



---

## CERTIFICACIÓN RELATIVA A INFORME

---

**Acto que se certifica:** Acuerdo adoptado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial en su reunión del día 20 de diciembre de 2021, por el que se ha aprobado el siguiente:

**INFORME SOBRE EL ANTEPROYECTO DE LEY ORGÁNICA POR LA QUE SE MODIFICAN LA LEY ORGÁNICA 10/1995, DE 23 DE NOVIEMBRE, DEL CÓDIGO PENAL, PARA LA TRANSPOSICIÓN DE DIRECTIVAS EN MATERIA DE LUCHA CONTRA EL FRAUDE Y LA FALSIFICACIÓN DE MEDIOS DE PAGO DISTINTOS DEL EFECTIVO Y ABUSO DE MERCADO, Y LA LEY ORGÁNICA 7/2014, DE 12 DE NOVIEMBRE, SOBRE INTERCAMBIO DE INFORMACIÓN DE ANTECEDENTES PENALES Y CONSIDERACIÓN DE RESOLUCIONES JUDICIALES PENALES EN LA UNIÓN EUROPEA**

### I. ANTECEDENTES

1.- Con fecha 15 de noviembre de 2021, procedente de la Secretaría de Estado de Justicia del Ministerio de Justicia, tuvo entrada en el Consejo General del Poder Judicial, a efectos de la evacuación del correspondiente informe, conforme a lo dispuesto en el artículo 561.1 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifican la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para la transposición de directivas en materia de lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y abuso de mercado, y la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea. Asimismo, al amparo de lo previsto en el artículo 561.2 LOPJ, se solicita la emisión del informe con carácter urgente e improrrogable. El texto remitido viene acompañado de la correspondiente Memoria del Análisis de Impacto Normativo del Anteproyecto (MAIN en adelante).

2.- La Comisión Permanente del Consejo, en su reunión del día 17 de noviembre de 2021, designó Ponentes de este informe a los Vocales Doña Carmen Llombart Pérez y Don Rafael Mozo Muelas.



## II. CONSIDERACIONES GENERALES SOBRE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DEL CGPJ

**3.-** La función consultiva del Consejo General del Poder Judicial a que se refiere el artículo 561 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (en la redacción dada a dicho precepto por la Ley Orgánica 4/2013, de 28 de junio), tiene por objeto los anteproyectos de leyes y disposiciones generales que afecten total o parcialmente, entre otras materias expresadas en el citado precepto legal, a “[n]ormas procesales o que afecten a aspectos jurídico-constitucionales de la tutela ante los Tribunales ordinarios del ejercicio de derechos fundamentales”, “[l]eyes penales y normas sobre régimen penitenciario” y “cualquier otra cuestión que el Gobierno, las Cortes Generales o, en su caso, las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas estimen oportuna” (reglas 6ª, 8ª y 9ª del artículo 561.1 LOPJ).

**4.-** A la luz de esta disposición legal, en una primera interpretación del alcance y sentido de la misma, el parecer que le correspondería emitir al Consejo General del Poder Judicial sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica remitido, (APLO o el Anteproyecto, en adelante), debería limitarse a las normas sustantivas o procesales que en él se incluyen específicamente, evitando cualquier consideración sobre cuestiones ajenas al Poder Judicial o al ejercicio de la función jurisdiccional que éste tiene encomendada.

**5.-** El anteproyecto de Ley Orgánica que se informa tiene por objeto, como posteriormente se detallará, llevar a cabo la transposición de directivas con incidencia en materia penal que se encuentran pendientes de incorporación a nuestro Ordenamiento, así como abordar cuestiones derivadas de procedimientos de infracción abiertos por la Comisión en relación con la transposición de directivas también de naturaleza penal, resultando de ello que el análisis del Anteproyecto y las observaciones que se formulan al mismo derivan de la necesidad de alcanzar el mayor grado posible de seguridad jurídica, para lo cual se avanza que para abordar el estudio del texto remitido se ha tomado como parámetro esencial el paralelismo entre la norma interna proyectada y el resultado que debe conseguirse con las directivas que se transponen.

**6.-** Especialmente importante resulta que este órgano constitucional exprese su parecer, también, sobre los aspectos del APLO que afecten a derechos y libertades fundamentales, en razón de la posición prevalente y de la eficacia inmediata de que gozan por disposición expresa del artículo 53 de la Constitución. En este punto debe partirse especialmente de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional, en su condición de intérprete



supremo de la Constitución, cuyas resoluciones dictadas en todo tipo de procesos constituyen la fuente directa de interpretación de los preceptos y principios constitucionales, vinculando a todos los Jueces y Tribunales, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 5.1 de la LOPJ.

**7.-** Sin perjuicio de lo anterior, y con arreglo al principio de colaboración entre los órganos constitucionales, el Consejo General del Poder Judicial ha venido indicando la oportunidad de efectuar en sus informes otras consideraciones relativas, en particular, a cuestiones de técnica legislativa o de orden terminológico, con el fin de contribuir a mejorar la corrección de los textos normativos y, por consiguiente, a su efectiva aplicabilidad en los procesos judiciales, por cuanto son los órganos jurisdiccionales quienes, en última instancia, habrán de aplicar posteriormente las normas sometidas a informe de este Consejo, una vez aprobadas por el órgano competente.

### **III. ESTRUCTURA Y CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO**

**8.-** El Anteproyecto consta de una exposición de motivos, estando integrado por dos artículos que modifican, respectivamente, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal y la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea; tres disposiciones adicionales, modificando la primera de ellas la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, y cuatro disposiciones finales.

**9.-** Se estructura de la siguiente forma:

- *Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal*
- *Artículo segundo. Modificación de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.*
- *Disposición adicional primera. Referencias normativas.*
- *Disposición adicional segunda. Efectos del silencio en los procedimientos de solicitud de cancelación de antecedentes penales.*
- *Disposición final primera. Modificación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.*
- *Disposición adicional tercera. Creación del Registro Central de Menores.*
- *Disposición final segunda. Título competencial.*



- *Disposición final tercera. Incorporación de Derecho de la Unión Europea.*
- *Disposición final cuarta. Entrada en vigor.*

**10.-** De lo anteriormente transcrito se observa que la disposición final primera se ubica entre las disposiciones adicionales segunda y tercera, debiendo llamar la atención sobre la falta de orden sistemático del texto remitido observándose la necesidad de corregir este error y ordenar las disposiciones de forma numerada y sucesiva.

#### **IV. CONSIDERACIONES GENERALES**

**11.-** El Anteproyecto, como anteriormente se ha avanzado, tiene como finalidad, esencialmente, la incorporación al Ordenamiento español de la Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo y de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, señalando la Exposición de Motivos del texto proyectado que la Comisión ha puesto de manifiesto la falta de transposición respecto de la primera, y la falta de correcta transposición de la segunda, de donde deriva la necesidad de abordar *“una modificación específica de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, a fin de ajustar el contenido de sus artículos a las previsiones de aquellas normas”*.

**12.-** Junto a ello, añade la Exposición de Motivos que *“[...] es necesario modificar la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea, para transponer la Directiva (UE) 2019/884, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se modifica la Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo en lo que respecta al intercambio de información sobre nacionales de terceros países y al Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) y por la que se sustituye la Decisión 2009/316/JAI del Consejo, y también por la conveniencia de incorporar de forma expresa algunos preceptos contenidos en el Reglamento (UE) 2019/816, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019”*.

**13.-** En último término se indica que *“[a] ello se añade la oportunidad de reformar determinados aspectos relativos al intercambio de información de*



*antecedentes penales con el resto de países de la UE que venían siendo regulados tanto en la actual Ley Orgánica 7/2014 como en el RD 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema integrado de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia”.*

**14.-** Este orden sistemático se sigue igualmente en la Memoria que acompaña al Anteproyecto habiéndose optado, a la hora de abordar el estudio del texto objeto de informe, por mantener la misma sistemática, de manera que tras el análisis del artículo primero, modificativo del Código Penal, el contenido del artículo segundo del Anteproyecto se aborda en tres bloques de preceptos, según la finalidad o razón de ser a la que obedece cada una de las modificaciones, es decir, para la transposición de la Directiva (UE) 2019/884, por la conveniencia de incorporar de forma expresa algunos preceptos contenidos en el Reglamento (UE) 2019/816 y como mejora del sistema de intercambio de información de antecedentes penales con el resto de países de la UE.

**15.-** Finalmente ha de indicarse que la finalidad principal de transposición de Directivas de la Unión, anteriormente indicada, se plasma en la disposición final tercera de la norma proyectada, que lleva por rúbrica “[i]ncorporación de Derecho de la Unión Europea”.

## **V. CONSIDERACIONES PARTICULARES SOBRE EL CONTENIDO DEL ANTEPROYECTO.**

### **V.1. Consideraciones sobre la transposición de la Directiva (UE) 2019/713 y la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.**

**16.-** El Anteproyecto de Ley Orgánica que se informa contempla en su artículo primero la modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, como medio más adecuado para la trasposición de la Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, sobre lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo (Directiva 2019/713). Adicionalmente, las modificaciones del Código Penal se amplían a la correcta trasposición de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva 2014/57), toda vez que la Comisión adoptó el 25 de julio de 2019 la Carta de Emplazamiento 2019/2127, en la que concluye que la misma no ha sido transpuesta correctamente por el Reino



de España. A su vez, el plazo límite para la transposición de la Directiva 2019/713 finalizó el pasado 31 de mayo de 2021, habiendo llevado el incumplimiento de dicho plazo a la apertura por parte de la Comisión Europea del procedimiento de infracción 2021/2022. Se somete también a modificación el apartado 4 del artículo 136 CP para realizar una adecuación terminológica derivada de la reforma de la LO 7/2014, de 12 de noviembre, la cual se analiza en apartado posterior del presente informe.

**17.-** La Directiva 2019/713 se inserta dentro de la política legislativa de la Unión Europea de lucha contra la criminalidad organizada, tal y como se señala en el Considerando 1 de la norma, al conceptuar el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo como una amenaza a la seguridad, ya que *«constituyen una fuente de ingresos para la delincuencia organizada y, por lo tanto, facilitan otras actividades delictivas como el terrorismo, el tráfico de drogas y la trata de seres humanos»*.

**18.-** Dicho marco legislativo de lucha contra la criminalidad organizada se ha configurado mediante lo que se han denominado tres generaciones de protección, la primera, la protección penal del euro a través de la Directiva 2014/62/UE relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación -y que fue traspuesta mediante la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, con la modificación de los artículos 386 y 387 CP-; la segunda, la protección penal de los medios de pago distintos del efectivo mediante la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo, sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo, que abordaba los medios de pago no dinerarios de carácter material -y que se incorporó a nuestro ordenamiento jurídico penal mediante la reforma del artículo 399 bis CP-. Como señala el Considerando 3 de la Directiva 2019/713, dicha Decisión Marco *«ha de actualizarse y complementarse para incluir nuevas disposiciones sobre infracciones, en particular las que se refieren al fraude informático, y sobre penas, prevención y asistencia a las víctimas y cooperación transfronteriza»*. Por ello, la Directiva 2019/713 modifica y amplía las disposiciones de la Decisión Marco 2001/413/JAI, sustituyéndola en su totalidad, en aras de una mayor claridad (Considerando 37), y se configura como la protección penal de tercera generación. Se constituye así también como una manifestación de lo establecido en el Tratado de Lisboa sobre la progresiva sustitución de las Decisiones marco por Directivas, como instrumentos normativos.

**19.-** Del mismo modo, en dicho marco legislativo deben ser tenidas en cuenta la Directiva 2013/40/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de agosto de 2013, relativa a los ataques contra los sistemas de información y



por la que se sustituye la Decisión marco 2005/222/JAI del Consejo, estando llamada la Directiva 2019/713 a ser un complemento y refuerzo de esta Directiva 2013/40 (Considerando 15) -que fue objeto de trasposición a nuestro ordenamiento jurídico mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo (modificaciones e introducción de los nuevos artículos 197, 197 bis, ter, quater y quinquies y 264 a 264 ter CP)-; así como la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, de 24 de octubre de 2008, relativa a la lucha contra la delincuencia organizada.

**20.-** La Directiva 2019/713 destaca la importante dimensión trasfronteriza del fraude y falsificación de medios de pago distintos del efectivo (Considerando 5), y el hecho de que ello aumenta las posibilidades de fraude y precisa de una respuesta sancionadora actualizada para proteger el desarrollo del mercado único digital y evitar que los ciudadanos sean más reacios a efectuar compras en línea (Considerando 7).

**21.-** En síntesis, la Directiva 2019/713 incorpora una extensión de la tipificación del fraude y de la falsificación a los medios de pago distintos del efectivo de carácter inmaterial (artículo 3 a 8) así como mínimos penológicos del límite máximo de las penas privativas de libertad que deben ser impuestas por la comisión de las infracciones tipificadas (artículo 9) y la responsabilidad de las personas jurídicas (artículos 10 y 11), completándose mediante disposiciones relativas a la competencia, la cooperación, el intercambio de información, las medidas preventivas, el apoyo a las víctimas y el seguimiento estadístico (artículos 12 a 18).

**22.-** El Anteproyecto que nos ocupa persigue en su artículo primero la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico penal de las disposiciones de la Directiva 2019/713 relativas a las infracciones y sanciones penales y a la subsanación de la deficiente trasposición de la Directiva 2014/57; en consecuencia, no aborda la transposición de los artículos 12 a 18, por no ser la modificación del Código Penal el medio adecuado para ello, señalándose específicamente en la MAIN que los artículos 12 y 13 de la Directiva, referidos a la competencia y la eficacia de las investigaciones, no precisan de transposición, tal y como se refiere más adelante en el presente informe.

**23.-** En ese cometido de trasposición, de obligado cumplimiento para los Estados miembros, y que debe basarse en los principios de buena regulación, necesidad y eficacia, se tiene en cuenta, como indica la MAIN, que la *«Directiva, se centra en la regulación conjunta del fraude y de la falsificación de los medios de pago distintos del efectivo (non-cash), alejándose de la sistemática clásica de nuestro Código Penal, que atiende prioritariamente a los diferentes bienes jurídicos tutelados o puestos en peligro, tales como el*



*patrimonio, la seguridad del tráfico o la fe pública y no al concreto modo de comisión».*

**24.-** La Directiva 2019/713 recoge una serie de conductas en sus artículos 3 a 8, para cuya tipificación como infracciones penales en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros debe partirse de las definiciones contenidas en el artículo 2, donde cobran especial importancia los “instrumentos de pago distintos del efectivo”, entendidos como *«un dispositivo, objeto o registro protegido, material o inmaterial, o una combinación de estos, exceptuada la moneda de curso legal, que, por sí solo o en combinación con un procedimiento o conjunto de procedimientos, permite al titular o usuario transferir dinero o valor monetario incluso a través de medios digitales de intercambio»* (también Considerando 8); y la referencia a las monedas virtuales, definidas como *«representación digital de valor que no ha sido emitida ni está garantizada por un banco central ni por una autoridad pública, no está necesariamente asociada a una moneda de curso legal ni posee la condición jurídica de moneda o dinero, pero que es aceptada por personas físicas o jurídicas como medio de cambio y que puede transferirse, almacenarse y negociarse por medios electrónicos»*. En este sentido, debe tenerse en cuenta que, a pesar de que la UE no considera a las monedas virtuales y criptomonedas instrumentos financieros -no siendo objeto de la regulación del mercado de valores o de la supervisión de las autoridades- (Directiva 2104/65/UE del parlamento Europeo y del Consejo de 15 de mayo de 2014, relativa a los mercados de instrumentos financieros y por la que se modifica la Directiva 2002/92/CE y la Directiva 2011/61/UE), la Directiva 2019/713 asimila las monedas virtuales, como medio de pago, a la moneda de curso legal en el delito de fraude informático (artículo 6) y los monederos a los instrumentos de pago, siéndoles en consecuencia de aplicación las infracciones de los artículos 3, 4 y 5 (artículo 2 c) y Considerando 10 Directiva), con las particularidades que ello supone y que se referirán brevemente en líneas posteriores.

**25.-** Según indica la MAIN del Anteproyecto, el prelegislador nacional ha optado por *“incluir una cláusula de interpretación auténtica de tales conceptos”* a través del nuevo artículo 399 ter. En realidad, el prelegislador reproduce los términos exactos en los que se expresa la Directiva 2019/713, de tal forma que el citado artículo 399 ter señala: *A los efectos de este Código, se entiende por instrumento de pago distinto del efectivo cualquier dispositivo, objeto o registro protegido, material o inmaterial, o una combinación de estos, exceptuada la moneda de curso legal, que, por sí solo o en combinación con un procedimiento o conjunto de procedimientos, permite al titular o usuario transferir dinero o valor monetario incluso a través*



*de medios digitales de intercambio.* Aunque esta nueva definición se ubica en el Título XVIII ("De las falsedades"), tras el artículo 399 bis destinado a la tipificación de conductas relacionadas con la falsificación de instrumentos de pago distintos del efectivo, debe extenderse a todas las referencias a los instrumentos de pago distintos del efectivo que se realizan en el Código Penal, y, por lo tanto, al delito de estafa, como se expondrá a continuación.

**26.-** La Directiva impone como contenido mínimo que las conductas tipificadas sean cometidas intencionadamente (de conformidad con lo dispuesto en la legislación nacional, Considerando 14), y adelanta la barrera de intervención penal, puesto que junto con la configuración de dos delitos de resultado (utilización fraudulenta del instrumento de pago, artículo 3) y fraude informático (artículo 6), se castigan comportamientos delictivos previos como la obtención ilícita del medio de pago, su falsificación, posesión y comercio (artículos 4 y 5), sin perjuicio de que algunas de dichas conductas ya estuvieran recogidas en el artículo 2 de la Decisión Marco 2001/413/JAI, en relación con los medios de pago distintos al efectivo de carácter material, e incorporadas a nuestro ordenamiento penal.

