

### RECEPCIÓN EN ESPAÑA DEL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS (LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL)

España ratificó el Convenio del Consejo de Europa contra la trata de seres humanos el día 2 de abril de 2009. Mediante la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, de reforma del Código Penal, procede, entre otros extremos, a la incorporación en el Derecho español de muchas de las obligaciones previstas en el mismo.

Itinera digital se hace eco de esta importante novedad legislativa, tratando, como es habitual, de situarla en su contexto; razón por la cual además de seleccionar y sistematizar los artículos correspondientes de la señalada reforma legislativa, incluye un resumen de los aspectos principales del Convenio del Consejo de Europa.

#### EL CONVENIO DEL CONSEJO DE EUROPA CONTRA LA TRATA DE SERES HUMANOS

El 16 de mayo de 2005 el Consejo de Europa aprobó en Varsovia su Convenio núm. 197 sobre la lucha contra la trata de seres humanos que el Convenio afronta desde una triple perspectiva:

##### 1. Prevención de la trata

Para ello el Convenio establece una lista de las políticas y programas a desarrollar por los Estados. Además de campañas de información y divulgación, prevé que los Estados establezcan una política nacional de prevención, que asegure la coordinación entre los diversos órganos de la administración estatal con competencias en la materia y que coopere con la sociedad civil comprometida en la lucha contra la trata de seres humanos. Los Estados deben asimismo reforzar los controles en las fronteras necesarios para prevenir y detectar la trata de seres humanos" y adoptar las medidas necesarias para garantizar la seguridad y control de los documentos de viaje.

##### 2. Protección de las víctimas

Considerada la trata como una nueva forma de esclavitud, el Convenio incorpora

numerosas normas para, desde la perspectiva de la protección de los derechos humanos, proteger la dignidad e integridad de la víctima. Es posible distinguir 3 tipos de medidas:

##### 2.1. Medidas encaminadas a proteger y asistir a las víctimas

Los Estados deben adoptar medidas relativas a la identificación de las víctimas, incorporando personal adecuado y unos protocolos de actuación. Asimismo "deberán prever en su legislación interna un periodo de restablecimiento y de reflexión de al menos 30 días cuando existan motivos razonables para creer que una persona determinada es una víctima. Este plazo deberá ser suficiente para que la persona en cuestión pueda restablecerse y escapar a la influencia de los traficantes y/o pueda tomar, con conocimiento de causa, una decisión en lo relativo a su cooperación con las autoridades competentes. Durante este plazo no podrá adoptarse ninguna medida de extrañamiento a su respecto" (art. 13).

Las víctimas tendrán la posibilidad de obtener un permiso de residencia renovable a las víctimas. El Convenio contiene una lista obligatoria de medidas de asistencia a las víctimas: deben gozar de asistencia física y psicológica y de apoyo para su reintegración en la sociedad, deben disfrutar de tratamiento médico, asistencia lingüística y legal, etcétera.

Durante el período de reflexión de 30 días no podrán ser expulsadas del país, disfrutarán de los derechos de asistencia y los Estados deberán adoptar las medidas necesarias para garantizar su seguridad y protección. Las víctimas que decidan cooperar con las autoridades del Estado en el que se encuentran dispondrán de un permiso de residencia; si, por el contrario, optan por regresar a su país de origen las autoridades estatales se asegurarán de que se respetan sus derechos, seguridad y dignidad.

##### 2.2. Medidas destinadas a asegurar los

LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL	1-10
---	------

### derechos de las víctimas

Según el art. 12.1 de la Convención "las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para prestar asistencia a las víctimas en su restablecimiento físico, psicológico y social"; medidas que acto seguido enuncia. El párrafo 2 añade: "Las Partes tendrán en cuenta de forma adecuada las necesidades en materia de seguridad y protección de las víctimas" Y finalmente el párrafo 6: Las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para garantizar que la asistencia a una víctima no quede subordinada a su voluntad de actuar como testigo. El Convenio prevé un estatuto privilegiado para los grupos vulnerables y los menores.

