiciales del artículo 19 LORPM. IV.7.4 Otras cuestiones: Idioma, Labor coordinadora de los Fiscales Delegados y resolución de eventuales controversias. IV.7.5 Declaración mediante videoconferencia en audiencia de quienes hubieran sido oídos en vía de auxilio.–V. Fase de enjuiciamiento: V.1 Impulso de la celeridad. V.2 Tesis. V.3 Salida del menor expedientado de la sala de vistas. V.4 Presencia del Equipo Técnico en la audiencia. V.5 Celebración de la audiencia a puerta cerrada. V.6 Prohibición de identificación.–VI. Suspensión de condena.–VII. Cuestiones relativas al recurso de casación.–VIII. Cuestiones relativas a la ejecución: VIII.1 Uso de videoconferencia. VIII.2 Ejecución de la medida de permanencia de fin de semana. VIII.3 Régimen disciplinario. VIII.4 Registros de ropa y enseres. VIII.5 Ejecución de la medida de internamiento terapéutico. VIII.6 Refundiciones. VIII.7 Inspecciones a Centros de Internamiento. VIII.8 Visitas de Letrados a Centros. VIII.9 Supervisión de la situación de los hijos de menores infractores ingresados en Centros. VIII.10 Menores ejecutoriados en situación de desamparo. VIII.11 Abono de medidas cautelares.–IX. Condena en costas.–X. Cuestiones relativas a la responsabilidad civil: X.1 Determinación del *quantum* indemnizatorio. X.2 Responsabilidad civil y emancipación. X.3 Cuestiones relativas a la ejecución de las disposiciones civiles de la sentencia. X.4 Otras cuestiones.–XI. Relaciones con los medios de comunicación.–XII. Conclusiones.

CIRCULAR 10/2011, SOBRE CRITERIOS PARA LA UNIDAD DE ACTUACIÓN ESPECIALIZADA DEL MINISTERIO FISCAL EN MATERIA DE SEGURIDAD VIAL

I. Contexto europeo e internacional de la delincuencia vial.–II. Las reformas penales operadas por la LO 15/2007 y 5/2010. Significación de la intervención penal en el tráfico viario. El principio de intervención mínima.–III. El bien jurídico protegido e los delitos contra la seguridad vial.–IV. El delito de exceso de velocidad punible del art. 379.1 CP: IV.1 Situación anterior. Antecedentes legislativos y datos científicos. La legislación de complemento. IV.2 Vías urbanas e interurbanas. IV.3 Elementos normativo del tipo. Conducción con excesos de

velocidad. Velocidad permitida reglamentariamente. IV.4 Normativa sobre señalización. IV.5 Elementos probatorios. Márgenes de error de los radares.–V. El delito de conducción bajo la influencia de bebidas alcohólicas. La tasa objetivada del artículo 379.2 CP: V.1 Antecedentes. Derecho comparado. V.2 Naturaleza jurídica. Peligro abstracto. V.3 La tasa objetivada en una de las dos pruebas. V.4 Márgenes de error. Redacción de atestados.–VI. El delito de conducción temeraria del artículo 380 CP. El nuevo supuesto contemplado en el artículo 380.2 CP.–VII. La conducción con manifiesto desprecio a la vida de los demás del artículo 381 CP.–VIII. La nueva regla concursal del artículo 382 CP: VIII.1 Las modificaciones introducidas en la norma concursal por la LO 15/2007. Naturaleza del concurso. VIII.2 Delitos de peligro y de resultado que entran en situación de concurso. VIII.3 Relación de causalidad. Imputación objetiva. VIII.4 Pluralidad de homicidios y lesiones imprudentes. VIII.5 Criterios de determinación de la infracción más grave. VIII.6 Responsabilidad civil. VIII.7 La supresión del libre arbitrio. Otras cuestiones.–IX. La negativa a someterse a las pruebas legalmente establecidas para la detección de bebidas alcohólicas y drogas tóxicas del artículo 383 CP. Los controles de drogas del artículo 796.7 LECrim: IX.1 El bien jurídico protegido. IX.2 Conductas típicas. IX.3 La negativa a someterse a los controles de drogas del artículo 796.7 LECrim.–X. El delito de conducción tras la pérdida de vigencia del permiso por pérdida total de puntos (art. 384 inciso 1).–XI. El delito de conducción habiendo sido privado cautelar o definitivamente en vía judicial del derecho a conducir del artículo 384.2 CP: XI.1 Privación definitiva o cautelar. XI.2 Momento de ejecución del delito. XI.3 Las retiradas inmediatas del permiso de conducir tras la sentencia de conformidad en el Juzgado de Guardia.–XII. El delito de conducción sin haber obtenido nunca permiso o licencia del artículo 384 último inciso CP: XII.1 Los supuestos de pérdida de vigencia y permisos extranjeros. XII.2 Conducción con permiso distinto al exigido por la categoría del vehículo. XII.3 La obtención del permiso en el proceso. Resultado de daño. XII.4 Motos de competición, minimotos o minibikes. XII.5 Participación.–XIII. La nueva redacción del tipo de creación de grave riesgo para la circulación del artículo 385.1 CP.–XIV. La previsión penológica del artículo 47.3 CP. La disposición adicional 13.ª de la LSV: XIV.1 Las condenas a penas de privación del derecho a conducir inferiores a 2 años. XIV.2 Sentencia y ejecución. Examen del artículo 47.3 CP. Fundamento. XIV.3 Cómputo. La suma de las penas impuestas. Otros supuestos.–XV. Los concursos de delitos y la agravante de reincidencia: XV.1 Concursos. XV.2 La agravante de reincidencia.–XVI. La aplicación del comiso en los delitos viales. El nuevo artículo 385 bis CP: XVI.1 Criterios. XVI.2 La titularidad del vehículo. Los terceros de buena fe. XVI.3 La intervención policial del vehículo.–XVII. La reforma de la LO 5/2010. Nuevas previsiones penológicas en los artículos 379, 384 y 385 ter CP. La pena de trabajos en beneficio de la comunidad: XVII.1 Modificaciones penológicas. XVII.2 La pena de trabajos en beneficio de la comunidad.–XVIII. La diferenciación entre los delitos de lesiones y homicidio imprudente en el tráfico viario y la falta del artículo 621 CP. Vigencia de la instrucción 3/2006 FGE.–XIX. El resarcimiento a las víctimas de accidentes de tráfico. El baremo de seguro obligatorio. XIX.1 Introducción. XIX.2 Elemento temporal: cuantificar las indemnizaciones conforme a la fecha del siniestro o de la determinación judicial. XIX.3 Elemento personal: los perjudicados tabulares y extratabulares en caso de muerte. XIX.4 Las víctimas secundarias. XIX.5 Elemento material: el principio de reparación íntegra. Los daños y perjuicios resarcibles.–XX. Conclusiones.