**27.-** En este sentido, la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal supuso una severa transformación en el panorama punitivo relativo al delito de estafa. En primer término, se introdujo en el artículo 248 una nueva modalidad de estafa para garantizar la modernización de la respuesta penal en la comisión de delitos patrimoniales, cual fue la utilización de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o los datos obrantes en cualquiera de ellos en perjuicio del titular o un tercero. De esta forma, el vigente artículo 248 CP tipifica en su apartado 1 el tipo básico de estafa, y en su apartado 2 las tres modalidades asimiladas: a) la estafa informática (que se encontraba ya tipificada en el texto original de 1995), b) fabricar, introducir, poseer o facilitar programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas (introducido por LO 15/2003, de 25 de noviembre); c) utilización de tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, para realizar operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero (introducido, como se ha dicho, por LO 5/2010, de 22 de junio).

**28.-** La reforma del artículo 248 CP de 2010 vino acompañada de otras modificaciones como la de las modalidades agravadas del artículo 250 (con la supresión de la estafa cambiaria), y, de forma destacada, de la introducción del artículo 399 bis, que tipifica la alteración y falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje; la tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados destinados a la distribución o tráfico; y el uso,



en perjuicio de otro y a sabiendas de su falsedad, de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados. La tipificación de estas conductas respondía, como se ha señalado anteriormente, a la Decisión Marco 2001/403/JAI, de 28 de mayo, pero también a las peticiones doctrinales y jurisprudenciales, entre estas últimas y de forma destacada, el Acuerdo del Pleno No jurisdiccional del Tribunal Supremo de 28 de junio de 2002: *«se pronuncia favorablemente el Pleno a la procedencia de que por el tribunal competente para la resolución del recurso de casación se acuda a tenor de lo dispuesto en el artículo 4.3 del CP al Gobierno de la Nación, exponiendo la conveniencia de la inclusión en el Código Penal de un precepto específico que contemple los actos de falsificación de tarjetas con establecimiento de las penas adecuadas para cada supuesto, en consonancia con lo prevista para esta materia por la Decisión Marco del Consejo de Ministros de la Unión Europea sobre la lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del dinero de fecha 28 de mayo de 2001»*. Implicó además la eliminación de la referencia contenida en el artículo 387 CP que equiparaba las tarjetas a la moneda de curso legal, y que permitía subsumir las alteraciones de la banda magnética en el delito de falsificación de moneda (artículo 386 CP), tal y como se estableció en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional señalado.

**29.-** La modalidad de estafa tipificada en el apartado 2 c) del artículo 248, esto es, la utilización de los medios de pago distintos del efectivo en ella reseñados en perjuicio de terceros, es un delito doloso, de resultado, cuyo tipo subjetivo no exige, al contrario que en la modalidad básica, ánimo de lucro. De conformidad con el artículo 249 no existe un límite mínimo de cuantía defraudatoria, si bien si esta es inferior a 400 euros, la pena será exclusivamente de multa de uno a tres meses. Debe llamarse la atención sobre el hecho de que el tipo objetivo no exige que los instrumentos de pago distintos del efectivo usados en perjuicio de terceros hayan sido objeto de una falsificación o manipulación. La falsificación previa se encuentra tipificada en el apartado 3 del artículo 399bis que contempla el uso, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados, o en el apartado 1 de dicho artículo 399bis, en caso de que el mismo sujeto que hace uso de ellas haya cometido la falsificación, debiendo apreciarse en el primer caso un concurso de normas, que debe resolverse con aplicación del artículo 399bis.3, (artículo 8.4 CP; STS de 21 de septiembre de 2011 [ECLI:ES:TS:2011:5955], entre otras) y en el segundo caso, un concurso medial de delitos (artículo 77.2 CP; STS de 21 de marzo de 2013, [ECLI:ES:TS:2013:4334A] entre otras). En relación con el primer caso, no debe olvidarse que *«el concurso aparente de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que*



*la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma, pues, parte de su fundamento la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad» (STS de 29 de marzo de 2011 [ECLI: ES:TS:2011:1861]). En este sentido, se ha señalado que «el artículo 248.2.c) sancionaría aquellos otros casos en los que la utilización de esa tarjeta de crédito o débito se produciría al margen de cualquier falsificación, es decir, en los supuestos en los que el autor ha sustraído o se ha encontrado con un instrumento de pago auténtico pero que no le pertenece» (STS de 21 de septiembre de 2011, citada).*

**30.-** El artículo 248.2c) introducido en 2010 abarca todos los supuestos de operaciones bancarias, por lo que puso fin al debate doctrinal y jurisprudencial sobre la calificación del delito de uso de tarjeta bancaria en cajeros automáticos y pago en locales, bien como robo con fuerza en las cosas, asimilando la tarjeta a una llave falsa (artículos 238.4º y 239 CP; entre otras, STS de 22 de enero de 2004 [ECLI:ES:TS:2004:233]), o como una estafa informática (artículo 248.2 a); entre otras, STS de 9 de mayo de 2007, [ECLI:ES:TS:2007:2747]).

**31.-** Por su parte, el artículo 399 bis se encuentra ubicado en el Título XVIII, destinado a las falsedades, de tal forma que el bien jurídico protegido no es el patrimonio, como en el caso del delito de estafa, sino que coincide con el bien jurídico de las falsedades documentales, delimitado jurisprudencialmente como la necesidad de proteger la fe pública y la seguridad del tráfico jurídico, evitando que tengan acceso a la vida civil y mercantil documentos probatorios falsos con la finalidad de alterar la realidad jurídica. El tipo básico recoge cuatro conductas, "alterar, copiar, reproducir y falsificar", es por tanto un delito de mera conducta, cuyo elemento subjetivo exige dolo falsario y que abarca la conocida como clonación de tarjetas o *skimming* y la creación *ex novo* de tarjetas falsas. Se tipifican dos subtipos agravados, la afectación a una pluralidad de personas, delito masa, que no requiere pluralidad de acciones, y la comisión de los hechos en el marco de una organización criminal. Se contempla además la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Por su parte, la conducta tipificada en el apartado 2, tenencia, es un delito de mera conducta, previo a la causación de un perjuicio, doloso, que exige el ánimo de destinarlo al tráfico, si bien la propia distribución no se encuentra tipificada como delito autónomo (habiéndose



acudido forzosamente al tipo de tenencia para castigar la distribución o tráfico). Finalmente, el uso de tarjetas de crédito y débito o cheques de viaje falsificados que referíamos anteriormente es un delito de resultado (perjuicio a terceros), que exige un dolo específico (conocimiento de la falsedad).

**32.-** La regulación del artículo 399 bis se completa con la tipificación de los actos preparatorios, contenida en el artículo 400, modificado por LO 1/2015, de 30 de marzo: *“La fabricación, recepción, obtención o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos y programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad, u otros medios específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los Capítulos anteriores, se castigarán con la pena señalada en cada caso para los autores”*.

**33.-** La reforma de 2010, con la introducción del artículo 399bis, permitió solucionar los problemas de la calificación penal de las conductas de falsificación de tarjetas, que se reconducía por la jurisprudencia a la falsificación de moneda (artículo 386 y ss. CP, STS de 9 de mayo de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:3258], entre otras), pero que tenía importantes limitaciones, como la mera tenencia de tarjetas falsas, sin haber participado en la falsificación, de forma que el Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda del TS de 16 de diciembre de 2008 acordó que *“la tenencia de tarjetas falsas de crédito o débito, para poder ser sancionada con fundamento en el artículo 386.2 del Código penal precisara la acreditación de una finalidad de trasmisión”*; o el uso de “tarjetas blancas” (sin troquelar, con la banda magnética duplicada, para su uso en cajeros), que se consideraba también atípica bajo el artículo 386.2 CP y encontraba dificultades para su encaje en la estafa informática tipificada entonces en el artículo 248.2 (actualmente 248.2 a).

**34.-** La regulación vigente expuesta anteriormente precisa indudablemente de su reforma para una adecuada transposición de la Directiva 2019/713, no solo para la mera extensión del objeto a los instrumentos de pago inmatrimoniales y otros instrumentos de pago materiales más allá de los contenidos en los artículos 248.2 c) y 399 bis (tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje), sino para la modificación y ampliación de las conductas típicas. En esa tarea, el prelegislador nacional, tal y como se recoge en la MAIN, ha optado, *“manteniendo la sistemática de nuestro texto punitivo, por explicitar todas las conductas cuya tipificación autónoma exige la Directiva, bien vinculándolas al ámbito de la estafa (fraude), bien a las falsedades”*.

**35.-** Como se ha indicado anteriormente, todas las conductas tipificadas por la Directiva son intencionales, quedando la posibilidad de castigar la comisión



imprudente en manos de los Estados miembros, toda vez que se trata de una norma "de mínimos". No obstante, y como se indica en la MAIN, dado que nuestro ordenamiento jurídico penal es de *crimina culposa*, se mantiene en línea con la norma europea.

**36.-** La Directiva contempla, en primer lugar, en su artículo 3, el delito de utilización fraudulenta de los instrumentos de pago distintos del efectivo (ya sean materiales o inmateriales) que hayan sido objeto (a) de robo o de otra forma de apropiación u obtención ilícita o (b) de falsificación o alteración. Se tipifican por tanto dos conductas alternativas, que a su vez traen causa de los delitos recogidos en los artículos posteriores (robo, apropiación u obtención ilícita, falsificación o alteración, artículos 4 a) y b) y 5 a) y b)). Si bien la norma europea no explicita en su redacción la concurrencia de un conocimiento del origen ilícito del instrumento de pago, la tipificación de la conducta como "fraudulenta" e intencionada convierte en consustancial a la misma el ánimo defraudatorio o de engaño, es decir, el conocimiento de que se está utilizando un instrumento de pago de origen ilícito.

**37.-** El prelegislador nacional ha optado por reconducir cada una de las conductas alternativas contempladas en el artículo 3 de la Directiva a dos tipos penales diferentes de nuestro Código Penal. En primer lugar, la utilización fraudulenta de instrumentos de pago distintos del efectivo *robados u obtenidos ilícitamente* se sitúa en el ámbito de las estafas, en su modalidad impropia, ampliando el objeto del apartado c) del artículo 248.2 CP a "*cualquier otro medio de pago distinto del efectivo*", e incorporando el adjetivo "*fraudulenta*", actualmente ausente del tipo, y que permite determinar el ánimo defraudatorio y el origen ilícito. Como se ha señalado anteriormente, el vigente delito de estafa del artículo 248.2c) se configura como un delito de resultado, de tal forma que debe causarse un perjuicio económico, cuestión que permanece inalterada en la reforma proyectada. La consecuencia es que, para que la conducta sea sancionable, se exige un resultado, el perjuicio del titular del instrumento de pago o de un tercero. El artículo 3 de la Directiva no contempla de forma específica la comisión de un perjuicio, pero tanto la calificación de la conducta de utilización ("fraudulenta"), como la característica intrínseca del instrumento de pago ("permitir a su titular o usuario transferir efectivamente dinero o valor monetario o iniciar una orden de pago", Considerando 8), así como la tipificación posterior de conductas previas (artículos 4 y 5), conducen a la conclusión de que la existencia de un resultado perjudicial es inconcusa. Parece presentarse en este punto una dificultad: el artículo 9.2 de la Directiva exige que las infracciones del artículo 3 se castiguen con una pena de privación de libertad cuya duración máxima no sea inferior a dos años. El



artículo 249 CP, por su parte, vincula la penalidad de todas las modalidades de estafa a la cantidad defraudada, de tal forma que, si esta es inferior a 400 euros, la pena es de multa de uno a tres meses. El artículo 249 se modifica en el Anteproyecto que se informa, pero no afecta a la distinción en este extremo, que se mantiene. Esta problemática es extensible a todos los delitos asimilados de estafa que se tipifican en la reforma proyectada del apartado 2 del artículo 248 en transposición de la Directiva, y pudiera llevar a la conclusión de que se realiza una transposición deficiente. No obstante, el principio de proporcionalidad de las penas debe ser respetado por el derecho de la Unión y nacional (artículo 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), de tal forma que, partiendo de que la Directiva impone a los Estados la obligación de establecer unas determinadas penas (con diferentes límites mínimos de duración máxima) a lo que procede entender como delitos que se consideran graves (y así se desprende de los Considerandos del texto, concretamente del Considerando 4 y su referencia explícita a los delitos graves), no impone necesariamente la aplicación de las mismas penas a toda la extensión de conductas de diversa gravedad que podrían estar abarcadas por los tipos penales, especialmente a aquellas de carácter leve. El legislador nacional, siempre que cumpla con la obligación de establecer una pena para dichas conductas delictivas cuya duración máxima de privación de libertad no sea inferior al límite establecido por el legislador europeo, puede y debe, tal y como señala el propio artículo 9 establecer *sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias*, tener en cuenta el diferente desvalor de la acción y el resultado. En este sentido, dado que el artículo 249 CP establece una pena que abarca desde un mes a tres meses de multa para el delito leve y de 6 meses hasta los 3 años de prisión para los reos de delito grave de estafa, para cuya fijación, además, *“se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción”*, debe entenderse que las conductas graves que pueden afectar al mercado único europeo se encuentran efectiva y correctamente penadas con prisión cuyo límite máximo no es inferior a dos años, tal y como exige el apartado 2 del artículo 9 de la Directiva.

**38.-** En segundo lugar, la conducta de utilización fraudulenta de un instrumento de pago distinto del efectivo *falsificado o alterado* se reconduce por el prelegislador nacional al artículo 399 bis, apartado 3, mediante la ampliación a *“cualesquiera otros instrumentos de pago distintos del efectivo”*, de tal forma que el uso sigue estando, *a priori*, desvinculado de la acción de falsificación (*“el que sin haber intervenido en la falsificación”*) tipificada en el apartado 1 de dicho artículo, sin perjuicio del posible concurso.



**39.-** La opción del prelegislador de reconducir los artículos 3 a) y 3 b) de la Directiva a dos tipos penales diferentes parece responder a la existencia puesta de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia -y antes señalada- de un concurso de normas entre el artículo 399bis.3 y 248.2.c) en caso de que los instrumentos de pago sean falsificados, que debe resolverse a favor del artículo 399bis.3, con una pena de dos a cinco años de prisión (lo que a su vez, colmaría las exigencias del artículo 9.2 de la Directiva), quedando reservado el artículo 248.2 c), y a pesar de no recogerse explícitamente en el tipo, a los casos en los que el instrumento de pago utilizado fraudulentamente no haya sido falsificado, sino *sustraído o robado* (STS de 21 de diciembre de 2011, antes citada).

**40.-** A continuación, la Directiva contempla en sus artículos 4 y 5 las conductas previas, relacionadas, pero no necesariamente vinculadas al uso fraudulento, relativas respectivamente a los medios de pago materiales e inmateriales. De esta forma, en el primer caso, destinado a medios de pago materiales (artículo 4), se sanciona a) la sustracción o cualquier otra forma de apropiación ilícita; b) la falsificación o alteración fraudulenta; c) la posesión, para su utilización fraudulenta, de un instrumento de pago material distinto del efectivo que haya sido objeto de robo u otra forma de apropiación ilícita, o de falsificación o alteración y d) la obtención, para uno mismo o para otra persona, incluida la recepción, apropiación, compra, transferencia, importación, exportación, venta, transporte o distribución, de un instrumento de pago material distinto del efectivo que haya sido robado, falsificado o alterado para su utilización fraudulenta. Mientras que para los dos últimos supuestos se contempla explícitamente el requisito "para su utilización fraudulenta", en los dos primeros casos, las conductas aparecen contempladas de manera autónoma y desvinculada de dicho uso fraudulento, que, en su caso, deberá ser castigado conforme al artículo 3.

**41.-** Por su parte, el artículo 5, y en relación con los instrumentos de pago inmateriales, considera infracciones penales: a) la obtención ilícita de un instrumento de pago inmaterial distinto del efectivo, al menos cuando tal obtención haya supuesto la comisión de alguna de las infracciones a que se refieren los artículos 3 a 6 de la Directiva 2013/40/UE, o la apropiación indebida de un instrumento de pago inmaterial distinto del efectivo; b) la falsificación o alteración fraudulenta de un instrumento de pago inmaterial distinto del efectivo; c) la posesión, para su utilización fraudulenta, de un instrumento de pago inmaterial distinto del efectivo que haya sido objeto de obtención ilícita, falsificación o alteración, al menos si el origen ilícito del instrumento se conocía en el momento de su posesión y d) la obtención, para uno mismo o para otra persona, incluida la venta, transferencia y distribución,



o la puesta a disposición de terceros, de un instrumento de pago inmaterial distinto del efectivo que haya sido obtenido de manera ilícita, falsificado o alterado, para su utilización fraudulenta.

**42.-** Comenzando por el artículo 4 a) de la Directiva, la sustracción o la apropiación ilícita de un instrumento de pago **material** distinto del efectivo contemplada parece abarcar cualquier apropiación ilegal constitutiva de delito. Nuestro ordenamiento jurídico no tipifica actualmente de manera específica la obtención ilícita de un medio de pago material, sino que la misma se reconduce, según los casos a los delitos de hurto, robo o apropiación indebida (artículos 234, 238, 253 CP). La casuística es amplia, y no es ajena a la concurrencia del concurso de delitos, como el que podría darse entre el robo con fuerza en las cosas para la obtención de la tarjeta, las coacciones para la obtención del número PIN, y el efectivo uso fraudulento de la misma en cajero mediante la retirada de efectivo. Del mismo modo, los instrumentos de pago materiales con carácter general son objetos que precisan de un procedimiento (introducción del número secreto o de una clave enviada al móvil o de la identificación del titular) para constituirse con medios de pago según la definición de la Directiva (artículo 2 a) y del nuevo artículo 399 ter CP.