### 2.3. Medidas para asegurar la seguridad de las víctimas

Además de garantizar que "las víctimas de un delito cometido en el territorio de una Parte diferente de aquella en la que residan puedan realizar una denuncia ante las autoridades competentes de su Estado de residencia" (art. 27), el Convenio incluye varias medidas relativas a la protección de las víctimas, testigos y otros colaboradores con la autoridad judicial frente a posibles medidas de represalia o intimidación durante o después de la investigación y acciones judiciales. En este sentido los Estados deben adoptar las medidas necesarias para "contar con personas o entidades especializadas en la lucha contra la trata de seres humanos y en la protección de las víctimas (Art. 29.1) y para garantizar la coordinación de la política y de la acción de los servicios de su administración y de otros organismos públicos que luchen contra la trata de seres humanos, creando si es necesario instancias de coordinación (Art. 29.2);

### **3. Persecución de los traficantes**

Desde la perspectiva del Convenio la trata de seres humanos es un delito. La principal obligación de los Estados es precisamente la tipificación de la trata de seres humanos y de las acciones relativas a los documentos de viaje o de identidad, así como la complicidad para la realización de las mismas y la tentativa intencionada de su comisión (arts. 18, 20 y 21).

El artículo 31, relativo a la jurisdicción o competencia de los Estados, establece que los Estados adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo necesarias para

establecer su competencia ante cualquier delito tipificado con arreglo al presente Convenio cuando el delito se haya cometido:

- a) en su territorio (o a bordo de un buque con bandera de dicha Parte, o a bordo de una aeronave matriculada de acuerdo con las leyes de dicha Parte);
- b) por uno de sus nacionales o por un apátrida que tenga su residencia habitual en su territorio, cuando el delito sea penalmente punible allá donde ha sido cometido, o si no es competencia territorial de ningún Estado;
- c) con uno de sus nacionales,
- d) cuando autor presunto del delito esté presente en su territorio y no pueda ser extraditado hacia otra Parte únicamente teniendo en cuenta su nacionalidad, después de una petición de extradición

Por otra parte, el Convenio atiende la cuestión de los consumidores de los servicios que son objeto de la trata. En este sentido el art. 19 obliga a los Estados a tipificar la utilización de los servicios de una víctima. Este es un aspecto relevante del Convenio, cuyo objetivo es luchar contra las causas de la trata y desanimar la demanda que la hacen posible. Se pretende sancionar a los clientes de todo tipo de trata, sea sexual o laboral (el trabajo o los servicios forzados, la esclavitud o prácticas similares a la esclavitud, la servidumbre. El Convenio prevé también la persecución de los propietarios de empresas o negocios que hagan uso de víctimas de la trata. Todas estas acciones deben dar lugar a sanciones efectivas, proporcionadas y disuasorias.

Finalmente, el Convenio hace especial hincapié en asegurar la responsabilidad de las personas jurídicas. A tal efecto establece que "las Partes adoptarán las medidas legislativas o de otro tipo que resulten necesarias para que las personas jurídicas puedan ser consideradas responsables de las infracciones tipificadas en aplicación del presente Convenio, cuando sean cometidas en su nombre por cualquier persona física que actúe, bien individualmente, bien como miembro de un órgano de la persona jurídica, que ejerza poderes de dirección en su seno".

## **LEY ORGÁNICA 5/2010, DE 22 DE JUNIO, DE REFORMA DEL CÓDIGO PENAL**

### **PREÁMBULO**

La evolución social de un sistema democrático avanzado como el que configura la Constitución española determina que el ordenamiento jurídico esté sometido a un proceso constante de revisión. La progresiva conquista de niveles de bienestar más elevados no es concebible, en un marco jurídico de respeto a los derechos fundamentales, sin un paralelo avance en materia de libertad y de seguridad, pilares indisolublemente unidos del concepto mismo de Estado de Derecho.

En este contexto, la presente reforma se enmarca en la confluencia de varias coordinadas que explican tanto su relativa extensión como la variedad de cuestiones que en ella se abordan.

Por un lado, España tiene contraídas obligaciones internacionales, especialmente en el ámbito de la armonización jurídica europea, que exigen adaptaciones – a veces de considerable calado – de nuestras normas penales. Por otro, la experiencia aplicativa del Código ha ido poniendo en evidencia algunas carencias o desviaciones que es preciso tratar de corregir. Y, en fin, la cambiante realidad social determina el surgimiento de nuevas cuestiones que han de ser abordadas. Sin olvidar que los numerosos y en ocasiones acelerados cambios introducidos en la arquitectura original del texto de 1995 han producido algunos efectos de distorsión o incongruencia necesitados de corrección.

A todo ello trata de dar respuesta esta Ley, en los términos que siguen. (...)