**43.-** En el Anteproyecto que se informa, el prelegislador opta por tipificar de manera autónoma en el artículo 248, apartado 2 CP, la conducta de sustracción o apropiación ilícita de los instrumentos de pago distintos del efectivo, y lo hace añadiendo un nuevo apartado d): *“los que, para su utilización fraudulenta, sustraigan, se apropien o adquieran de forma ilícita tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo”*. Procede señalar, en primer lugar, que el legislador europeo no exige en el artículo 4 a) que la sustracción o apropiación ilícita se realice para la utilización fraudulenta del medio de pago, pero tanto la rúbrica del precepto (*infracciones relacionadas con la utilización fraudulenta de instrumentos de pago distintos del efectivo*), como los objetivos de la Directiva, y sobre todo, el hecho de que la conducta solo deba ser punible en la medida en que esa obtención ilícita suponga, al menos, una puesta en peligro del bien jurídico protegido (el patrimonio), llevan a la conclusión de la concurrencia del ánimo defraudatorio.

**44.-** La tipificación específica que ahora se realiza colma adecuadamente y de forma clara las exigencias de la Directiva, sin perjuicio de que pueda producirse en determinados casos un concurso de normas (artículo 8.4 CP), cuando, por ejemplo, la sustracción del medio de pago constituye un robo con violencia, penado en su forma básica con una pena de dos a cinco años



de prisión (artículo 242.1 CP), pena más grave que la del delito de estafa (seis meses a tres años de prisión, artículo 249 CP). En todo caso, y al hilo de la penalidad exigida por la Directiva en su artículo 9.2 para esta infracción penal, la pena a imponer por la comisión de un delito grave de sustracción o apropiación ilícita, ya sea por el valor defraudatorio (cantidad que podría defraudarse con la tarjeta y el procedimiento para su uso), ya sea por la forma de comisión (robo con violencia, por ejemplo), se adecúa a la norma europea.

**45.-** Tampoco debe olvidarse que, en la mayoría de las ocasiones, el delito del artículo 4 a) de la Directiva (así como otros como el de posesión) se verá absorbido por la utilización fraudulenta del medio de pago sustraído, que deberá resolverse mediante el correspondiente concurso real o medial.

**46.-** El nuevo apartado d) del artículo 248.2 proyectado es también el vehículo elegido para tipificar el delito de obtención ilícita de medios de pago **inmateriales**, conducta recogida en el artículo 5 a) de la Directiva (y donde debe entenderse incluido el envío de facturas falsas que permiten obtener las credenciales de pago, tal y como se recoge en el Considerando 11). El legislador europeo impone un mínimo de punibilidad de la conducta cuando al menos dicha obtención ilícita *"haya supuesto la comisión de alguna de las infracciones a que se refieren los artículos 3 a 6 de la Directiva 2013/40/UE"*, por tanto, que haya supuesto un acceso ilegal a los sistemas de información (artículo 3), una interferencia ilegal en los sistemas de información (artículo 4), una interferencia ilegal en los datos (artículo 5) o una interceptación ilegal (artículo 6), conductas que han sido incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico, o reformadas en consonancia, mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo (artículos 197 a 197 quinquies CP). No obstante, y de conformidad con el tenor literal del proyectado artículo 248.2 d), por el prelegislador nacional se considera delito cualquier sustracción de los medios de pago inmateriales, aunque dicha sustracción o apropiación no haya supuesto alguna de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 6 de la Directiva 2013/40/UE.

**47.-** Debe tenerse en cuenta, no obstante, que la obtención ilícita mediante la comisión de las infracciones tipificadas en los artículos 197.2 y 197 bis 1º y 2º CP puede conllevar problemas de calificación, con la concurrencia de casos de concurso de normas o de delitos. Por ejemplo, el apartado 2 del artículo 197 CP castiga *"al que, sin estar autorizado, se apodere, utilice o modifique, en perjuicio de tercero, datos reservados de carácter personal o familiar de otro que se hallen registrados en ficheros o soportes informáticos, electrónicos o telemáticos, o en cualquier otro tipo de archivo o registro público o privado"*, contemplándose la posibilidad de que se realice con fines



lucrativos (apartado 5, en cuyo caso, se impondrá la pena en su mitad superior). Apoderarse, mediante la comisión de esta infracción, de instrumentos de pago inmateriales para su utilización fraudulenta supondría la comisión del nuevo delito específico proyectado en el apartado d) del artículo 248.2 CP, por lo que podría apreciarse un concurso medial de delitos (si entre los diversos hechos constitutivos de los diferentes delitos se da una conexión de necesidad de carácter objetivo, de la que se desprenda que la comisión del primer delito fue imprescindible para cometer los otros dos) o un concurso de normas, en el que el delito del artículo 248.2 d) CP agota todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. En todo caso, son cuestiones a resolver por los Tribunales, tras la futura entrada en vigor de las reformas proyectadas.

**48.-** Ante la distinción entre la sustracción de medios de pago materiales e inmateriales que realiza la Directiva en sus artículos 4 a) y 5 a) cabe apuntar que las monedas virtuales pueden estar contenidas en diferentes tipos de monederos, de un lado, monederos materiales, como los monederos en papel, donde las claves están encriptadas en un código QR, o los monederos fríos, similares físicamente a un *pen drive*; en estos casos, la sustracción es similar a la de un monedero tradicional (hurto, robo, apropiación); no obstante, los monederos más utilizados son los inmateriales, o calientes, conectados a internet de manera constante y a los cuales efectivamente se accede normalmente a través de conductas que son en sí mismas delitos informáticos como los contenidos en los artículos 3 a 6 de la Directiva 2013/40/UE, tal y como señala el artículo 5 a) de la Directiva 2019/713. Puesto que el prelegislador tipifica la sustracción de ambos instrumentos de pago en el mismo artículo 248.2.d) CP, nuestro sistema jurídico puede responder adecuadamente a las diferentes modalidades de obtención ilícita de monederos virtuales.

**49.-** La *falsificación o alteración* de los medios de pago **materiales** recogida como infracción penal en el artículo 4 b) de la Directiva ya se encuentra tipificada en el artículo 399 bis, apartado 1 CP, pero puesto que el objeto del delito se encuentra actualmente limitado a tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje, el prelegislador se ha visto obligado a ampliarlo a "*cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo*", lo que a su vez, supone la adecuada transposición del artículo 5 b) de la Directiva, al quedar incluidos también en el tipo penal los medios inmateriales (Artículo 399 bis.1 APLO: *El que altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años*).



**50.-** La *posesión* de un instrumento de pago **material** de origen ilícito para su uso fraudulento (artículo 4 c) de la Directiva) se encuentra tipificada en nuestro ordenamiento penal bajo las figuras de la receptación (artículo 298 CP) y blanqueo (301 CP); no se contempla, sin embargo, la posesión de un medio inmaterial (artículo 5 c). Así, resulta adecuada la opción del prelegislador de llevar a cabo una tipificación de estos delitos mediante la introducción de la letra e) en el apartado 2 del artículo 248, y la modificación del artículo 399 bis. 2:

«248.2e): *Los que, para su utilización fraudulenta y sabiendo que fueron obtenidos ilícitamente, posean, obtengan, transfieran, distribuyan o pongan a disposición de terceros tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos de pago distintos del efectivo.*

399 bis.2: *La tenencia de tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos de pago distintos del efectivo falsificados, destinados a la distribución o tráfico será castigada con la pena señalada a la falsificación” »*

**51.-** De esta forma, el nuevo apartado e) del artículo 248.2 supone la transposición del delito de posesión para su utilización fraudulenta de un instrumento de pago distinto del efectivo, ya sea material e inmaterial, que haya sido objeto de robo o apropiación ilícita (primera parte de los artículos 4 c) y 5c) Directiva), exigiéndose como elemento del tipo el conocimiento del origen ilícito del instrumento de pago. En ese sentido, el artículo 4 c) de la Directiva, referido a los instrumentos de pago materiales, no recoge explícitamente dicho elemento subjetivo, si bien este conocimiento debe entenderse consustancial al ánimo fraudulento del tipo y a la exigencia del dolo; en virtud del principio de tipicidad, la introducción explícita de dicho elemento en la reforma del CP debe valorarse positivamente.

**52.-** Al incorporar las conductas de “*obtener, transferir, distribuir y poner a disposición de terceros*”, la nueva letra e) del apartado 2 del artículo 248 CP proyectado sirve también de vehículo para la incorporación a nuestro ordenamiento de la conducta contemplada en el apartado d) del artículo 4 Directiva. En este sentido, el legislador europeo contempla una profusión de conductas (*obtención, recepción, apropiación, compra, transferencia, importación, exportación, venta, transporte o distribución*) que dan lugar a solapamientos, toda vez que la obtención puede incluir sin mayores problemas interpretativos la compra, recepción y apropiación, y la distribución, la venta o exportación. La opción del prelegislador nacional de simplificar la enumeración de conductas debe valorarse positivamente, pues



el significado natural de los verbos típicos empleados resulta suficientemente concreto y expresivo y no supone la exclusión de ninguna de las conductas recogidas por el legislador europeo. Además, el proyectado artículo 248.2.e) CP es igualmente el vehículo adecuado para la transposición del apartado d) del artículo 5 Directiva, donde el legislador europeo no emplea la misma enumeración de conductas que en el artículo 4 d), sino que las reduce a la *"obtención, venta, transferencia y distribución y puesta a disposición de terceros"*. No se explica en la norma europea dicha diferencia de verbos típicos entre los artículos 4 d) y 5 d), que recogen conductas paralelas, si bien podría deberse al objetivo de adaptar el artículo 5 d) a los instrumentos de pago inmateriales. En cualquier caso, ello valida la elección de los verbos típicos por el prelegislador nacional, permitiendo una tipificación conjunta de ambos preceptos, respetando la sistemática de nuestro Código Penal.

**53.-** De otro lado, la segunda parte de los artículos 4 c) y 5 c), el delito de posesión para su utilización fraudulenta de instrumentos de pago falsificados o alterados se reconduce a las falsificaciones, mediante la reforma del artículo 399bis, apartado 2 CP (con ampliación del objeto), si bien el ánimo de utilización fraudulenta se circunscribe en este caso a la distribución o tráfico. Por ello, en caso de posesión de un instrumento de pago falsificado para otro uso fraudulento que no sea destinarlo a la distribución o el tráfico deberá acudir al nuevo apartado 4 del artículo 399bis CP: *"El que, para su utilización fraudulenta y a sabiendas de su falsedad, posea u obtenga, para sí o para un tercero, tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo será castigado con pena de prisión de 1 a 2 años"*.

**54.-** Se tipifica además en este nuevo apartado 4 del artículo 399 bis la conducta de *"obtención para uno mismo o para un tercero"* que aparece contemplada como infracción penal en los artículos 4 d) y 5 d) de la Directiva. Debe en este punto reiterarse que el conocimiento de la falsedad del instrumento de pago no se recoge como un elemento del tipo en relación con los instrumentos de pago materiales (artículo 4 c) y d) Directiva), aunque sí en relación con la posesión de instrumentos de pago inmateriales robados o falsificados (artículo 5 c) Directiva). Si bien en principio ello puede llevar a la consideración de que la Directiva pretende castigar las conductas de posesión y obtención de instrumentos de pago materiales de una forma más amplia, el hecho de que dicha posesión u obtención se tipifique como delito si y solo si es para una utilización fraudulenta, y si y solo si es intencional, implica la inevitabilidad del conocimiento de ese origen ilícito.



**55.-** Los artículos 4 y 5 de la directiva tipifican, como se viene señalando, conductas autónomas, previas al uso fraudulento de los instrumentos de pago materiales o inmateriales, en cumplimiento del objetivo de conseguir «un enfoque común de Derecho penal en lo que respecta a los elementos constitutivos de conductas delictivas que contribuyan o preparen el camino para el uso fraudulento real de un medio de pago distinto del efectivo. Conductas como la obtención y posesión de instrumentos de pago con un propósito fraudulento mediante, por ejemplo, prácticas de suplantación de identidad («phishing»), clonación o redireccionamiento de usuarios de servicios de pago a sitios web falsos, y su distribución, por ejemplo, mediante la venta de información sobre tarjetas de crédito en Internet, deben, por tanto, tipificarse como delitos en sí, sin que sea necesaria la utilización fraudulenta real de un medio de pago distinto del efectivo. Por lo tanto, tales conductas delictivas deben abarcar igualmente aquellas circunstancias en que la posesión, la obtención o la distribución no conduzcan necesariamente al uso fraudulento de tales instrumentos de pago» (Considerando 13).

**56.-** Ello conduce a dos conclusiones, la primera, ya apuntada anteriormente, que si finalmente se produce el uso fraudulento, el tipo autónomo quedará absorbido por el delito de resultado, sin perjuicio de los posibles concursos que pudieran apreciarse en determinados casos. En segundo lugar, que la correspondiente conducta tipificada en los proyectados apartados d) y e) del artículo 248.2 CP (sustracción, apropiación o adquisición ilícita, posesión, obtención, transferencia, distribución y puesta a disposición) es independiente de que se lleve a cabo o no un acto defraudatorio posterior, por lo que, si este no existe, deberá graduarse la pena de prisión de seis meses a tres años teniendo en cuenta las circunstancias enumeradas en el primer párrafo del artículo 249, o, en caso de tratarse de un delito de carácter leve, penarse con multa. En este sentido, el Anteproyecto que se informa introduce una modificación en el artículo 249 CP, estableciendo que *“En los supuestos de la letra e) del apartado 2 del artículo anterior se impondrá la pena en su mitad inferior”*, en lo que resulta una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad, y se adecua también a la rebaja de la pena que se realiza en el apartado 3 del artículo 9 de la Directiva, que para las infracciones contempladas en los apartados c) y d) de los artículos 4 y 5 marca en una duración máxima no inferior a un año, en vez de dos.

**57.-** Bajo la rúbrica *“fraude relacionado con los sistemas de información”*, el artículo 6 de la Directiva tipifica un delito de resultado, a través de medios determinados, con el elemento subjetivo de “ánimo de lucro”: *«la realización o causación de una transferencia de dinero, de valor monetario o de moneda virtual, con el ánimo de procurar un beneficio económico ilícito para el autor*



*o un tercero ocasionando en consecuencia un perjuicio patrimonial ilícito a otra persona, sea punible como infracción penal cuando se haya cometido intencionadamente: a) sin derecho a ello, obstaculizando o interfiriendo indebidamente en el funcionamiento de un sistema de información; b) sin derecho a ello, introduciendo, alterando, borrando, transmitiendo o suprimiendo indebidamente datos informáticos».*

**58.-** En el Código Penal, la interferencia ilegal o indebida en el funcionamiento de un sistema de información, entendida como el acceso no consentido, se encuentra tipificada como delito autónomo en el apartado 1 del artículo 197bis CP. Este delito fue introducido por LO 5/2010 de 22 de junio en el apartado 3 del artículo 197, y posteriormente reubicado en el artículo 197 bis por la LO 1/2015, de 30 de marzo, al efectuar la transposición de la Directiva 2013/40, (como destacaba el Preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, la tipificación independiente de esta figura pretende establecer una clara separación de los supuestos a los que se refiere el art. 197 CP, de acceso, apoderamiento o conocimiento irregular de datos o informaciones que afectan a la intimidad personal, frente a aquellos otros comportamientos en los que, aun existiendo un intromisión ilegal en datos o sistemas ajenos, no se ven afectados los datos de carácter personal o la intimidad de otro de manera directa). Por su parte, la introducción, alteración, borrado, transmisión o supresión indebida de datos informáticos también está tipificada como delito autónomo de daños informáticos en el artículo 264.1 CP, si bien el tipo exige un resultado grave. La introducción de estos delitos respondió legislativamente a los compromisos contraídos por España tras la Decisión Marco 2005/222/JAI, de 24 de febrero sobre medidas de protección contra los ataques a sistemas informáticos. A su vez, el artículo 264 bis.1 CP, añadido por LO 1/2015 de 30 de marzo, también con la finalidad de transponer la Directiva 2013/40, castiga a aquel que *obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema informático ajeno, bien a) realizando alguna de las conductas a que se refiere el artículo anterior, bien b) introduciendo o transmitiendo datos; o c) destruyendo, dañando, inutilizando, eliminando o sustituyendo un sistema informático, telemático o de almacenamiento de información electrónica* (se trata por tanto también de un delito de medios determinados). Como muchas de las conductas que contempla el art. 264 bis son reconducibles a las acciones típicas sancionadas en el art. 264. 1 CP, en una pluralidad de ocasiones la aplicación de una u otra figura típica vendrá determinada por la capacidad de la acción ilícita para afectar a la operatividad del sistema informático en su conjunto.

**59.-** La tipificación autónoma reseñada responde a la protección de bienes jurídicos diversos, de un lado, la privacidad y la intimidad (artículo 197 bis



CP), de otro, el patrimonio por el perjuicio derivado del daño material (artículos 264.1 y 264 bis CP).

**60.-** Como se vio anteriormente, el apartado 2 del artículo 248 recoge las formas asimiladas del delito de estafa, entre las que se encuentra la denominada estafa informática (apartado a). Su tipificación en el Código Penal de 1995 supuso una novedad que cubrió una importante laguna de nuestro sistema punitivo, debido a las dificultades que existían anteriormente para aplicar los elementos tradicionales de la estafa (engaño, error, desplazamiento patrimonial) a los fraudes informáticos, toda vez que una máquina no puede ser engañada y no comete un error. Subsiste, no obstante, tanto el ánimo de lucro como la llamada relación de causalidad, si bien en vez de la dinámica comisiva engaño-error entre sujeto activo y pasivo, el sujeto se vale de "alguna manipulación informática o artificio semejante" (entre otras, STS de 30 de mayo de 2009 [ECLI:ES:TS:2009:4164]). Debe ponerse de manifiesto que no son objeto de regulación en este precepto aquellas estafas comunes que hayan sido cometidas en la red, sino aquellas estafas cometidas por medio de manipulaciones informáticas, manipulaciones en el proceso de elaboración electrónica de cualquier clase y en cualquier momento, que tengan como finalidad la obtención de un beneficio económico que cause a un tercero un perjuicio patrimonial.