**VII**

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

Para la fijación de la responsabilidad de las personas jurídicas se ha optado por establecer una doble vía. Junto a la imputación de aquellos delitos cometidos en su nombre o por su cuenta, y en su provecho, por las personas que tienen poder de representación en las mismas, se añade la responsabilidad por aquellas infracciones propiciadas por no haber ejercido la persona jurídica el debido control sobre sus empleados, naturalmente con la imprescindible consideración de las circunstancias del caso concreto a efectos de evitar una lectura meramente objetiva de esta regla de imputación.

Se deja claro que la responsabilidad penal de la persona jurídica podrá declararse con independencia de que se pueda o no individualizar la responsabilidad penal de la persona física. En consecuencia, se suprime el actual apartado 2 del artículo 31.

En este ámbito se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose – respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos...)–, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis. Igualmente, se tiene en cuenta el posible fraccionamiento del pago de las multas que les sean impuestas a las personas jurídicas cuando exista peligro para la supervivencia de aquellas o la estabilidad de los puestos de trabajo, así como cuando lo aconseje el interés general. Además, se regulan taxativamente los supuestos de atenuación de la responsabilidad de las personas jurídicas, entre los que destacan la confesión de la infracción a las autoridades, la reparación del daño y el establecimiento de medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro puedan cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.

En este apartado, al objeto de evitar que la responsabilidad penal de las personas jurídicas pueda ser burlada por una disolución encubierta o aparente o por su transformación, fusión, absorción o escisión, se contienen previsiones específicas donde se presume que existe la referida disolución aparente o encubierta cuando aquélla continúe con su actividad económica y

se mantenga la identidad sustancial de clientes, proveedores y empleados, trasladándose en aquellos casos la responsabilidad penal a la entidad o entidades en que se transforme, quede fusionada o absorbida y extendiéndose a la entidad o entidades a que dé lugar la escisión. (...)

**Artículo único. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.**

(...) **Tercero.-**

Se suprime el apartado 2 del artículo 31.

**Cuarto.-**

Se añade el artículo 31 bis, que tendrá la siguiente redacción:

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

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

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

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

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

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

b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proce-

so, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.

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

d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica. 5. Las disposiciones relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas no serán aplicables al Estado, a las Administraciones Públicas territoriales e institucionales, a los Organismos Reguladores, las Agencias y Entidades Públicas Empresariales, a los partidos políticos y sindicatos, a las organizaciones internacionales de derecho público, ni a aquellas otras que ejerzan potestades públicas de soberanía, administrativas o cuando se trate de Sociedades mercantiles Estatales que ejecuten políticas públicas o presten servicios de interés económico general.

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

#### Quinto.-

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

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

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se

podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.

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

#### Duodécimo.-

Se modifican los apartados 3 y 4 del artículo 50, que quedan redactados como sigue:

«3. Su extensión mínima será de diez días y la máxima de dos años. Las penas de multa imponibles a personas jurídicas tendrán una extensión máxima de cinco años.

4. La cuota diaria tendrá un mínimo de dos y un máximo de 400 euros, excepto en el caso de las multas imponibles a las personas jurídicas, en las que la cuota diaria tendrá un mínimo de 30 y un máximo de 5.000 euros. A efectos de cómputo, cuando se fije la duración por meses o por años, se entenderá que los meses son de treinta días y los años de trescientos sesenta.»

#### Decimotercero.-

Se añade un apartado 4 al artículo 52 con la siguiente redacción:

«4. En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes:

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

#### Decimocuarto.-

Se añade un apartado 5 al artículo 53 con la siguiente redacción:

«5. Podrá ser fraccionado el pago de la multa impuesta a una persona jurídica, durante un período de hasta cinco años, cuando su cuantía ponga probadamente en peligro la supervivencia de aquélla o el mantenimiento de los puestos de trabajo existentes en la misma, o

cuando lo aconseje el interés general. Si la persona jurídica condenada no satisficiera, voluntariamente o por vía de apremio, la multa impuesta en el plazo que se hubiere señalado, el Tribunal podrá acordar su intervención hasta el pago total de la misma.» (...)

#### **Decimoctavo.-**

Se añade un artículo 66 bis nuevo, que tendrá la siguiente redacción:

«En la aplicación de las penas impuestas a las personas jurídicas se estará a lo dispuesto en las reglas 1.<sup>a</sup> a 4.<sup>a</sup> y 6.<sup>a</sup> a 8.<sup>a</sup> del primer número del artículo 66, así como a las siguientes:

1.<sup>a</sup> En los supuestos en los que vengan establecidas por las disposiciones del Libro II, para decidir sobre la imposición y la extensión de las penas previstas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33 habrá de tenerse en cuenta:

- a) Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.
- b) Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores.
- c) El puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control.

2.<sup>a</sup> Cuando las penas previstas en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33 se impongan con una duración limitada, ésta no podrá exceder la duración máxima de la pena privativa de libertad prevista para el caso de que el delito fuera cometido por persona física.

Para la imposición de las sanciones previstas en las letras c) a g) por un plazo superior a dos años será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

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

Para la imposición con carácter permanente de las sanciones previstas en las letras b) y e), y para la imposición por un plazo superior a cinco años de las previstas en las letras e) y f) del apartado 7 del artículo 33, será necesario que se dé alguna de las dos circunstancias siguientes:

- a) Que se esté ante el supuesto de hecho previsto en la regla 5.<sup>a</sup> del primer número del artículo 66.
- b) Que la persona jurídica se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales. Se entenderá que se está ante este último supuesto siempre que la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal». (...)

#### **VIII**

**D**e singular importancia resulta la transposición de la Decisión Marco 2005/212/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa al decomiso

de los productos, instrumentos y bienes relacionados con el delito. Como se recoge en el instrumento internacional, el principal objetivo de la delincuencia organizada es el beneficio económico y, en consecuencia, el establecimiento de normas comunes relativas al seguimiento, embargo, incautación y decomiso de los productos del delito es objetivo prioritario para conseguir una eficaz lucha contra aquella. Por ello, se ha completado la regulación existente del comiso encomendando a los jueces y tribunales acordarlo respecto de aquellos efectos, bienes, instrumentos y ganancias procedentes de actividades delictivas cometidas en el marco de una organización o grupo criminal, o bien cuando se trate de delitos de terrorismo, con independencia de si estos últimos se cometen en el seno de una organización o grupo terrorista, tal y como se prevé en la Decisión Marco 2002/475/JAI del Consejo, sobre la lucha contra el terrorismo. Para facilitar la medida, se establece una presunción de procedencia de actividades delictivas cuando el valor del patrimonio sea desproporcionado con respecto a los ingresos legales de todas y cada una de las personas condenadas por delitos cometidos en el seno de la organización o grupo criminal. Asimismo, se faculta a los jueces y tribunales para acordar el comiso cuando se trate de un delito imprudente que lleve aparejado en la ley la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año.

#### **Trigésimo.-**

Se modifica el artículo 127, que queda redactado como sigue:

1. Toda pena que se imponga por un delito o falta dolosos llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito o falta, cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente.

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

2. En los casos en que la ley prevea la imposición de una pena privativa de libertad superior a un año por la comisión de un delito imprudente, el Juez o Tribunal podrá acordar la pérdida de los efectos que provengan del mismo y de los bienes, medios o instrumentos con que se haya preparado o ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito, cualquiera que sean las transformaciones que hubieran podido experimentar.

3. Si por cualquier circunstancia no fuera posible el

comiso de los bienes señalados en los apartados anteriores de este artículo, se acordará el comiso por un valor equivalente de otros bienes que pertenezcan a los criminalmente responsables del hecho.

4. El Juez o Tribunal podrá acordar el comiso previsto en los apartados anteriores de este artículo aun cuando no se imponga pena a alguna persona por estar exenta de responsabilidad criminal o por haberse ésta extinguido, en este último caso, siempre que quede demostrada la situación patrimonial ilícita.

5. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado si la ley no previera otra cosa, y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán.”

#### **Trigésimo primero.-**

Se modifica el artículo 129, que queda redactado como sigue:

«1. En caso de delitos o faltas cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis de este Código, el Juez o Tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en los apartados c) a g) del artículo 33.7. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

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

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

#### **Trigésimo segundo.-**

El actual artículo 130 pasa a ser el apartado 1 de dicho artículo y se le añade un apartado 2, con el siguiente contenido:

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

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

#### **XII**

**E**l tratamiento penal unificado de los delitos de trata de seres humanos e inmigración clandestina que contenía el artículo 318 bis resultaba a todas luces inadecuado, en vista de las grandes diferencias que existen entre ambos fenómenos delictivos. La separación de la regulación de estas dos realidades resulta imprescindible tanto para cumplir con los mandatos de los compromisos internacionales como para poner fin a los constantes conflictos interpretativos.