**61.-** Dentro del concepto manipulación informática o artificio semejante, doctrina y jurisprudencia han entendido comprendidas fundamentalmente la alteración o modificación de datos (introducción de nuevos datos, introducción de instrucciones, ocultación, etc.), guiándose por la aptitud del medio informático para producir el daño patrimonial (entre otras, STS de 9 de mayo de 2007 [ECLI:ES:TS:2007:3258]). Así, quedarían comprendidas técnicas como los caballos de troya, el *scam*, la técnica del salami, el *phishing*, el *pharming*, etc.

**62.-** De esta forma, el artículo 6 de la Directiva se encuentra ya tipificado en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 248.2 a) CP, pudiendo producirse, en caso de que la "manipulación o artificio" concretamente utilizado sea la obstaculización o interferencia en un sistema informático o su alteración, un concurso con el delito del artículo 264 bis del CP (por ejemplo, si el defraudador a la hora de llevar a cabo la manipulación informática o artificio semejante, ha provocado el borrado de datos del sistema informático atacado, o incluso la interrupción del sistema; el concurso será real, puesto que afecta cada una de las conductas a bienes jurídicos diferentes, debiendo cada una de ellas castigarse de modo independiente, aunque esto únicamente sucederá cuando los daños informáticos causados para la perpetuación de la



estafa sean más de los imprescindibles para la comisión de esta). Sin embargo, el prelegislador nacional ha optado por reformar el artículo 248.2 a) CP introduciendo de forma taxativa las conductas descritas en el artículo 6 de la Directiva *“a la vista de la no siempre jurisprudencia unificada al respecto, en tanto muchos de los nuevos desarrollos tecnológicos no encajan en la literalidad del artículo 248.2 a)”*, tal y como señala la MAIN. De esta forma, la estafa informática se tipifica en el Anteproyecto del siguiente modo: *“Los que, con ánimo de lucro, obstaculizando o interfiriendo indebidamente en el funcionamiento de un sistema de información o introduciendo, alterando, transmitiendo o suprimiendo indebidamente datos informáticos o valiéndose de cualquier otra manipulación informática o artificio semejante consigan una transferencia no consentida de cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro”*. Si bien, como se ha señalado, los conceptos de manipulación informática y artificio semejante pueden incluir multiplicidad de conductas, siempre que tengan *“aptitud para producir el daño patrimonial”*, entre las que aparentemente no debería haber problema para entender incluidas aquellas recogidas en el artículo 6 de la Directiva, nada hay que objetar a la modificación proyectada, en aras de una mayor concreción y respeto al principio de tipicidad, más teniendo en cuenta el rápido avance de las tecnologías. Además, el delito de estafa informática tipificado en el artículo 248.2.a) tanto en su redacción actual como en la proyectada requiere del ánimo de lucro y del resultado del perjuicio patrimonial, tal y como también se exige por el legislador europeo (*“con el ánimo de procurar un beneficio económico ilícito para el autor o un tercero ocasionando en consecuencia un perjuicio patrimonial ilícito a otra persona”*). Finalmente, la pena a imponer en el delito grave (seis meses a tres años de prisión) satisface la exigencia del apartado 4 del artículo 9 de la Directiva.

**63.-** El artículo 7 de la Directiva convierte en punibles actos preparatorios de los artículos anteriores (4 a) y b), 5 a) y b) y 6), concretamente la *«producción, obtención para uno mismo o para otra persona, incluida la importación, exportación, venta, transporte o distribución, o la puesta a disposición de terceros, de un dispositivo o instrumento, datos informáticos o cualquier otro medio diseñado principalmente, o adaptado específicamente, para cometer cualquiera de las infracciones a que se refieren el artículo 4, letras a) y b), el artículo 5, letras a) y b), o el artículo 6, al menos cuando se cometan con la intención de que se utilicen dichos medios, sean punibles como infracción penal»*.

**64.-** La introducción del inciso *“al menos cuando se cometan con la intención de que se utilicen dichos medios”*, permitiría una punición más amplia de dichas conductas, incluso cuando se cometieran desvinculadas de la intención



de perpetrar los delitos señalados. No obstante, no debe pasarse por alto que el Considerando 16 de la Directiva establece que *«atendiendo a la necesidad de evitar la tipificación como delito cuando tales herramientas se fabrican y comercializan con fines legítimos y no son una amenaza en sí mismas, aunque en ocasiones puedan utilizar para cometer infracciones penales, la tipificación se debe limitar a aquellas herramientas que estén concebidas principalmente o adaptadas específicamente con la intención de cometer las infracciones previstas en la presente Directiva»*.

**65.-** El vigente artículo 248.2 b) CP (añadido por LO 15/2003, de 25 de noviembre) castiga a *“los que fabricaren, introdujeran, poseyeran o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo”*. A su vez, el artículo 400 CP (añadido por LO 1/2015, de 30 de marzo) tipifica como delito *“la fabricación, recepción, obtención o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos y programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad, u otros medios específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los Capítulos anteriores”*. En consecuencia, en nuestro ordenamiento jurídico penal se encuentran ya tipificados diversos actos preparatorios tanto del delito de fraude informático, como de los delitos de falsedades documentales. Las conductas típicas descritas no son, sin embargo, exactamente coincidentes con las establecidas en el artículo 7 de la Directiva, donde se incluyen la venta, transporte y puesta a disposición de terceros (si bien por facilitación debe entenderse cualquier labor de transmisión). Del mismo modo, el artículo 7 acoge un objeto material más amplio, al hablar de *“medios diseñados principalmente o adaptados específicamente para cometer las infracciones”*. Ello conduce a la modificación de los artículos citados del CP para ampliar ambas cuestiones, conductas típicas y objeto material, en línea con la Directiva.

**66.-** Tanto en su redacción actual como en la reforma proyectada, los artículos 248.2.b) y 400 CP penalizan las conductas descritas de forma autónoma, adelantando la barrera de protección penal y desvinculándolas de la efectiva comisión o no de los delitos de estafa o falsedad. El inciso presente en ambos tipos *“específicamente destinados a la comisión de [los delitos] previstos en este artículo”* está destinado a excluir del tipo penal la fabricación, tenencia y tráfico legítimos de programas o útiles destinados a otras finalidades. Sin embargo, la realidad es que, en la mayoría de las ocasiones, los programas informáticos u otros materiales podrán tener varias utilidades, entre ellas, la de la comisión delictiva, de tal forma que para apreciar la existencia del delito, y toda vez que este es doloso (no cabe la comisión imprudente), deberá concurrir en el sujeto activo la intención de



que dichos programas o medios se utilicen para la comisión de un delito de estafa o falsedad, independientemente de que lleguen a utilizarse efectivamente o no, es decir, debe concurrir el dolo directo. Ello evita que se penalicen conductas como la mera codificación de *malware* para la investigación de seguridad informática, por ejemplo. Del mismo modo, dicha interpretación es la que resulta acorde a lo señalado en el anteriormente citado Considerando 16 de la Directiva.

**67.-** La Directiva también considera punibles la inducción y la complicidad, así como la tentativa, excluyendo en este último caso los delitos de los artículos 4 y 5 c) (posesión). Señala la MAIN del Anteproyecto que se informa que dicho artículo no precisa de transposición, apreciación correcta toda vez que de un lado el artículo 27 CP considera responsables criminales a los autores y los cómplices y el artículo 28 CP autores a los inductores, y, de otro, el artículo 15 CP establece que son punibles el delito consumado y la tentativa de delito.

**68.-** Las sanciones aplicables a las personas físicas se contemplan en el artículo 9 de la Directiva, respetándose en la reforma proyectada los límites mínimos de las penas máximas establecidas para los diferentes tipos penales, tal y como se ha ido exponiendo en los párrafos precedentes (artículos 249, 399 bis, 399bis 2, 399bis 4 y 400 CP). A mayor abundamiento, el apartado 6 del artículo 9 recoge una agravante explícita, la de la comisión de las conductas tipificadas en el marco de una organización delictiva, entendida esta con arreglo a la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo (Artículo 1.1: *una asociación estructurada de más de dos personas, establecida durante un cierto período de tiempo y que actúa de manera concertada con el fin de cometer delitos sancionables con una pena privativa de libertad o una medida de seguridad privativa de libertad de un máximo de al menos cuatro años o con una pena aún más severa, con el objetivo de obtener, directa o indirectamente, un beneficio económico u otro beneficio de orden material*), y estipulando una sanción de privación de libertad cuya duración no puede ser inferior a cinco años. Dicha agravante se incorpora a nuestro texto penal mediante la introducción de un nuevo apartado 3 en el artículo 250 CP, con el siguiente tenor: *“Los hechos descritos en el apartado 2 del artículo 248, cuando se hayan cometido en el seno de una organización o grupo criminal, serán castigados con la pena de prisión de 2 a 6 años y multa de seis a doce meses. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dicha organización o grupo criminal se aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado”*. La modificación se introduce a pesar de que, como señala la MAIN, la agravante podría ser aplicada por vía de concurso con el artículo 570 bis CP. No obstante, debe



valorarse positivamente la opción elegida por el prelegislador en aras del principio de seguridad jurídica. Se opta, por tanto, por un límite superior de la pena más elevado que el exigido por la Directiva, sin que en la MAIN o en la Exposición de motivos del Anteproyecto se dé razón de esta concreta elección, pudiendo haber resultado más acorde a la línea seguida por el CP en la agravación de otros delitos cometidos en el seno de un grupo criminal, la imposición de la pena superior en grado, lo que hubiera colmado igualmente las exigencias de la Directiva.

**69.-** En relación con el delito de falsificación en todas sus modalidades, este ya tiene actualmente fijada una pena cuyo límite superior es de ocho años, estando igualmente vigente la agravante de organización criminal, con imposición de pena superior en grado (artículo 399bis 1, *in fine*). También en este caso el prelegislador opta por castigar con mayor dureza que la Directiva las conductas tipificadas, si bien el Código Penal ya lo hace actualmente en relación con aquellas modalidades comisivas del delito de falsificación que se encuentran vigentes; debe destacarse, de otro lado, que nuestro ordenamiento jurídico configura el delito de falsificación como un delito de mayor gravedad que el delito de estafa, sin perjuicio de las agravantes aplicables a este último (artículo 250 CP), diferencia sustancial que no encuentra reflejo en la norma europea, pero, que, en todo caso, no tiene consecuencia, toda vez que la Directiva, como ya se ha señalado, es una norma de mínimos y no impide a los Estados miembros adoptar una legislación penal más estricta (Considerando 18).

**70.-** Procede detenerse en este punto en el Considerando 19 de la Directiva que señala «*Cuando una misma persona haya cometido una infracción prevista en la presente Directiva junto con otra, también prevista en ella, que en la práctica constituya un elemento necesario de la primera, el Estado miembro puede, con arreglo a los principios generales del Derecho nacional, determinar que tal conducta se considere una circunstancia agravante de la infracción principal*». Si bien dicha previsión no se contempla en el articulado del texto europeo, no resulta una consideración intrascendente, toda vez que la configuración de los tipos convierte en ineludible que dicha circunstancia pueda producirse con frecuencia. El ordenamiento penal español resuelve esta cuestión -como se ha visto en anteriores párrafos- no mediante subtipos agravados, sino mediante el concurso medial. Puesto que dicha circunstancia se castiga con la imposición de la pena superior a la que hubiera correspondido por la infracción más grave (artículo 77.3 CP), la consecuencia práctica (agravación) es la misma.



**71.-** Además de las sanciones aplicables a personas físicas, la Directiva regula la responsabilidad de las personas jurídicas (artículo 10) y las sanciones aplicables a estas (artículo 11). En síntesis, la Directiva exige que se adopten las medidas necesarias para que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones comprendidas en los artículos 3 a 8, y que esa responsabilidad esté sujeta a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias, que incluyan multas de carácter penal, o no, y que puedan incluir otras sanciones, entre las que se enumera, por ejemplo, la intervención judicial. Dichas disposiciones europeas no precisan de transposición, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico incorporó la responsabilidad de las personas jurídicas por LO 5/2010, de 22 de junio. Concretamente en relación con los delitos de estafa y falsificación dicha responsabilidad de contempla en los artículos 251 y 399 bis 1 CP, en relación con los artículos 31 bis y 33 CP.

**72.-** El Título III de la Directiva regula la competencia y la eficacia de las investigaciones (artículos 12 y 13), fijando como obligatorio para los Estados miembros establecer su jurisdicción cuando la infracción haya sido cometida total o parcialmente dentro de su territorio (entendido como presencia física del autor en el mismo) y/o el infractor sea uno de sus nacionales. Tanto la Ley Orgánica del Poder Judicial como la Ley de Enjuiciamiento Criminal responden a dichas exigencias, por lo que no resulta necesario hacer ninguna modificación legislativa en dichos textos.

**73.-** En cuanto al resto de las disposiciones de la Directiva, su objeto está desvinculado del contenido del Código Penal, por lo que dicho texto jurídico, a cuya modificación está destinado el Anteproyecto que se informa, no es, ni puede ser, el vehículo para su transposición.

## **V.2. Consideraciones sobre la reforma del artículo 285 del Código Penal para la correcta trasposición de la Directiva 2014/57/UE**

**74.-** Por LO 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional se llevó a cabo la transposición a nuestro ordenamiento interno de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado; la Directiva 2017/541/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de marzo de 2017, relativa a la lucha contra el terrorismo y la Directiva (UE) 2017/1371 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de julio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses



financieros de la Unión a través del Derecho penal, así como el perfeccionamiento de la transposición de la Directiva 2014/62/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 15 de mayo de 2014, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación. También se modificó el Código Penal para completar el régimen de prevención y persecución del delito de tráfico de órganos humanos adaptándolo a las previsiones contenidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra el tráfico de órganos humanos que se abrió a la firma en Santiago de Compostela el 25 de marzo de 2015.

**75.-** En relación con la transposición de la Directiva 2014/57/UE, se reformaron los artículos 284 y 285 CP, y se introdujeron los nuevos artículos 285 bis a 285 quater CP, a fin de abarcar todos los supuestos específicamente referidos en la norma europea.

**76.-** El artículo 3 de la Directiva 2014/57, que tipifica como infracción penal las operaciones con información privilegiada, es aplicable, según su apartado 3 a *«cualquier persona que posea la información privilegiada por encontrarse en alguno de los supuestos siguientes: a) ser miembro de los órganos de administración, gestión o supervisión del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión; b) participar en el capital del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión; c) tener acceso a dicha información en el ejercicio de su trabajo, profesión o funciones, o d) estar involucrada en actividades delictivas»*, extendiendo la aplicación a *«cualquier persona que obtenga información privilegiada en circunstancias distintas de las mencionadas en el párrafo primero cuando dicha persona sepa que se trata de información privilegiada»*. Según el artículo 7.2 de la citada Directiva dichos delitos deben castigarse con una pena cuya sanción máxima sea de privación de libertad de al menos cuatro años.

**77.-** Para la transposición de dichos aspectos, el artículo 285 CP estableció en su apartado 4 que *“a los efectos de este artículo, se entiende que tiene acceso reservado a la información privilegiada quien sea miembro de los órganos de administración, gestión o supervisión del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión, quien participe en el capital del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión, quien la conozca con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o en el desempeño de sus funciones, y quien la obtenga a través de una actividad delictiva”*, imponiendo una penalidad de *“prisión de seis meses a seis años, multa de dos a cinco años, o del tanto al triple del beneficio obtenido o favorecido o de los perjuicios evitados si la cantidad resultante fuese más elevada, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad*



*de dos a cinco años*", lo que colma las exigencias de la norma europea. No obstante, el apartado 5 de dicho artículo contempla la siguiente atenuante: *"cuando el responsable del hecho, sin tener acceso reservado a la información privilegiada, la obtenga de cualquier modo distinto de los previstos en el apartado anterior y la utilice conociendo que se trata de información privilegiada"*, rebajando para dichos casos la pena en un grado. Como se ha expuesto, tal rebaja de pena en dicha circunstancia no se contempla en la Directiva 2014/57, cuyo artículo 3.3. citado recoge expresamente que debe aplicarse a las personas que obtienen la información privilegiada en circunstancias distintas a las anteriormente mencionadas.

**78.-** Como consecuencia de ello, la Comisión adoptó el 25 de julio de 2019 la Carta de Emplazamiento 2019/2127, en la que concluye que la Directiva 2014/57/UE no ha sido transpuesta correctamente por el Reino de España, motivo por el cual el Anteproyecto que se informa introduce una modificación en el apartado 5 del artículo 285 consistente en eliminar la atenuante vigente actualmente, imponiendo las mismas penas establecidas en el apartado 1 a aquellas personas que *sin tener acceso reservado a la información privilegiada, la obtenga de cualquier modo distinto de los previstos en el apartado anterior y la utilice conociendo que se trata de información privilegiada. Con dicha reforma se colma el objetivo de transponer correctamente la norma europea, por lo que debe valorarse positivamente.*

**79.-** Con ello, se colman las exigencias de la Directiva 2014/57, finalizando su correcta transposición.

### **V.3. Modificación de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.**

**80.-** El artículo segundo del texto objeto de informe, como anteriormente se ha avanzado, viene referido a la modificación de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea con la finalidad principal de llevar a cabo la transposición de la Directiva (UE) 2019/884, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se modifica la Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo en lo que respecta al intercambio de información sobre nacionales de terceros países y al Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) y por la que se sustituye la Decisión 2009/316/JAI del Consejo, cuyo plazo de transposición finaliza el 28 de junio de 2022, como se indica en el artículo 3.1 de la Directiva.



**81.-** Las modificaciones recogidas en el artículo segundo APL responden a tres finalidades diferentes sobre las que se aborda en este informe, con idéntica sistemática, el estudio del texto proyectado. Estas finalidades son, en primer lugar, la transposición de la Directiva (UE) 2019/884; en segundo lugar, la conveniencia de incorporar de forma expresa algunos preceptos contenidos en el Reglamento (UE) 2019/816; y, finalmente, la oportunidad de introducir algunas mejoras en el sistema de intercambio de información de antecedentes penales con el resto de países de la UE.