Para llevar a cabo este objetivo se procede a la creación del Título VII bis, denominado «De la trata de seres humanos». Así, el artículo 177 bis tipifica un delito en el que prevalece la protección de la dignidad y la libertad de los sujetos pasivos que la sufren. Por otro lado, resulta fundamental resaltar que no estamos ante un delito que pueda ser cometido exclusivamente contra personas extranjeras, sino que abarcará todas las formas de trata de seres humanos, nacionales o transnacionales, relacionadas o no con la delincuencia organizada.

En cambio, el delito de inmigración clandestina siempre tendrá carácter transnacional, predominando, en este caso, la defensa de los intereses del Estado en el control de los flujos migratorios.

Además de la creación del artículo 177 bis, y como consecuencia de la necesidad de dotar de coherencia interna al sistema, esta reestructuración de los tipos ha requerido la derogación de las normas contenidas en los artículos 313.1. y 318 bis. 2.

#### **Trigésimo noveno.-**

Se crea el Título VII bis dentro del Libro II, que comprende el artículo 177 bis y tendrá la siguiente rúbrica:

«TÍTULO VII bis

De la trata de seres humanos»

#### **Cuadragésimo.-**

Se añade el artículo 177 bis, que tendrá la siguiente redacción:

«1. Será castigado con la pena de cinco a ocho años de prisión como reo de trata de seres humanos el que, sea en territorio español, sea desde España, en tránsito o con destino a ella, empleando violencia, intimidación o engaño, o abusando de una situación de superioridad o de necesidad o de vulnerabilidad de la víctima nacional o extranjera, la capture, transportare, trasladare, acogiére, recibiere o la alojare con cualquiera de las finalidades siguientes:

a) La imposición de trabajo o servicios forzados, la

esclavitud o prácticas similares a la esclavitud o a la servidumbre o a la mendicidad.

- b) La explotación sexual, incluida la pornografía.
- c) La extracción de sus órganos corporales.

2. Aun cuando no se recurra a ninguno de los medios enunciados en el apartado anterior, se considerará trata de seres humanos cualquiera de las acciones indicadas en el apartado anterior cuando se llevare a cabo respecto de menores de edad con fines de explotación.

3. El consentimiento de una víctima de trata de seres humanos será irrelevante cuando se haya recurrido a alguno de los medios indicados en el apartado primero de este artículo.

4. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado primero de este artículo cuando:

- a) Con ocasión de la trata se ponga en grave peligro a la víctima; b) la víctima sea menor de edad;
- c) la víctima sea especialmente vulnerable por razón de enfermedad, discapacidad o situación.

Si concurriere más de una circunstancia se impondrá la pena en su mitad superior.

5. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación absoluta de seis a doce años a los que realicen los hechos prevariándose de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público. Si concurriere además alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en su mitad superior.

6. Se impondrá la pena superior en grado a la prevista en el apartado 1 de este artículo e inhabilitación especial para profesión, oficio, industria o comercio por el tiempo de la condena, cuando el culpable perteneciera a una organización o asociación de más de dos personas, incluso de carácter transitorio, que se dedicase a la realización de tales actividades. Si concurriere alguna de las circunstancias previstas en el apartado 4 de este artículo se impondrán las penas en la mitad superior. Si concurriere la circunstancia prevista en el apartado 5 de este artículo se impondrán las penas señaladas en este en su mitad superior.

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

7. Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este artículo, se le impondrá la pena de multa del triple al quintuple del beneficio obtenido. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

8. La provocación, la conspiración y la proposición para cometer el delito de trata de seres humanos serán castigadas con la pena inferior en uno o dos grados a

la del delito correspondiente.

9. En todo caso, las penas previstas en este artículo se impondrán sin perjuicio de las que correspondan, en su caso, por el delito del artículo 318 bis de este Código y demás delitos efectivamente cometidos, incluidos los constitutivos de la correspondiente explotación.

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

11. Sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado.»

## XXVI

También se han abordado reformas en ámbitos como el de la falsificación de certificados, a la que se ha de añadir, en todas sus modalidades, la de documentos de identidad que se ha transformado en una práctica intolerablemente extendida. Por razones fácilmente comprensibles, la intervención penal se extiende al tráfico de documentos de identidad falsos, así como a las mismas conductas realizadas en relación con documentos de identidad pertenecientes a otro Estado de la Unión Europea o de un tercer Estado si el objetivo es utilizarlos en España.

Las tarjetas de crédito o débito requieren también su propia tutela frente a la falsificación, a cuyo fin se describe específicamente esa conducta referida a ellas o a los cheques de viaje. La comprobada frecuencia con la que estas actividades delictivas se descubren como propias de organizaciones criminales obliga al establecimiento de las correspondientes previsiones represoras. La tutela penal se extiende a su vez al tráfico con esos instrumentos falsos y a su uso y tenencia en condiciones que permitan inferir su destino al tráfico, aunque no se haya intervenido en la falsificación.

## Centésimo decimocuarto.-

Se modifica el artículo 392, que queda redactado como sigue:

«1. El particular que cometiere en documento público, oficial o mercantil, alguna de las falsedades descritas en los tres primeros números del apartado 1 del artículo 390, será castigado con las penas de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses.

2. Las mismas penas se impondrán al que, sin haber intervenido en la falsificación, traficare de cualquier modo con un documento de identidad falso. Se impondrá la pena de prisión de seis meses a un año y multa de tres a seis meses al que hiciera uso, a sabiendas, de un documento de identidad falso.

Esta disposición es aplicable aun cuando el documento de identidad falso aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o

haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado o se trafica con él en España.»

#### **Centésimo decimoquinto.-**

Se modifica el artículo 399, que queda redactado como sigue:

«1. El particular que falsificare una certificación de las designadas en los artículos anteriores será castigado con la pena de multa de tres a seis meses.

2. La misma pena se impondrá al que hiciere uso, a sabiendas, de la certificación, así como al que, sin haber intervenido en su falsificación, traficare con ella de cualquier modo.

3. Esta disposición es aplicable aun cuando el certificado aparezca como perteneciente a otro Estado de la Unión Europea o a un tercer Estado o haya sido falsificado o adquirido en otro Estado de la Unión Europea o en un tercer Estado si es utilizado en España.»

#### **Centésimo decimosexto.-**

Se añade la Sección 4.ª del Capítulo II del Título XVIII del Libro II, que comprenderá el artículo 399 bis y tendrá la siguiente rúbrica:

«De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje»

#### **Centésimo decimoséptimo.-**

Se añade el artículo 399 bis, que queda redactado como sigue:

«1. El que altere, copie, reproduzca o de cualquier otro modo falsifique tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje, será castigado con la pena de prisión de cuatro a ocho años. Se impondrá la pena en su mitad superior cuando los efectos falsificados afecten a una generalidad de personas o cuando los hechos se cometan en el marco de una organización criminal dedicada a estas actividades.

Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los anteriores delitos, se le impondrá la pena de multa de dos a cinco años.

Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33.

2. La tenencia de tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados destinados a la distribución o tráfico será castigada con la pena señalada a la falsificación.

3. El que sin haber intervenido en la falsificación usare, en perjuicio de otro y a sabiendas de la falsedad, tarjetas de crédito o débito o cheques de viaje falsificados será castigado con la pena de prisión de dos a cinco años.»

#### **Centésimo decimoctavo.-**

Se añade el artículo 400 bis, que tendrá la siguiente redacción:

«En los supuestos descritos en los artículos 392, 393, 394, 396 y 399 de este Código también se entenderá por uso de documento, despacho, certificación o documento de identidad falsos el uso de los correspondientes documentos, despachos, certificaciones o documentos de identidad auténticos realizado por quien no esté legitimado para ello.»

La adición de este artículo implica que la rúbrica del correspondiente Capítulo III, en que se integra, pase a ser «Disposiciones generales».

### **XXVIII**

**E**l devenir de los pronunciamientos jurisprudenciales ha demostrado la incapacidad del actual delito de asociación ilícita para responder adecuadamente a los diferentes supuestos de agrupaciones u organizaciones criminales.

En primer lugar –y de ello da prueba la escasa aplicación del vigente artículo 515 del Código Penal, fuera de los casos de bandas armadas u organizaciones terroristas– la configuración de dicho delito como una manifestación de ejercicio abusivo, desviado o patológico del derecho de asociación que consagra el artículo 22 de la Constitución, no responde ni a la letra ni al espíritu de esta norma. El texto constitucional declara la ilegalidad de las asociaciones que persigan fines o utilicen medios tipificados como delito; de donde desde luego no es forzoso deducir que cualquier agrupación de personas en torno a una actividad delictiva pueda conceptuarse como asociación, y menos aún asimilarse al ejercicio de un derecho fundamental, como sugiere la ubicación sistemática de la norma penal.