**a) El principio de reconocimiento mutuo.**

**82.-** Con carácter previo al análisis del contenido del artículo segundo APLO, resulta conveniente recordar la importancia del principio de reconocimiento mutuo. Así, el Preámbulo de la Ley Orgánica 7/2014 se abre afirmando que la cooperación judicial de la Unión Europea se articula sobre la base de los principios básicos de la armonización de legislaciones y el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales, como se proclama en los artículos 67 y 82 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; que el principio de reconocimiento mutuo como pieza básica de la cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea, ha supuesto una auténtica revolución en las relaciones de cooperación entre los Estados miembros, al permitir que el reconocimiento y la ejecución o cumplimiento de las resoluciones judiciales traspase las fronteras del Estado donde se dictaron, para ser efectiva en los demás Estados y que este nuevo modelo de cooperación judicial conlleva un cambio radical en las relaciones entre los Estados miembros de la Unión Europea, al sustituir las antiguas comunicaciones entre las autoridades centrales o gubernativas por la comunicación directa entre las autoridades judiciales, lo que junto a otras medidas ha logrado simplificar y agilizar los procedimientos de transmisión de las resoluciones judiciales.

**83.-** En términos similares, el Preámbulo de la Ley 23/2014, de 20 de noviembre, de reconocimiento mutuo de resoluciones penales en la Unión Europea comienza afirmando que *"[m]ás de una década después de que el Tratado de Ámsterdam previera la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia en la Unión Europea, los Estados miembros, y entre ellos España, siguen reforzando sus mecanismos de cooperación judicial a través de la aplicación de sus dos principios básicos: la armonización de legislaciones y el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales"*; que *"[e]l principio de reconocimiento mutuo, basado en la confianza mutua entre los Estados miembros y consagrado en el Consejo Europeo de Tampere como la «piedra angular» de la cooperación judicial civil y penal en la Unión Europea, ha supuesto una auténtica revolución en las relaciones de cooperación entre los*



*Estados miembros, al permitir que aquella resolución emitida por una autoridad judicial de un Estado miembro sea reconocida y ejecutada en otro Estado miembro, salvo cuando concurra alguno de los motivos que permita denegar su reconocimiento" y que "[...] el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea ha supuesto la consagración como principio jurídico del reconocimiento mutuo, en el que, según su artículo 82, se basa la cooperación judicial en materia penal".*

**84.-** Cumple recordar que la cooperación judicial en materia penal "en relación con las causas y la ejecución de resoluciones" se contempló por primera vez en el artículo 31.a) del Tratado de la Unión Europea, como elemento básico para la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia.

**85.-** Como recuerda el Preámbulo de la Ley 23/2014, la cooperación judicial cobró una dimensión especialmente relevante al vincularse por el Tratado de Ámsterdam de 1997 a la libre circulación de personas dentro del Tratado de la Comunidad Europea. A partir de ese momento se puso de manifiesto la necesidad de regular aspectos esenciales de una comunidad política: la libre circulación de personas, bienes y capitales en un territorio común sin fronteras nacionales interiores, en conjunción con los necesarios niveles de seguridad y eficaz tutela judicial; impulsándose la creación de un "espacio de libertad, seguridad y justicia" que hiciera posible una protección jurídica transnacional de los ciudadanos europeos que conviven en un espacio común, donde resulta difícil perseguir conductas punibles, habida cuenta de la disparidad de legislaciones penales y procesales penales que en él conviven.

**86.-** El espacio de libertad, seguridad y justicia se convierte en una creación jurídica que implica el reconocimiento de la existencia de un área común en la que, por fuerza, los Estados miembros están llamados a compartir su soberanía. En ese marco, la clásica técnica de la cooperación judicial se revelaba insuficiente, por lo que se buscaron otras soluciones cuyos ejes son la confianza mutua entre los Estado miembros, la armonización o unificación de las líneas esenciales de sus ordenamientos penales y procesales penales, el reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y el necesario reforzamiento y simplificación de las diversas formas de cooperación policial y judicial transnacional (como por ejemplo, el Sistema de Información Schengen, SIS o Eurojust). Todos estos principios tienen como finalidad facilitar la prevención, investigación y enjuiciamiento de delitos por los órganos policiales y jurisdiccionales nacionales, así como la puntual y correcta ejecución de las resoluciones dictadas en los procesos penales, en un escenario en el que la delincuencia viene caracterizada por su



internacionalización, desarrollando estructuras complejas que despliegan su actividad en el territorio de distinto Estados, dando lugar a lo que se ha venido a denominar como la globalización de la criminalidad.

**87.-** El Consejo Europeo reunido en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999 reconoció que *"el principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales"* constituía la piedra angular de la cooperación en el ámbito penal. Con este principio se persigue, de manera principal, que las resoluciones judiciales dictadas en el marco de un procedimiento penal en cualquiera de los Estados miembros sean directamente ejecutables en los demás, aunque del mismo también se desprenden, de forma indirecta o refleja, algunos otros efectos, entre ellos el de que las resoluciones condenatorias anteriores deberán ser tenidas en consideración -principalmente, aunque no solo, como agravante- en los procesos penales posteriores celebrados dentro del espacio europeo.

**88.-** El Programa de la Haya del Consejo Europeo de 4 y 5 de noviembre de 2004 abogó por intensificar el intercambio de información de los registros nacionales de condenas e inhabilitaciones, elaborándose en 2005 el Libro Blanco relativo al intercambio de información sobre las condenas penales y sus efectos en la Unión Europea.

**89.-** Posteriormente se aprobaron la Decisión Marco 2008/675 JAI del Consejo, de 24 de julio, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal que tiene por objeto, como señala su considerando 2, poner en práctica el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales en materia penal, consagrado en el artículo 82.1 TFUE (anterior artículo 31 TUE) y la Decisión Marco 2008/315/JAI, de 26 de febrero de 2009, relativa a la organización y al contenido del intercambio de información de los registros de antecedentes penales entre Estados miembros que en España fueron objeto de transposición a través de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.

**90.-** Como ha señalado el Tribunal de Justicia (Sala Segunda) en la sentencia de 5 de julio de 2018, dictada en el asunto C-390/16 (ECLI:EU:C:2018:532) *"[...] es preciso que las autoridades competentes de los Estados miembros colaboren con diligencia y de manera uniforme en los intercambios de información sobre las condenas penales, con el fin de evitar que las autoridades judiciales nacionales que conocen de un nuevo proceso penal*



*contra una persona que ya ha sido objeto de resoluciones condenatorias dictadas por órganos jurisdiccionales de otros Estados miembros por otros hechos se pronuncien sin poder tomar en consideración tales resoluciones condenatorias anteriores."*

**b) Transposición de la Directiva (UE) 2019/884, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, por la que se modifica la Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo en lo que respecta al intercambio de información sobre nacionales de terceros países y al Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales (ECRIS) y por la que se sustituye la Decisión 2009/316/JAI del Consejo.**

**91.-** Según se recoge en el apartado V de la Exposición de Motivos del Anteproyecto, la referida transposición obliga a incorporar a la Ley Orgánica 7/2014 "[...] los artículos 1.4, 1.5 y 1.8, relativos respectivamente a petición de antecedentes al estado de condena para un certificado, respuesta a peticiones de otros Estados Miembros sobre ciudadanos de la UE y apátridas, inclusión de la "imagen facial" entre los datos del condenado y transmisión de información por otros medios en ausencia de ECRIS, añadiéndose, en todo caso, el término "medio seguro".

**92.-** Dicha incorporación se aborda a través de la modificación de los artículos 7.2; 10.3; 11.3 y 11.4 de la LO 7/2014, que serán los primeros que sean objeto de estudio en esta parte del informe.

**93.- El apartado cinco del artículo segundo del Anteproyecto** modifica el artículo 7.2 de la LO 7/2014, señalando que «2. *El Registro Central de Penados podrá, además, proporcionar información relativa a impresiones dactilares u otros datos biométricos obtenidos y conservados conforme al Derecho español, así como cualquier otra relativa a la condena que constase en el mismo*», adecuándose a la previsión recogida en el artículo 1.8 de la Directiva 2019/884 que adiciona en el artículo 11.1,c) de la Decisión Marco 2008/315/JAI, dentro de la información que deberá transmitirse, si la autoridad central dispone de ella (información complementaria), la necesidad de facilitar la "imagen facial", definida en el nuevo artículo 1.2,g) de la Decisión Marco como "una imagen digital del rostro de una persona".

**94.-** La biometría es un método de reconocimiento de personas basado en sus características fisiológicas o de comportamiento. En particular, las tecnologías biométricas fisiológicas utilizan parámetros derivados de la medición directa de algún rasgo físico corporal para identificar personas



como, por ejemplo, la huella dactilar, el reconocimiento facial, reconocimiento de iris o reconocimiento de la geometría de la mano.

**95.-** A través de la imagen facial a la que se refiere la Directiva 2019/884, imagen digital del rostro de una persona, como información que deberá transmitirse si la autoridad central dispone de ella, se reconoce a una persona a partir de la imagen de su rostro, identificando ciertos patrones como la distancia entre los ojos, la longitud de la nariz, el ángulo de la mandíbula, etc.

**96.-** El prelegislador ha optado por incorporar al Anteproyecto la referencia a los "*datos biométricos*", como concepto más amplio que el de imagen facial introducido por la Directiva 2019/884, sometiéndolos al requisito de que hayan sido obtenidos y conservados conforme al Derecho español.

**97.-** La Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril, relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales por parte de las autoridades competentes para fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, y a la libre circulación de dichos datos y por la que se deroga la Decisión Marco 2008/977/JAI del Consejo, establece las normas relativas a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de los datos personales por parte de las autoridades competentes, con fines de prevención, investigación, detección o enjuiciamiento de infracciones penales o de ejecución de sanciones penales, incluidas la protección y la prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública (artículo 1.1).

**98.-** El artículo 1.2 de la Directiva 2016/680 señala que de conformidad con la misma, los Estados miembros deberán garantizar que el intercambio de datos personales por parte de las autoridades competentes en el interior de la Unión, en caso de que el Derecho de la Unión o del Estado miembro exijan dicho intercambio, no quede restringido ni prohibido por motivos relacionados con la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales.

**99.-** La referida Directiva ha sido objeto de transposición en la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, de protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación y enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones



penales, cuya disposición adicional segunda, bajo la rúbrica de "[i]ntercambio de datos dentro de la Unión Europea", señala que:

*"El intercambio de datos personales por parte de las autoridades competentes españolas en el interior de la Unión Europea, cuando el Derecho de la Unión Europea o la legislación española exijan dicho intercambio, no estará limitado ni prohibido por motivos relacionados con la protección de las personas físicas respecto al tratamiento de sus datos personales".*

**100.-** El uso de esta tecnología biométrica supone un tratamiento de datos personales, en particular de datos biométricos, definidos en el artículo 5,l) de la Ley Orgánica 7/2021 como *"datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o de conducta de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos"*.

**101.-** Ha de recordarse que el propio Reglamento (UE) 2019/816, en el Considerando (25) afirma que *"[l]a utilización de datos biométricos es necesaria, ya que es el método más fiable tanto para la identificación de nacionales de terceros países en el territorio de los Estados miembros, que con frecuencia no están en posesión de documentos o cualquier otro medio de identificación, como para una correspondencia más fiable de los datos de los nacionales de terceros países."*

**102.-** En base a lo expuesto, y conforme a lo establecido en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 7/2021, resulta legítima la incorporación en el Anteproyecto de la referencia a los *"datos biométricos"*, como concepto más amplio que el de imagen facial introducido por la Directiva 2019/884. De esta forma, la habilitación legal para la cesión de estos datos biométricos se encontrará tanto en la referida Ley Orgánica 7/2021 como en la Ley Orgánica 7/2014, una vez entre el vigor la previsión recogida en el Anteproyecto.

**103.-** El apartado nueve del artículo segundo del Anteproyecto adiciona un segundo párrafo al artículo 10.3 de la LO 7/2014 con el siguiente contenido:

*«3. Cuando un ciudadano de la Unión Europea solicite la emisión de un certificado de antecedentes penales en España, deberá hacer constar su nacionalidad o nacionalidades de otro Estado miembro. En este caso, el*



*Registro Central de Penados solicitará a la autoridad central correspondiente que proporcione la información que pueda tener sobre dicha persona al objeto de completar su información.*

*Si el interesado tuviera la nacionalidad de un tercer país o fuera apátrida, el Registro Central de Penados consultará al Sistema centralizado con objeto de identificar al Estado o Estados miembros que pudieran poseer información sobre antecedentes penales de aquel, con el fin de obtener información sobre condenas anteriores a través de ECRIS para incluirlas en el certificado que se expida o dejar constancia negativa en caso contrario.»*

**104.-** Esta nueva previsión se corresponde con el artículo 1.4 de la Directiva 2019/884 que modifica el artículo 6 de la Decisión Marco añadiendo un nuevo apartado 3 bis con la siguiente redacción:

*"Si un nacional de un tercer país solicita a la autoridad central de un Estado miembro información sobre sus propios antecedentes penales, dicha autoridad central solamente remitirá a las autoridades centrales de los Estados miembros que conserven información de los antecedentes penales de dicha persona una solicitud de información y datos conexos en extracto de sus antecedentes penales e incluirá dicha información y datos conexos en el extracto que se facilite a la persona de que se trate."*

**105.-** El apartado diez del artículo segundo del Anteproyecto modifica el artículo 11 de la LO 7/2014, introduciendo un nuevo apartado 2 y respondiendo los apartados 3, 4 y 5 de este precepto a la modificación introducida en el artículo 7 de la Decisión Marco por el artículo 1.5 de la Directiva 2019/884, conforme al cual:

*"5) El artículo 7 se modifica como sigue:*

*a) el apartado 4 se sustituye por el texto siguiente:*

*«4. Si, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6, se solicita a la autoridad central de un Estado miembro que no sea el de nacionalidad de la persona información extractada del registro de antecedentes penales sobre condenas pronunciadas contra un nacional de un Estado miembro, el Estado miembro requerido transmitirá dicha información en las mismas condiciones que las previstas en el artículo 13 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal.»;*

*b) se añade el apartado siguiente:*

*«4 bis. Si, en virtud de lo dispuesto en el artículo 6, se solicita para un proceso penal información extractada del registro de antecedentes penales sobre condenas pronunciadas contra un nacional de un tercer país, el Estado miembro requerido transmitirá la información sobre las condenas*



*pronunciadas en su territorio e inscritas en el registro de antecedentes penales y sobre las condenas pronunciadas en terceros países y posteriormente transmitidas e inscritas en el registro de antecedentes penales.*

*Si dicha información se solicita para un fin distinto de un proceso penal, se aplicará lo dispuesto en el apartado 2 del presente artículo.»*

**106.-** Conforme a esta previsión, el Anteproyecto da nueva redacción a los apartados 3, 4 y 5 del artículo 11 de la LO 7/2014 previendo que:

*"3. Cuando un Estado miembro realice una petición de información penal acerca de un ciudadano nacional de otro Estado miembro para su utilización en un procedimiento penal o para cualquier otro fin, el Registro Central de Penados transmitirá a la autoridad central del Estado miembro requirente la información sobre las condenas que figuren inscritas, siempre que no estuviesen reservadas a Jueces y Tribunales españoles en la misma medida que lo dispuesto en el artículo 13 del Convenio Europeo de Asistencia Judicial en Materia Penal.*

*4. Si la solicitud se refiriese a un ciudadano de un tercer país o apátrida, el Registro Central de Penados transmitirá a la autoridad central del Estado miembro requirente la información sobre las condenas que figuren inscritas, siempre que no estuviesen reservadas a Jueces y Tribunales españoles, y sobre las condenas pronunciadas en terceros países y posteriormente transmitidas e inscritas en el Registro.*

*5. Si la solicitud de información penal fuera para fines distintos de un procedimiento penal, el Registro Central de Penados transmitirá a la autoridad central del Estado requirente la información penal que no estuviese reservada a Jueces y Tribunales, siempre que se acredite el consentimiento expreso del interesado, salvo que el mismo no fuera necesario conforme al Derecho español para procedimientos de idéntica naturaleza.*

*En tal caso, el Registro Central de Penados transmitirá las condenas pronunciadas contra ciudadanos españoles que figuren inscritas siempre que el Estado de condena no se hubiera opuesto a esa retransmisibilidad, en cuyo caso se informará al Estado requirente acerca del Estado en que se dictó la condena, a los efectos oportunos.»"*

**107.-** A pesar de que no viene recogido como tal en la MAIN, se observa que el nuevo apartado 5 del artículo 11 LO 7/2014 se corresponde con la remisión efectuada, en el segundo párrafo del artículo 7,4 bis de la Decisión Marco, a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 7 de la misma, aplicable a aquellos supuestos en que la información se solicite para un fin distinto de un proceso penal, sugiriéndose por ello que se efectúe la correspondiente adecuación del contenido de la Memoria que acompaña al Anteproyecto.



**c) Conveniencia de incorporar de forma expresa algunos preceptos contenidos en el Reglamento (UE) 2019/816.**

**108.-** Junto a la finalidad principal de transposición de la Directiva (UE) 2019/884, explica el párrafo segundo del apartado V de la Exposición de Motivos del Anteproyecto que "*[...] razones de seguridad jurídica hacen conveniente incorporar en dicha ley orgánica de forma expresa algunos preceptos contenidos en el Reglamento (UE) 2019/816, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, como son los referentes a la ampliación de información de identidad a cualquier dato biométrico de acuerdo con el derecho nacional la incorporación de huellas de ciudadanos que ostenten dos nacionalidades, una de ellas comunitaria, y, por último, la determinación de las circunstancias en las que la Autoridad central autorizará a Eurojust a comunicar a un tercer estado requirente el nombre del Estado que posea la información solicitada*".