Las organizaciones y grupos criminales en general no son realmente «asociaciones» que delinquen, sino agrupaciones de naturaleza originaria e intrínsecamente delictiva, carentes en muchos casos de forma o apariencia jurídica alguna, o dotadas de tal apariencia con el exclusivo propósito de ocultar su actividad y buscar su impunidad. Adicionalmente hay que apuntar que la inclusión de las organizaciones terroristas en el artículo 515 del Código Penal había generado problemas en el campo de la cooperación internacional por los problemas que para el cumplimiento del requisito de doble incriminación suponía la calificación de la organización terrorista como asociación ilícita.

A sabiendas, precisamente, de la polémica doctrinal surgida en torno a la ubicación sistemática de estos tipos penales, se ha optado finalmente, en el propósito de alterar lo menos posible la estructura del vigente Código Penal, por situarlos dentro del Título XXII del Libro II, es decir, en el marco de los delitos contra el orden público. Lo son, inequívocamente, si se tiene en cuenta que el fenómeno de la criminalidad organizada atenta directamente contra la base misma de la democracia, puesto que dichas organizaciones, aparte de multiplicar cuantitativamente la potencialidad lesiva de las distintas conductas delictivas llevadas a cabo en su seno o a través de ellas, se caracterizan en el aspecto cualitativo por generar procedimientos e instrumentos complejos específicamente dirigidos a asegurar la im-



punidad de sus actividades y de sus miembros, y a la ocultación de sus recursos y de los rendimientos de aquéllas, en lo posible dentro de una falsa apariencia de conformidad con la ley, alterando a tal fin el normal funcionamiento de los mercados y de las instituciones, corrompiendo la naturaleza de los negocios jurídicos, e incluso afectando a la gestión y a la capacidad de acción de los órganos del Estado.

La seguridad jurídica, la vigencia efectiva del principio de legalidad, los derechos y las libertades de los ciudadanos, en fin, la calidad de la democracia, constituyen de este modo objetivos directos de la acción destructiva de estas organizaciones. La reacción penal frente a su existencia se sitúa, por tanto, en el núcleo mismo del concepto de orden público, entendido éste en la acepción que corresponde a un Estado de Derecho, es decir, como núcleo esencial de preservación de los referidos principios, derechos y libertades constitucionales.

Hay que recordar también que la jurisprudencia relativa al delito de asociación ilícita, así como la que ha analizado las ocasionales menciones que el Código Penal vigente hace a las organizaciones criminales (por ejemplo, en materia de tráfico de drogas), requiere la comprobación de una estructura con vocación de permanencia, quedando fuera por tanto otros fenómenos análogos muy extendidos en la sociedad actual, a veces extremadamente peligrosos o violentos, que no reúnen esos requisitos estructurales. La necesidad de responder a esta realidad conduce a la definición, en paralelo con las organizaciones, de los que esta Ley denomina grupos criminales, definidos en el nuevo artículo 570 ter precisamente por exclusión, es decir, como formas de concertación criminal que no encajan en el arquetipo de las citadas organizaciones, pero sí aportan un plus de peligrosidad criminal a las acciones de sus componentes.

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

Así, en el caso de las organizaciones criminales, el nuevo artículo 570 bis tipifica primero las conductas básicas de constitución, dirección y coordinación, distinguiendo según se trate de cometer delitos graves u otras infracciones criminales (incluida la reiteración de faltas), y en un segundo nivel punitivo sitúa las actividades de participación o cooperación, a las que se anuda una respuesta penal inferior, agregando en fin agravaciones específicas en función de las características de la organización y el tipo de delitos que tiene por objeto.

Los grupos criminales se contemplan en el artículo 570 ter, equiparándose las conductas de constitución de los mismos con la financiación de su actividad o la integración en ellos, pero siempre distinguiendo la respuesta punitiva a partir de la gravedad de las infracciones criminales que tratan de cometer, en términos análogos a los que rigen para las organizaciones, y con similares agravaciones en razón de las características del grupo.

#### **Centésimo cuadragésimo segundo.-**

Se añade un Capítulo VI al Título XXII del Libro II, que comprenderá los artículos 570 bis, 570 ter y 570 quáter y tendrá la siguiente rúbrica: «De las organizaciones y grupos criminales»

#### **Centésimo cuadragésimo tercero.-**

Se añade el artículo 570 bis, que queda redactado como sigue:

«1. Quienes promovieren, constituyeren, organizaren, coordinaren o dirigieren una organización criminal serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años si aquélla tuviere por finalidad u objeto la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de tres a seis años en los demás casos; y quienes participaren activamente en la organización, formaren parte de ella o cooperaren económicamente o de cualquier otro modo con la misma serán castigados con las penas de prisión de dos a cinco años si tuviere como fin la comisión de delitos graves, y con la pena de prisión de uno a tres años en los demás casos.

A los efectos de este Código se entiende por organización criminal la agrupación formada por más de dos personas con carácter estable o por tiempo indefinido, que de manera concertada y coordinada se repartan diversas tareas o funciones con el fin de cometer delitos, así como de llevar a cabo la perpetración reiterada de faltas.

2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando la organización:

- a) esté formada por un elevado número de personas.
- b) disponga de armas o instrumentos peligrosos.
- c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado. 3. Se impondrán en su mitad superior las penas respectivamente previstas en este artículo si los delitos fueron contra la vida o la integridad de las personas, la libertad, la libertad e indemnidad sexuales o la trata de seres humanos.»

#### **Centésimo cuadragésimo cuarto.-**

Se añade el artículo 570 ter, que queda redactado como sigue:

«1. Quienes constituyeren, financiaren o integraren un grupo criminal serán castigados:

- a) Si la finalidad del grupo es cometer delitos de los mencionados en el apartado 3 del artículo anterior, con la pena de dos a cuatro años de prisión si se trata de uno o más delitos graves y con la de uno a tres años de prisión si se trata de delitos menos graves.
- b) Con la pena de seis meses a dos años de prisión si

la finalidad del grupo es cometer cualquier otro delito grave.

*c) Con la pena de tres meses a un año de prisión cuando se trate de cometer uno o varios delitos menos graves no incluidos en el apartado a) o de la perpetración reiterada de faltas, debiéndose imponer en este último caso la pena en su mitad inferior, salvo que la finalidad del grupo fuera la perpetración reiterada de la falta prevista en el número 1 del artículo 623, en cuyo caso podrá imponerse la pena en toda su extensión.*

A los efectos de este Código se entiende por grupo criminal la unión de más de dos personas que, sin reunir alguna o algunas de las características de la organización criminal definida en el artículo anterior, tenga por finalidad o por objeto la perpetración concertada de delitos o la comisión concertada y reiterada de faltas.

2. Las penas previstas en el número anterior se impondrán en su mitad superior cuando el grupo:

- a) esté formado por un elevado número de personas.
- b) disponga de armas o instrumentos peligrosos.
- c) disponga de medios tecnológicos avanzados de comunicación o transporte que por sus características resulten especialmente aptos para facilitar la ejecución de los delitos o la impunidad de los culpables.

Si concurrieran dos o más de dichas circunstancias se impondrán las penas superiores en grado.»

#### **Centésimo cuadragésimo quinto.-**

Se añade el artículo 570 quáter, que queda redactado como sigue:

«1. Los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias del artículo 31 bis de este Código.

2. Asimismo se impondrá a los responsables de las conductas descritas en los dos artículos anteriores,

además de las penas en ellos previstas, la de inhabilitación especial para todas aquellas actividades económicas o negocios jurídicos relacionados con la actividad de la organización o grupo criminal o con su actuación en el seno de los mismos, por un tiempo superior entre seis y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso, atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los cometidos y a las circunstancias que concurran en el delincuente.

En todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieren comprendidas en otro precepto de este Código, será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8.

3. Las disposiciones de este Capítulo serán aplicables a toda organización o grupo criminal que lleve a cabo cualquier acto penalmente relevante en España, aunque se hayan constituido, estén asentados o desarrollen su actividad en el extranjero.

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

### **Fundación Paulino Torras Domènech**

Observadora no gubernamental de la Organización Internacional de las Migraciones (O.I.M.)  
Colaboradora de la Organización Internacional del Trabajo (O.I.T.)

Departamento de actividades culturales  
dac@fptd.org  
[www.fptd.org](http://www.fptd.org)  
[www.itinerauniversitas.org](http://www.itinerauniversitas.org)



Itinera Digital nace con la vocación de proporcionar a los profesionales y a los diversos agentes con conocimientos especializados en la materia, una rigurosa selección de textos legales vigentes extractados literalmente - incluidos los internacionales - y jurisprudencia, que inciden en las variables del conocimiento de cuestiones jurídicas actuales, controvertidas y de interés práctico.