**109.-** Desde el punto de vista terminológico, se sugiere que la referencia a la nacionalidad de alguno de los Estados miembros no se califique de "comunitaria" toda vez que el término "comunitario/a" ha quedado excluido con el tránsito de las Comunidades Europeas a la Unión Europea.

**110.-** A tal efecto, la modificación proyectada de los artículos 7 bis 2, 7 bis 3 y 11 bis de la LO 7/2014, a que se refieren los **apartados seis y once del Anteproyecto**, responde a la conveniencia invocada por el prelegislador de incorporar a la Ley Orgánica 7/2014, de forma expresa, algunos preceptos contenidos en el Reglamento (UE) 2019/816, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril, por el que se establece un sistema centralizado para la identificación de los Estados miembros que poseen información sobre condenas de nacionales de terceros países y apátridas (ECRIS-TCN) a fin de complementar el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales, y por el que se modifica el Reglamento (UE) 2018/1726.

**111.-** El referido Reglamento, conforme a lo dispuesto en el párrafo segundo del artículo 288 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), antiguo artículo 249 TCE, es directamente aplicable y obligatorio en todos sus elementos y, a priori, no deja más margen de configuración normativa a los Estados miembros que el que ofrezcan, en su caso, sus habilitaciones específicas.

**112.-** No obstante, cabe recordar que la aplicabilidad directa de los reglamentos no excluye una labor puntual de desarrollo para esa aplicación



de la normativa de los Estados miembros y así lo reconoce expresamente el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, al destacar que, *"si bien, en razón de la propia índole de los Reglamentos y de su función en el sistema de las fuentes del Derecho comunitario, sus disposiciones tienen, por lo general, un efecto inmediato en los ordenamientos jurídicos nacionales, sin que sea preciso que las autoridades nacionales adopten medidas de aplicación, algunas de sus disposiciones pueden requerir, para su ejecución, la adopción de medidas de aplicación por los Estados miembros"* (STJCE de 11 de enero de 2001, Monte Arcosu, C-403/98, apartado 26).

**113.-** En lo que atañe a las competencias del C.G.P.J., procede poner de manifiesto que junto a la justificación recogida en la Exposición de Motivos, anteriormente transcrita, en la MAIN (páginas 24 y 25) se incluye, de forma individualizada, para cada uno de los preceptos del Reglamento afectados, la justificación a que obedece su incorporación al Anteproyecto, con un contenido que, como seguidamente se expondrá, viene a completar o precisar las condiciones que fijan los artículos del Reglamento, en orden a adaptar su contenido y significado a nivel nacional, facilitando de esta forma su aplicación.

**114.-** El **apartado seis del Anteproyecto** introduce en la Ley Orgánica 7/2014 un nuevo artículo 7 bis, rubricado *"[c]ontenido de la información a remitir al Sistema Centralizado"*, del siguiente tenor:

*«1. Salvo en caso de desconocimiento, la información sobre el condenado que el Registro Central de Penados remita de oficio, como autoridad del Estado de condena, al Sistema Centralizado incluirá los datos a que hace referencia el artículo 5.1 del Reglamento (UE) 2019/816.*

*2. Los datos dactiloscópicos del condenado se remitirán siempre que se hayan recogidos durante el proceso penal y, en todo caso, cuando el nacional de un tercer país o apátrida haya sido condenado a una pena de privación de libertad de un mínimo de seis meses. Esta previsión resultará igualmente de aplicación cuando el nacional de un tercer país condenado ostente también la nacionalidad de algún país de la Unión Europea.*

*3. Cuando el Derecho español permita la recogida y conservación de las imágenes faciales u otros datos biométricos del condenado, podrá remitirse dicha información al Sistema Centralizado, respecto de nacionales de terceros países o apátridas condenados en España.»*

**115.-** Por lo que respecta a la referencia a los datos biométricos distintos de la imagen facial y a la legitimidad de esta previsión incorporada por el prelegislador ha de darse aquí por reproducido lo manifestado al tratar de la



modificación del artículo 7.2 de la LO 7/2014, prevista en el apartado cinco del artículo segundo del Anteproyecto.

**116.- El apartado once del artículo segundo del Anteproyecto** adiciona a la Ley Orgánica 7/2014 un nuevo artículo 11 bis del siguiente tenor:

*"Artículo 11 bis. Respuesta a consultas formuladas por Eurojust  
«Cuando la Autoridad Central reciba una consulta de Eurojust en los términos previstos en el artículo 17.3 del Reglamento (UE) 2019/816, con carácter previo a otorgar o no el consentimiento previsto en dicho artículo, ponderará en todo caso que las circunstancias por las que terceros países u organizaciones internacionales requieren dicha información, se adecúan a la normativa en materia de cooperación judicial en materia penal.»"*

**117.-** El referido artículo 17 del Reglamento (UE) 2019/816 dispone lo siguiente:

*"Artículo 17 Punto de contacto para terceros países y organizaciones internacionales*

*1. A los efectos de procesos penales, los terceros países y las organizaciones internacionales podrán dirigir sus solicitudes de información, en su caso, sobre el Estado miembro que posea información sobre antecedentes penales de nacionales de terceros países a Eurojust. Para ello deberán usar el formulario normalizado que figura en el anexo del presente Reglamento.*

*2. Cuando Eurojust reciba una solicitud en virtud de lo dispuesto en el apartado 1, utilizará el ECRIS-TCN para identificar qué Estado o Estados miembros, en su caso, poseen información sobre antecedentes penales del nacional de un tercer país de que se trate.*

*3. Cuando haya una respuesta positiva, Eurojust preguntará al Estado miembro que posea información sobre antecedentes penales del nacional del tercer país de que se trate si permite que Eurojust comunique al tercer país u organización internacional el nombre de dicho Estado miembro. Cuando el Estado miembro dé su consentimiento, Eurojust comunicará al tercer país u organización internacional el nombre de dicho Estado miembro, e informará al tercer país u organización internacional del modo en que pueden solicitar extractos de los antecedentes penales a dicho Estado miembro, conforme a los procedimientos aplicables.*

*4. En caso de ausencia de respuesta positiva o en caso de que Eurojust no pueda responder, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3, a las solicitudes formuladas en virtud del presente artículo, informará al tercer país o a la organización internacional de que se trate de que ha concluido el*



*procedimiento, sin indicar si uno de los Estados miembros posee información sobre los antecedentes penales de la persona de que se trate.”*

**118.-** En el Considerando (33) del Reglamento (UE) 2019/816, se recoge que *“Eurojust, Europol y la Fiscalía Europea, deben tener acceso al ECRIS-TCN para identificar a los Estados miembros que posean información sobre antecedentes penales de un nacional de un tercer país, con el fin de poder desempeñar las funciones que le han sido encomendadas. Eurojust también debe tener acceso directo al ECRIS-TCN al efecto de llevar a cabo sus funciones, en virtud de lo dispuesto en el presente Reglamento, de actuar como punto de contacto para terceros países y organizaciones internacionales, sin perjuicio de la aplicación de los principios de la cooperación judicial en materia penal, incluidas las normas en materia de asistencia judicial. Si bien debe tenerse en cuenta la posición de los Estados miembros que no forman parte de la cooperación reforzada por la que se establece la Fiscalía Europea, no debe denegarse a esta el acceso a la información sobre condenas solo porque el Estado miembro de que se trate no forme parte de dicha cooperación reforzada.”*

**119.-** A tal efecto, el artículo 7.3 del referido Reglamento, anteriormente transcrito, dispone que Eurojust, (al igual que Europol y la Fiscalía Europea) podrán consultar el ECRIS-TCN para identificar a los Estados miembros que posean información sobre antecedentes penales de un nacional de un tercer país, si bien no introducirán, rectificarán ni suprimirán datos en el ECRIS-TCN.

**120.-** Se ha de destacar, a fin de valorar la posible introducción de una referencia al respecto, que se encuentra en tramitación el Anteproyecto de Ley por la que se adapta al ordenamiento nacional el Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre Eurojust, y se regulan los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el exterior, cuyo Informe fue aprobado en el Pleno de este órgano constitucional celebrado el día 25 de marzo de 2021.

**121.-** Debe igualmente significarse la aprobación de la reciente Ley Orgánica 9/2021, de 1 de julio, de aplicación del Reglamento (UE) 2017/1939 del Consejo, de 12 de octubre de 2017, por el que se establece una cooperación reforzada para la creación de la Fiscalía Europea.



**d) Oportunidad de mejora de la regulación vigente.**

**122.-** Siguiendo la sistemática anteriormente avanzada, cumple abordar en último término el contenido del artículo segundo del Anteproyecto que se debe, según se recoge en el párrafo tercero del apartado V de la Exposición de Motivos del Anteproyecto, "[...] a la oportunidad de reformar determinados aspectos relativos al intercambio de información de antecedentes penales con el resto de países de la UE que venían siendo regulados tanto en la actual Ley Orgánica 7/2014 como en el RD 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema integrado de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia y así modificar la rigidez del actual sistema que impide la retransmisibilidad de todas las sentencias dictadas en España, de acuerdo con la Decisión Marco 2009/315 respecto tanto de condenas dictadas por los Tribunales españoles como de las recibidas de las autoridades centrales de otros Estados Miembros, sustituyéndolo por otro más flexible y acorde con el principio de reciprocidad, con arreglo al tratamiento que le dan otros Estados a este parámetro."

**123.-** De los preceptos modificados que responden a esta finalidad de mejora de la regulación vigente ha de destacarse el **apartado tres del artículo segundo del Anteproyecto**, que incorpora al artículo 5.1 de la Ley Orgánica 7/2014 la obligatoriedad de remisión al Registro Central de Delincuentes Sexuales, de forma automática, de "las condenas impuestas por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales o por trata de seres humanos con fines de explotación sexual, incluyendo la pornografía", en los supuestos en que la notificación se refiera a menores de edad penal de acuerdo con la legislación del Estado de condena o la legislación nacional.

**124.-** En relación con el referido Registro Central de Delincuentes Sexuales ha de ponerse de manifiesto que del Convenio para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, hecho en Lanzarote el 27 de octubre de 2007, y ratificado por España en el año 2010 (BOE de 12 de noviembre de 2010) y de la Directiva 2011/93/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo, se desprenden las siguientes cuatro cuestiones, diferentes, pero íntimamente interrelacionadas.

**125.-** En primer lugar, la necesidad de articular la obligación de almacenar los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de todas las personas condenadas por cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al Convenio de Lanzarote, obligación que el Tratado impone sin limitación alguna:



«Registro y almacenamiento de datos

Artículo 37. Registro y almacenamiento de datos nacionales sobre los delincuentes sexuales convictos.

1. A efectos de la prevención y enjuiciamiento de los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio, cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para recoger y almacenar, de conformidad con las disposiciones aplicables sobre protección de datos de carácter personal y otras normas y garantías apropiadas que el derecho interno prevea, los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por los delitos tipificados con arreglo al presente Convenio.

2. Cada Parte, en el momento de la firma o del depósito de su instrumento de ratificación, aceptación, aprobación o adhesión, comunicará al Secretario General del Consejo de Europa el nombre y dirección de una sola autoridad nacional responsable a los efectos del apartado 1.

3. Cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para que la información a que hace referencia el apartado 1 pueda transmitirse a la autoridad competente de otra Parte, de conformidad con las condiciones establecidas en su derecho interno y los instrumentos internacionales pertinentes.»

**126.-** En España, esta obligación se incorporó a nuestro Derecho interno a través del artículo 129 bis del Código Penal, adicionado por Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, con el siguiente tenor literal (el subrayado es nuestro):

«Artículo 129 bis.

*Si se trata de condenados por la comisión de un delito grave contra la vida, la integridad de las personas, la libertad, la libertad o indemnidad sexual, de terrorismo, o cualquier otro delito grave que conlleve un riesgo grave para la vida, la salud o la integridad física de las personas, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva, el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas de su persona y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial. Únicamente podrán llevarse a cabo los análisis necesarios para obtener los identificadores que proporcionen, exclusivamente, información genética reveladora de la identidad de la persona y de su sexo.*

*Si el afectado se opusiera a la recogida de las muestras, podrá imponerse su ejecución forzosa mediante el recurso a las medidas coactivas mínimas indispensables para su ejecución, que deberán ser en todo caso proporcionadas a las circunstancias del caso y respetuosas con su dignidad.»*



**127.-** Aun cuando no forme parte del Anteproyecto objeto del presente informe, pero entendiéndose como cuestión vinculada al mismo, atendido el carácter imperativo de la obligación impuesta por el artículo 37 del Convenio de Lanzarote, no sometida a limitación o condición alguna, se sugiere nuevamente al prelegislador valorar la conveniencia de modificar en el artículo primero del Anteproyecto la regulación actual de la obligación de almacenar los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de todas las personas condenadas por cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al Convenio de Lanzarote, plasmada en el artículo 129 bis CP, incluso a través de su configuración como pena privativa de derechos (art. 39 CP), a fin de garantizar el debido cumplimiento de la obligación de almacenar los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al Convenio de Lanzarote, como exige el citado Tratado Internacional, ratificado por España.

**128.-** Esta observación que se entiende necesaria, dado el carácter imperativo y no sometido a limitación o condición alguna de la obligación impuesta por el Convenio de Lanzarote, ratificado por España, ha sido igualmente puesta de manifiesto por este órgano constitucional con ocasión del informe aprobado por el Pleno el 30 de mayo de 2019 en relación con el Anteproyecto de Ley Orgánica de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia y en el Informe aprobado el 25 de junio de 2020 sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica de Protección de datos personales tratados para fines de prevención, detección, investigación o enjuiciamiento de infracciones penales y de ejecución de sanciones penales, así como de protección y prevención frente a las amenazas contra la seguridad pública.

**129.-** Además, por lo que respecta a los datos genéticos, definidos en los mismos términos en el artículo 4.13) del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE y en el artículo 3.12) de la Directiva (UE) 2016/680, ha de destacarse que la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, no ha sufrido modificación alguna desde su publicación, por lo que se sugiere valorar la conveniencia de adaptar dicha norma a las nuevas previsiones de la normativa de protección de datos.

**130.-** En segundo lugar, del Convenio de Lanzarote y de la Directiva 2011/93/UE deriva la creación de un registro de delincuentes sexuales, como



medida administrativa adicional, al margen de la obligación que el Convenio de Lanzarote impone a los Estados miembros de adoptar las medidas necesarias para almacenar los datos relativos a la identidad y perfil genético de las personas condenadas por los delitos tipificados con arreglo al Convenio de Lanzarote. Esta medida se recoge en el Considerando 43 de la Directiva 2011/93/UE, que contempla la posibilidad de establecer registros de delincuentes sexuales, si bien como decimos, como medida administrativa adicional y cuyo carácter es potestativo para los Estados miembros de la Unión:

*«Los Estados miembros podrán considerar la adopción de medidas administrativas adicionales en relación con los delincuentes, tales como establecer la inscripción de personas condenadas por las infracciones contempladas en la presente Directiva en registros de delincuentes sexuales. El acceso a estos registros debe estar sujeto a limitaciones con arreglo a los principios constitucionales nacionales y las normas aplicables en materia de protección de datos, por ejemplo permitiendo el acceso solamente a las autoridades judiciales o a los cuerpos y fuerzas de seguridad.»*

**131.-** En tercer y cuarto lugar, del citado Convenio de Lanzarote y de la Directiva 2011/93/UE se desprende tanto la inhabilitación derivada de sentencias condenatorias como el derecho del empleador a ser informado de las condenas por infracciones sexuales contra menores al contratar personal para puestos que impliquen contactos directos y regulares con menores, tratándose de cuestiones recogidas en el Considerando (40) y el artículo 10 de la Directiva 2011/93/UE, abordadas, entre otras normas, en la reciente Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia.

**132.-** Los **apartados nueve y diez del artículo segundo del Anteproyecto** modifican, respectivamente, los apartados 1 y 3 del artículo 10 y el artículo 11, ambos de la LO 7/2014. Ha de destacarse que la previsión introducida en el cuarto párrafo del artículo 10.1 y en el primer párrafo del artículo 11.5 de la LO 7/2014 en relación con la necesidad de contar con el consentimiento expreso del interesado cuando la finalidad de la consulta o solicitud de información penal vaya dirigida a fines distintos del proceso penal constituye la base jurídica exigible y necesaria para acceder a los referidos datos.



**e) Otras disposiciones.**

**133.-** La **disposición adicional primera del Anteproyecto**, bajo la rúbrica de "[r]eferencias normativas" establece que "[a] partir de la entrada en vigor de esta ley orgánica, las referencias que se encuentran en cualquier norma referidas al Registro Central de Penados y Rebeldes se entenderán hechas al Registro Central de Penados", incorporando el texto remitido esta modificación en algunos preceptos, como en el artículo 136.4 del Código Penal (apartado uno del artículo primero del Anteproyecto) o en el artículo 9 de la Ley Orgánica 7/2014 (apartado ocho del artículo segundo del Anteproyecto) lo que merece una valoración favorable.

**134.-** Igualmente, a través de la **disposición adicional segunda** el Anteproyecto viene a establecer el sentido negativo del silencio en los procedimientos de cancelación de la inscripción de antecedentes penales en el Registro Central de Penados iniciados a instancia del interesado, de manera que una vez transcurrido el plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, la solicitud se entenderá desestimada; adecuándose el texto proyectado a la exigencia establecida en el artículo 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.

**135.-** Cabe destacar que esta previsión se encuentra en consonancia con la recogida en el apartado uno de la disposición final segunda del Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Digital del Servicio Público de Justicia que modifica el párrafo segundo del artículo 252 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal señalando que "[e]n los procedimientos de cancelación de la inscripción de antecedentes penales en el Registro Central de Penados iniciados a instancia del interesado, una vez transcurrido el plazo máximo establecido sin que se haya dictado y notificado resolución expresa, la solicitud se entenderá desestimada". No obstante, ha de someterse a la consideración del prelegislador la valoración de la conveniencia de modificar el sentido del silencio, atendidas las consecuencias del silencio negativo a efectos de la reincidencia prevista como circunstancia agravante en el artículo 22,8ª de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

**136.-** Finalmente, la **disposición final segunda del Anteproyecto**, relativa al "[t]ítulo competencial" señala que los artículos primero y segundo se dictan al amparo de la competencia exclusiva atribuida al Estado en el artículo 149.1.6.ª de la Constitución, mientras que la modificación de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, con la creación del Registro Central de Menores, a que se refiere



la disposición adicional tercera del Anteproyecto se efectúa al amparo de lo dispuesto en el artículo 149.1.5 de la Constitución, que atribuye al Estado la competencia exclusiva en materia de Administración de Justicia, resultando, a juicio de este órgano constitucional, pertinentes los títulos competenciales invocados.

## **VI. CONCLUSIONES**

**PRIMERA.-** El Anteproyecto de Ley Orgánica que se informa contempla en su artículo primero la modificación de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, como medio más adecuado para la trasposición de la Directiva (UE) 2019/713 del Parlamento Europeo y del Consejo de 17 de abril de 2019, sobre lucha contra el fraude y la falsificación de medios de pago distintos del efectivo y por la que se sustituye la Decisión Marco 2001/413/JAI del Consejo (Directiva 2019/713). Adicionalmente, las modificaciones del Código Penal se amplían a la correcta trasposición de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado (Directiva 2014/57), toda vez que la Comisión adoptó el 25 de julio de 2019 la Carta de Emplazamiento 2019/2127, en la que concluye que la misma no ha sido transpuesta correctamente por el Reino de España.

**SEGUNDA.-** La Directiva 2019/713 recoge una serie de conductas en sus artículos 3 a 8 para cuya tipificación como infracciones penales en los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros debe partirse de las definiciones contenidas en el artículo 2. En este sentido, a través del nuevo artículo 399 ter el prelegislador nacional reproduce el artículo 2.a) de la Directiva 2019/713.

**TERCERA.-** En su vigente redacción, el Código Penal tipifica en el apartado 1 del artículo 248 CP el tipo básico de estafa, y en su apartado 2 las tres modalidades asimiladas: a) la estafa informática (que se encontraba ya tipificada en el texto original de 1995), b) fabricar, introducir, poseer o facilitar programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas (introducido por LO 15/2003, de 25 de noviembre); c) utilización de tarjetas de crédito o débito, o cheques de viaje, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, para realizar operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero (introducido, como se ha dicho, por LO 5/2010, de 22 de junio).



**CUARTA.-** Por su parte, el artículo 399 bis tipifica la alteración y falsificación de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje; la tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados destinados a la distribución o tráfico; y el uso, en perjuicio de otro y a sabiendas de su falsedad, de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados.

**QUINTA.-** La regulación vigente precisa indudablemente de su reforma para una adecuada transposición de la Directiva 2019/713, no solo para la mera extensión del objeto a los instrumentos de pago inmateriales y otros instrumentos de pago materiales más allá de los contenidos en los artículos 248.2 c) y 399 bis (tarjetas de crédito, débito y cheques de viaje), sino para la modificación y ampliación de las conductas típicas. En esa tarea, el prelegislador nacional, tal y como se recoge en la MAIN, ha optado, *"manteniendo la sistemática de nuestro texto punitivo, por explicitar todas las conductas cuya tipificación autónoma exige la Directiva, bien vinculándolas al ámbito de la estafa (fraude), bien a las falsedades"*.

**SEXTA.-** La Directiva contempla, en primer lugar, en su artículo 3, el delito de utilización fraudulenta de los instrumentos de pago distintos del efectivo (ya sean materiales o inmateriales) que hayan sido objeto (a) de robo o de otra forma de apropiación u obtención ilícita o (b) de falsificación o alteración. Si bien la norma europea no explicita en su redacción la concurrencia de un conocimiento del origen ilícito del instrumento de pago, la tipificación de la conducta como "fraudulenta" e intencionada convierte en consustancial a la misma el ánimo defraudatorio o de engaño, es decir, el conocimiento de que se está utilizando un instrumento de pago de origen ilícito.

**SÉPTIMA.-** El prelegislador nacional ha optado por reconducir cada una de las conductas alternativas contempladas en el artículo 3 de la Directiva a dos tipos penales diferentes de nuestro Código Penal. En primer lugar, la utilización fraudulenta de instrumentos de pago distintos del efectivo *robados u obtenidos ilícitamente* se sitúa en el ámbito de las estafas, en su modalidad impropia, ampliando el objeto del apartado c) del artículo 248.2 CP a *"cualquier otro medio de pago distinto del efectivo"*, e incorporando el adjetivo *"fraudulenta"*, actualmente ausente del tipo, y que permite determinar el ánimo defraudatorio y el origen ilícito. En segundo lugar, la conducta de utilización fraudulenta de un instrumento de pago distinto del efectivo *falsificado o alterado* se reconduce por el prelegislador nacional al artículo 399 bis, apartado 3, mediante la ampliación a *"cualesquiera otros instrumentos de pago distintos del efectivo"*, de tal forma que el uso sigue estando, *a priori*, desvinculado de la acción de falsificación (*"el que sin haber*



*intervenido en la falsificación*") tipificada en el apartado 1 de dicho artículo, sin perjuicio del posible concurso medial.

**OCTAVA.-** La opción del prelegislador de reconducir los artículos 3 a) y 3 b) de la Directiva a dos tipos penales diferentes parece responder a la existencia puesta de manifiesto por la doctrina y la jurisprudencia de un concurso de normas entre el artículo 399bis.3 y 248.2.c) en caso de que los instrumentos de pago sean falsificados, que debe resolverse a favor del artículo 399bis.3, con una pena de dos a cinco años de prisión (lo que a su vez, colmaría las exigencias del artículo 9.2 de la Directiva), quedando reservado el artículo 248.2 c), y a pesar de no recogerse explícitamente en el tipo, a los casos en los que el instrumento de pago utilizado fraudulentamente no haya sido falsificado, sino *sustraído o robado* (STS de 21 de diciembre de 2011).

**NOVENA.-** Parece presentarse en este punto una dificultad: el artículo 9.2 de la Directiva exige que las infracciones del artículo 3 se castiguen con una pena de privación de libertad cuya duración máxima no sea inferior a dos años; El artículo 249 CP, por su parte, vincula la penalidad de todas las modalidades de estafa a la cantidad defraudada, de tal forma que, si esta es inferior a 400 euros, la pena es de multa de uno a tres meses. El artículo 249 se modifica en el Anteproyecto que se informa, pero no afecta a la distinción en este extremo, que se mantiene. Esta problemática es extensible a todos los delitos asimilados de estafa que se tipifican en la reforma proyectada del apartado 2 del artículo 248 en transposición de la Directiva, y pudiera llevar a la conclusión de que se realiza una transposición deficiente. No obstante, el principio de proporcionalidad de las penas debe ser respetado por el derecho comunitario y nacional (artículo 49 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea), de tal forma que, partiendo de que la Directiva impone a los Estados la obligación de establecer unas determinadas penas (con diferentes límites mínimos de duración máxima) a lo que procede entender como delitos que se consideran graves (y así se desprende de los Considerandos del texto, concretamente del Considerando 4 y su referencia explícita a los delitos graves), no impone necesariamente la aplicación de las mismas penas a toda la extensión de conductas de diversa gravedad que podrían estar abarcadas por los tipos penales, especialmente a aquellas de carácter leve. El legislador nacional, siempre que cumpla con la obligación de establecer una pena para dichas conductas delictivas cuya duración máxima de privación de libertad no sea inferior al límite establecido por el legislador europeo, puede y debe, tal y como señala el propio artículo 9, establecer *sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias*, que tengan en cuenta el diferente desvalor de la acción y el resultado. En este sentido, dado que el artículo 249 CP establece una pena que abarca desde un mes a tres meses



de multa para el delito leve y de seis meses hasta los tres años de prisión para los reos de delito grave de estafa, para cuya fijación, además, *“se tendrá en cuenta el importe de lo defraudado, el quebranto económico causado al perjudicado, las relaciones entre éste y el defraudador, los medios empleados por éste y cuantas otras circunstancias sirvan para valorar la gravedad de la infracción”*, debe entenderse que las conductas graves que pueden afectar al mercado único europeo se encuentran efectiva y correctamente penadas con prisión cuyo límite máximo no es inferior a dos años, tal y como exige el apartado 2 del artículo 9 de la Directiva.

**DÉCIMA.-** A continuación, la Directiva contempla en sus artículos 4 y 5 las conductas previas, relacionadas pero no necesariamente vinculadas, al uso fraudulento, relativas respectivamente a los medios de pago materiales e inmateriales.

**DECIMOPRIMERA.-** El artículo 4 a) de la Directiva tipifica la sustracción o la apropiación ilícita de un instrumento de pago **material** distinto del efectivo; el prelegislador opta por tipificar de manera autónoma en el artículo 248, apartado 2, dicha conducta añadiendo un nuevo apartado d): *“los que, para su utilización fraudulenta, sustraigan, se apropien o adquieran de forma ilícita tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo”*. Ello colma adecuadamente y de forma clara las exigencias de la Directiva, sin perjuicio de que pueda producirse en determinados casos un concurso de normas (artículo 8.4 CP), cuando, por ejemplo, la sustracción del medio de pago constituye un robo con violencia, penado en su forma básica con una pena de dos a cinco años de prisión (artículo 242.1 CP), pena más grave que la del delito de estafa (seis meses a tres años de prisión, artículo 249 CP). En todo caso, y al hilo de la penalidad exigida por la Directiva en su artículo 9.2 para esta infracción penal, la pena a imponer por la comisión de un delito grave de sustracción o apropiación ilícita, ya sea por el valor defraudatorio (cantidad que podría defraudarse con la tarjeta y el procedimiento para su uso), ya sea por la forma de comisión (robo con violencia, por ejemplo), se adecúa a la norma europea.

**DECIMOSEGUNDA.-** El nuevo apartado d) del artículo 248.2 proyectado es también el vehículo elegido para tipificar el delito de obtención ilícita de medios de pago **inmateriales**, conducta recogida en el artículo 5 a) de la Directiva (y donde deben entenderse incluido el envío de facturas falsas que permiten obtener las credenciales de pago, tal y como se recoge en el Considerando 11). El legislador europeo impone un mínimo de punibilidad de la conducta, cuando al menos dicha obtención ilícita *“haya supuesto la*



*comisión de alguna de las infracciones a que se refieren los artículos 3 a 6 de la Directiva 2013/40/UE*", conductas que han sido incorporadas a nuestro ordenamiento jurídico, o reformadas en consonancia, mediante la LO 1/2015, de 30 de marzo (artículos 197 a 197 quinquies CP); No obstante, y de conformidad con el tenor literal del proyectado artículo 248.2 d), por el prelegislador nacional se considera delito cualquier sustracción de los medios de pago inmateriales, aunque dicha sustracción o apropiación no haya supuesto alguna de las infracciones contempladas en los artículos 3 a 6 de la Directiva 2013/40/UE.

**DECIMOTERCERA.-** Ante la distinción entre la sustracción de medios de pago materiales e inmateriales que realiza la Directiva en sus artículos 4 a) y 5 a) cabe apuntar que las monedas virtuales pueden estar contenidas en diferentes tipos de monederos, de un lado, monederos materiales, como los monederos en papel, donde las claves están encriptadas en un código QR, o los monederos fríos, similares físicamente a un *pen drive*; en estos casos, la sustracción es similar a la de un monedero tradicional (hurto, robo, apropiación); no obstante, los monederos más utilizados son los inmateriales, o calientes, conectados a internet de manera constante y a los cuales efectivamente se accede normalmente a través de conductas que son en sí mismas delitos informáticos como los contenidos en los artículos 3 a 6 de la Directiva 2013/40/UE, tal y como señala el artículo 5.a) de la Directiva 2019/713. Puesto que el prelegislador tipifica la sustracción de ambos instrumentos de pago en el mismo artículo 248.2.d), nuestro sistema jurídico puede responder adecuadamente a las diferentes modalidades de obtención ilícita de monederos virtuales.

**DECIMOCUARTA.-** La *falsificación o alteración* de los medios de pago **materiales** recogida como infracción penal en el artículo 4 b) de la Directiva ya se encuentra tipificada en el artículo 399 bis, apartado 1, pero puesto que el objeto del delito se encuentra actualmente limitado a tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje, el prelegislador se ha visto obligado a ampliarlo a "*cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo*", lo que a su vez, supone la adecuada transposición del artículo 5.b) de la Directiva, al quedar incluidos también en el tipo penal los medios inmateriales.

**DECIMOQUINTA.-** La *posesión* de un instrumento de pago **material** de origen ilícito para su uso fraudulento (artículo 4 c) de la Directiva) se encuentra tipificada en nuestro ordenamiento penal bajo las figuras de la receptación (artículo 298) y blanqueo (301); no se contempla, sin embargo la posesión de un medio inmaterial (artículo 5 c). Así, resulta adecuada la opción del prelegislador de llevar a cabo una tipificación de estos delitos



mediante la introducción de la letra e) en el apartado 2 del artículo 248, y la modificación del artículo 399 bis. 2. El primer caso supone la transposición del delito de posesión para su utilización fraudulenta de un instrumento de pago distinto del efectivo, ya sea material e inmaterial, que haya sido objeto de robo o apropiación ilícita (primera parte de los artículos 4 c) y 5c) Directiva), exigiéndose como elemento del tipo el conocimiento del origen ilícito del instrumento de pago. En ese sentido, el artículo 4 c) de la Directiva, referido a los instrumentos de pago materiales, no recoge explícitamente dicho elemento subjetivo, si bien este conocimiento debe entenderse consustancial al ánimo fraudulento del tipo y a la exigencia del dolo; en virtud del principio de tipicidad, la introducción explícita de dicho elemento en la reforma del CP debe valorarse positivamente.

**DECIMOSEXTA.-** Al incorporar las conductas de *"obtener, transferir, distribuir y poner a disposición de terceros"*, la nueva letra e) del apartado 2 del artículo 248 proyectado sirve también de vehículo para la incorporación a nuestro ordenamiento de la conducta contemplada en el apartado d) del artículo 4 Directiva. La opción del prelegislador nacional de simplificar la enumeración de conductas que realiza el legislador europeo debe valorarse positivamente, pues el significado natural de los verbos típicos empleados resulta suficientemente concreto y expresivo y no supone la exclusión de ninguna de las conductas recogidas por el legislador europeo. Además, el proyectado artículo 248.2.e) es igualmente el vehículo adecuado para la transposición del apartado d) del artículo 5 Directiva.

**DECIMOSÉPTIMA.-** De otro lado, la segunda parte de los artículos 4 c) y 5 c), el delito de posesión para su utilización fraudulenta de instrumentos de pago falsificados o alterados se reconduce a las falsificaciones, mediante la reforma del artículo 399bis, apartado 2 (con ampliación del objeto), si bien el ánimo de utilización fraudulenta se circunscribe en este caso a la distribución o tráfico. Por ello, en caso de posesión de un instrumento de pago falsificado para otro uso fraudulento que no sea destinarlo a la distribución o el tráfico deberá acudir al nuevo apartado 4 del artículo 399bis, el cual supone además la tipificación de la conducta de *"obtención para uno mismo o para un tercero"* que aparece contemplada como infracción penal en los artículos 4 d) y 5 d) de la Directiva. Debe en este punto reiterarse que el conocimiento de la falsedad del instrumento de pago no se recoge como un elemento del tipo en relación con los instrumentos de pago materiales (artículo 4 c) y d) Directiva), aunque sí en relación con la posesión de instrumentos de pago inmateriales robados o falsificados (artículo 5 c) Directiva). Si bien en principio ello puede llevar a la consideración de que la Directiva pretende castigar las conductas de posesión y obtención de



instrumentos de pago materiales de una forma más amplia, el hecho de que dicha posesión u obtención se tipifique como delito si y solo si es para una utilización fraudulenta, y si y solo si es intencional, implica la inevitabilidad del conocimiento de ese origen ilícito.

**DECIMOCTAVA.-** Los artículos 4 y 5 de la directiva tipifican en definitiva conductas autónomas, previas al uso fraudulento de los instrumentos de pago materiales o inmateriales, en cumplimiento del objetivo de conseguir «*un enfoque común de Derecho penal en lo que respecta a los elementos constitutivos de conductas delictivas que contribuyan o preparen el camino para el uso fraudulento real de un medio de pago distinto del efectivo.*» (Considerando 13). Ello conduce a dos conclusiones, la primera que si finalmente se produce el uso fraudulento, el tipo autónomo quedará absorbido por el delito de resultado, sin perjuicio de los posibles concursos que pudieran apreciarse en determinados casos. En segundo lugar, que la correspondiente conducta tipificada en los proyectados apartados d) y e) del artículo 248.2 (sustracción, apropiación o adquisición ilícita, posesión, obtención, transferencia, distribución y puesta a disposición) es independiente de que se lleve a cabo o no un acto defraudatorio posterior, por lo que, si este no existe, deberá graduarse la pena de prisión de seis meses a tres años teniendo en cuenta las circunstancias enumeradas en el primer párrafo del artículo 249, o, en caso de tratarse de un delito de carácter leve, penarse con multa.

**DECIMONOVENA.-** En este sentido, el Anteproyecto que se informa introduce una modificación en el artículo 249 CP, estableciendo que «*En los supuestos de la letra e) del apartado 2 del artículo anterior se impondrá la pena en su mitad inferior*», en lo que resulta una adecuada aplicación del principio de proporcionalidad, y se adecua también a la rebaja de la pena que se realiza en el apartado 3 del artículo 9 de la Directiva, que para las infracciones contempladas en los apartados c) y d) de los artículos 4 y 5 marca en una duración máxima no inferior a un año, en vez de dos.

**VIGÉSIMA.-** El artículo 6 de la Directiva tipifica el «*fraude relacionado con los sistemas de información*», como un delito de resultado, a través de medios determinados, con el elemento subjetivo de «ánimo de lucro». En el Código Penal, la interferencia indebida en el funcionamiento de un sistema de información, entendida como el acceso no consentido, se encuentra tipificada como delito autónomo en el apartado 1 del artículo 197bis. Por su parte, la introducción, alteración, borrado, trasmisión o supresión indebida de datos informáticos también está tipificada como delito autónomo de daños informáticos en el artículo 264.1 CP, si bien el tipo exige un resultado grave.



A su vez, el artículo 264 bis.1, añadido por LO 1/2015 de 30 de marzo, castiga a aquel que *obstaculizara o interrumpiera el funcionamiento de un sistema informático ajeno, bien a) realizando alguna de las conductas a que se refiere el artículo anterior, bien b) introduciendo o transmitiendo datos; o c) destruyendo, dañando, inutilizando, eliminando o sustituyendo un sistema informático, telemático o de almacenamiento de información electrónica* (se trata por tanto también de un delito de medios determinados).

**VIGESIMOPRIMERA.-** De otro lado, y como se ha señalado, el apartado 2 del artículo 248 recoge las formas asimiladas del delito de estafa, entre las que se encuentra la denominada estafa informática (apartado a). Dentro del concepto manipulación informática o artificio semejante, doctrina y jurisprudencia han entendido comprendidas fundamentalmente la alteración o modificación de datos (introducción de nuevos datos, introducción de instrucciones, ocultación, etc.), guiándose por la aptitud del medio informático para producir el daño patrimonial. Así, quedarían comprendidas técnicas como los caballos de troya, el *scam*, la técnica del salami, el *phishing*, el *pharming*, etc.

**VIGESIMOSEGUNDA.-** A pesar de que puede considerarse que el artículo 6 de la Directiva se encuentra ya tipificado en nuestro ordenamiento jurídico, en el artículo 248.2 a) CP, pudiendo producirse, en caso de que la "manipulación o artificio" concretamente utilizado sea la obstaculización o interferencia en un sistema informático o su alteración, un concurso con el delito del artículo 264 bis del CP, el prelegislador nacional ha optado por reformar el artículo 248.2 a) introduciendo de forma taxativa las conductas descritas en el artículo 6 de la Directiva "a la vista de la no siempre jurisprudencia unificada al respecto, en tanto muchos de los nuevos desarrollos tecnológicos no encajan en la literalidad del artículo 248.2 a)", tal y como señala la MAIN. Nada hay que objetar a la modificación proyectada, en aras de una mayor concreción y respeto al principio de tipicidad, más teniendo en cuenta el rápido avance de las tecnologías.

**VIGESIMOTERCERA.-** El artículo 7 de la Directiva convierte en punibles actos preparatorios de los artículos anteriores (4 a) y b), 5 a) y b) y 6). El vigente artículo 248.2 b) CP (añadido por LO 15/2003, de 25 de noviembre) castiga a "los que fabricaren, introdujeren, poseyeren o facilitaren programas informáticos específicamente destinados a la comisión de las estafas previstas en este artículo". A su vez, el artículo 400 (añadido por LO 1/2015, de 30 de marzo) tipifica como delito "la fabricación, recepción, obtención o tenencia de útiles, materiales, instrumentos, sustancias, datos y programas informáticos, aparatos, elementos de seguridad, u otros medios



*específicamente destinados a la comisión de los delitos descritos en los Capítulos anteriores*". En consecuencia, en nuestro ordenamiento jurídico penal se encuentran ya tipificados diversos actos preparatorios tanto del delito de fraude informático, como de los delitos de falsedades documentales. Las conductas típicas descritas no son sin embargo exactamente coincidentes con las establecidas en el artículo 7 de la Directiva, donde se incluyen la venta, transporte y puesta a disposición de terceros (si bien por facilitación debe entenderse cualquier labor de transmisión). Del mismo modo, el artículo 7 acoge un objeto material más amplio, al hablar de "medios diseñados principalmente o adaptados específicamente para cometer las infracciones". Ello conduce a la modificación de los artículos citados del CP para ampliar ambas cuestiones, conductas típicas y objeto material, en línea con la Directiva.

**VIGESIMOCUARTA.-** Tanto en su redacción actual como en la reforma proyectada el inciso presente en ambos tipos "*específicamente destinados a la comisión de [los delitos] previstos en este artículo*" está destinado a excluir del tipo penal la fabricación, tenencia y tráfico legítimos de programas o útiles destinados a otras finalidades. Sin embargo, la realidad es que, en la mayoría de las ocasiones, los programas informáticos u otros materiales podrán tener varias utilidades, entre ellas, la de la comisión delictiva, de tal forma que para apreciar la existencia del delito, y toda vez que este es doloso (no cabe la comisión imprudente), deberá concurrir en el sujeto activo la intención de que dichos programas o medios se utilicen para la comisión de un delito de estafa o falsedad, independientemente de que lleguen a utilizarse efectivamente o no, es decir, debe concurrir el dolo directo. Ello evita que se penalicen conductas como la mera codificación de *malware* para la investigación de seguridad informática, por ejemplo. Del mismo modo, dicha interpretación es la que resulta acorde a lo señalado el Considerando 16 de la Directiva.

**VIGESIMOQUINTA.-** La Directiva también considera punibles la inducción y la complicidad, así como la tentativa, excluyendo en este último caso los delitos de los artículos 4 y 5 c) (posesión). Señala la MAIN del Anteproyecto que se informa que dicho artículo no precisa de transposición, apreciación correcta toda vez que de un lado el artículo 27 CP considera responsables criminales a los autores y los cómplices y el artículo 28 CP autores a los inductores, y, de otro, el artículo 15 CP establece que son punibles el delito consumado y la tentativa de delito.

**VIGESIMOSEXTA.-** Las sanciones aplicables a las personas físicas se contemplan en el artículo 9 de la Directiva, respetándose en la reforma



proyectada los límites mínimos de las penas máximas establecidas para los diferentes tipos penales (artículos 249, 399 bis, 399bis 2, 399bis 4 y 400). A mayor abundamiento, el apartado 6 del artículo 9 recoge una agravante explícita, la de la comisión de las conductas tipificadas en el marco de una organización delictiva, entendida esta con arreglo a la Decisión Marco 2008/841/JAI del Consejo, y estipulando una sanción de privación de libertad cuya duración no puede ser inferior a cinco años. Dicha agravante se incorpora a nuestro texto penal mediante la introducción de un nuevo apartado 3 en el artículo 250, con el siguiente tenor, que se introduce específicamente a pesar de que, como señala la MAIN, la agravante podría ser aplicada por vía de concurso con el artículo 570 bis CP. No obstante, debe valorarse positivamente la opción elegida por el prelegislador en aras del principio de seguridad jurídica. Se opta, por tanto, por un límite superior de la pena más elevado que el exigido por la Directiva, sin que en la MAIN o en la Exposición de motivos del Anteproyecto se dé razón de esta concreta elección, pudiendo haber resultado más acorde a la línea seguida por el CP en la agravación de otros delitos cometidos en el seno de un grupo criminal, la imposición de la pena superior en grado, lo que hubiera colmado igualmente las exigencias de la Directiva.

**VIGESIMOSÉPTIMA.-** En relación al delito de falsificación en todas sus modalidades, este ya tiene actualmente fijada una pena cuyo límite superior es de ocho años, estando igualmente vigente la agravante de organización criminal, con imposición de pena superior en grado (artículo 399bis 1, *in fine*). También en este caso el prelegislador opta por castigar con mayor dureza que la Directiva las conductas tipificadas, si bien el Código Penal ya lo hace actualmente en relación con aquellas modalidades comisivas del delito de falsificación que se encuentran vigentes; debe destacarse, de otro lado, que nuestro ordenamiento jurídico configura el delito de falsificación como un delito de mayor gravedad que el delito de estafa, sin perjuicio de las agravantes aplicables a este último (artículo 250 CP), diferencia sustancial que no encuentra reflejo en la norma europea, pero, que, en todo caso, no tiene consecuencia, toda vez que la Directiva, como ya se ha señalado, es una norma de mínimos y no impide a los Estados miembros adoptar una legislación penal más estricta (Considerando 18).

**VIGESIMOCTAVA.-** Además de las sanciones aplicables a personas físicas, la Directiva regula la responsabilidad de las personas jurídicas (artículo 10) y las sanciones aplicables a estas (artículo 11). Dichas disposiciones europeas no precisan de transposición, toda vez que nuestro ordenamiento jurídico incorporó la responsabilidad de las personas jurídicas por LO 5/2010, de 22 de junio. Concretamente en relación con los delitos de estafa y falsificación



dicha responsabilidad de contempla en los artículos 251 y 399 bis 1, en relación con los artículos 31 bis y 33 CP.

**VIGESIMONOVENA.-** En cuanto al resto de las disposiciones de la Directiva, su objeto está desvinculado del contenido del Código Penal, por lo que dicho texto jurídico, a cuya modificación está destinado el Anteproyecto que se informa, no es, ni puede ser, el vehículo para su transposición.

**TRIGÉSIMA.-** Por LO 1/2019, de 20 de febrero, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, para transponer Directivas de la Unión Europea en los ámbitos financiero y de terrorismo, y abordar cuestiones de índole internacional se llevó a cabo la transposición a nuestro ordenamiento interno, entre otras, de la Directiva 2014/57/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 16 de abril de 2014, sobre las sanciones penales aplicables al abuso de mercado, reformándose los artículos 284 y 285 CP, e introduciéndose los nuevos artículos 285 bis a 285 quater, a fin de abarcar todos los supuestos específicamente referidos en la norma europea.

**TRIGESIMOPRIMERA.-** El apartado 5 del artículo 285 introdujo un atenuante para los casos en los que el *responsable del hecho, sin tener acceso reservado a la información privilegiada, la obtenga de cualquier modo distinto de los previstos en el apartado anterior y la utilice conociendo que se trata de información privilegiada*, que implicaba la rebaja de la pena en un grado, y por tanto, llevaba a la imposición de una pena con una duración máxima inferior a cuatro años, penalidad exigida por el artículo 7.2 de la Directiva, la cual no contempla la atenuante introducida por el legislador español.

**TRIGESIMOSEGUNDA.-** Como consecuencia de ello, la Comisión adoptó el 25 de julio de 2019 la Carta de Emplazamiento 2019/2127, en la que concluye que la Directiva 2014/57/UE no ha sido transpuesta correctamente por el Reino de España, motivo por el cual el Anteproyecto que se informa introduce una modificación en el apartado 5 del artículo 285 consistente en eliminar la atenuante vigente actualmente, colmando con ello las exigencias de la Directiva 2014/57, finalizando su correcta transposición.

**TRIGESIMOTERCERA.-** El prelegislador ha optado, en el **apartado cinco del artículo segundo del Anteproyecto** en el que modifica el artículo 7.2 de la LO 7/2014, por incorporar la referencia a los *“datos biométricos”*, como concepto más amplio que el de imagen facial introducido por la Directiva 2019/884, sometiéndolos al requisito de que hayan sido obtenidos y conservados conforme al Derecho español debiendo concluir



que resulta legítima esta previsión en tanto el uso de la tecnología biométrica, que supone un tratamiento de datos personales, los datos biométricos definidos en el artículo 5,1) de la Ley Orgánica 7/2021 es conforme a lo establecido en la disposición adicional segunda de la Ley Orgánica 7/2021. De esta forma, la habilitación legal para la cesión de estos datos biométricos se encontrará tanto en la referida Ley Orgánica 7/2021 como en la Ley Orgánica 7/2014, una vez entre el vigor la previsión recogida en el Anteproyecto.

**TRIGESIMOCUARTA.-** De otro lado se ha de indicar, por lo que respecta a los datos genéticos, que la Ley Orgánica 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la base de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN, no ha sufrido modificación alguna desde su publicación, por lo que se sugiere valorar la conveniencia de adaptar dicha norma a las nuevas previsiones de la normativa de protección de datos.

**TRIGESIMOQUINTA.-** En cuanto al **apartado diez del artículo segundo del Anteproyecto**, se observa que el nuevo apartado 5 del artículo 11 LO 7/2014 se corresponde con la remisión efectuada, en el segundo párrafo del artículo 7,4 bis de la Decisión Marco, a lo dispuesto en el apartado 2 del artículo 7 de la misma, aplicable a aquellos supuestos en que la información se solicite para un fin distinto de un proceso penal, sugiriéndose por ello que se efectúe la correspondiente adecuación del contenido de la Memoria que acompaña al Anteproyecto.

**TRIGESIMOSEXTA.-** La modificación proyectada de los artículos 7 bis 2, 7 bis 3 y 11 bis de la LO 7/2014, a que se refieren los **apartados seis y once del artículo segundo del Anteproyecto**, responde a la conveniencia invocada por el prelegislador de incorporar a la Ley Orgánica 7/2014, de forma expresa, algunos preceptos contenidos en el Reglamento (UE) 2019/816, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril. En lo que atañe a las competencias del C.G.P.J., dado que la aplicabilidad directa de los reglamentos no excluye una labor puntual de desarrollo para esa aplicación de la normativa de los Estados miembros (STJCE de 11 de enero de 2001, Monte Arcosu, C-403/98, apartado 26), procede poner de manifiesto que junto a la justificación recogida en la Exposición de Motivos, en la MAIN (páginas 24 y 25) se incluye, de forma individualizada, para cada uno de los preceptos del Reglamento afectados, la justificación a que obedece su incorporación al Anteproyecto, con un contenido que se entiende que viene a completar o precisar las condiciones que fijan los artículos del Reglamento, en orden a adaptar su contenido y significado a nivel nacional, facilitando de esta forma su aplicación.



Desde el punto de vista terminológico, en el párrafo segundo del apartado V de la Exposición de Motivos del Anteproyecto se sugiere que la referencia a la nacionalidad de alguno de los Estados miembros no se califique de "comunitaria" toda vez que el término "comunitario/a" ha quedado excluido con el tránsito de las Comunidades Europeas a la Unión Europea.

**TRIGESIMOSÉPTIMA.-** En cuanto a la adición a la LO 7/2014 de un nuevo artículo 11 bis, prevista en el **apartado once del artículo segundo del Anteproyecto** se ha de destacar, a fin de valorar la posible introducción de una referencia al respecto, que se encuentra en tramitación el Anteproyecto de Ley por la que se adapta al ordenamiento nacional el Reglamento (UE) 2018/1727 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de noviembre de 2018, sobre Eurojust, y se regulan los conflictos de jurisdicción, las redes judiciales de cooperación internacional y el personal dependiente del Ministerio de Justicia en el exterior, cuyo Informe fue aprobado en el Pleno de este órgano constitucional celebrado el día 25 de marzo de 2021.

**TRIGESIMOCTAVA.-** En relación con la adición al artículo 5.1 de la Ley Orgánica 7/2014, a que se refiere el **apartado tres del artículo segundo del Anteproyecto**, de la obligatoriedad de remisión de ciertas condenas al Registro Central de Delincuentes Sexuales, de forma automática, aun cuando no forme parte del Anteproyecto objeto del presente informe, pero entendiéndose como cuestión vinculada al mismo, atendido el carácter imperativo de la obligación, no sometida a limitación o condición alguna, impuesta por el artículo 37 del Convenio de Lanzarote, se sugiere nuevamente al Prelegislador, valorar la conveniencia de modificar en el artículo primero del Anteproyecto la regulación actual de la obligación de almacenar los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de todas las personas condenadas por cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al Convenio de Lanzarote, plasmada en el artículo 129 bis del Código Penal, incluso a través de su configuración como pena privativa de derechos (art. 39 CP), a fin de garantizar el debido cumplimiento de la obligación de almacenar los datos relativos a la identidad y perfil genético (ADN) de las personas condenadas por cualquiera de los delitos tipificados con arreglo al Convenio de Lanzarote, como exige el citado Tratado Internacional, ratificado por España.

**TRIGESIMONOVENA.-** Ha de destacarse que la previsión introducida, a través de los **apartados nueve y diez del artículo segundo del Anteproyecto**, en el cuarto párrafo del artículo 10.1 y en el primer párrafo del artículo 11.5 de la LO 7/2014, en relación con la necesidad de contar con el consentimiento expreso del interesado cuando la finalidad de la consulta o



solicitud de información penal vaya dirigida a fines distintos del proceso penal constituye la base jurídica exigible y necesaria para acceder a los referidos datos.

**CUADRAGÉSIMA.-** La **disposición adicional primera del Anteproyecto**, establece que a partir de la entrada en vigor de la ley, todas las referencias al Registro Central de Penados y Rebeldes han de entenderse hechas al Registro Central de Penados, incorporando, no obstante, el texto remitido esta modificación en algunos preceptos, como en el artículo 136.4 del Código Penal (apartado uno del artículo primero del Anteproyecto) o en el artículo 9 de la Ley Orgánica 7/2014 (apartado ocho del artículo segundo del Anteproyecto) lo que merece una valoración favorable.

**CUADRAGESIMOPRIMERA.-** A través de la **disposición adicional segunda** el Anteproyecto viene a establecer el sentido negativo del silencio en los procedimientos de cancelación de la inscripción de antecedentes penales en el Registro Central de Penados iniciados a instancia del interesado, adecuándose el texto proyectado a la exigencia establecida en el artículo 24.1 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas. No obstante, ha de someterse a la consideración del prelegislador la valoración de la conveniencia de modificar el sentido del silencio, atendidas las consecuencias del silencio negativo a efectos de la reincidencia prevista como circunstancia agravante en el artículo 22,8ª de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

**CUADRAGESIMOSEGUNDA.-** Finalmente, se ha de llamar la atención sobre la falta de orden sistemático del artículo segundo del texto remitido, en el que la disposición final primera se ubica entre las disposiciones adicionales segunda y tercera, observándose con ello la necesidad de ordenar las disposiciones de forma numerada y sucesiva.

Es todo cuanto tiene que informar el Consejo General del Poder Judicial.

Lo precedente concuerda bien y fielmente con su original al que me remito, y para que conste extiendo y firmo la presente en Madrid, 23 de diciembre de 2021.

José Luis de Benito y Benítez de Lugo  
Secretario General