CONSEJO DE ESTADO

Núm.: 541/2022

Tengo el honor de remitir a V. E. el dictamen emitido por el Consejo de Estado en el expediente de referencia, y el voto particular formulado por un Consejero, recordándole al propio tiempo lo dispuesto en el artículo 7.4 del Real Decreto 1674/1980, de 18 de julio, sobre comunicación a este Consejo de la resolución que se adopte en definitiva.

Madrid, 21 de abril de 2022

LA PRESIDENTA,

CONSEJO DE ESTADO
REGISTRO GENERAL
27 Abr. 2022
Número 541/2022 Hora 10:54
SALIDA

EXCMA. SRA. MINISTRA DE JUSTICIA.

CONSEJO DE ESTADO

Nº: 541/2022

S E Ñ O R E S :

Fernández de la Vega Sanz, Presidenta
Herrero y Rodríguez de Miñón
Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer
Andrés Sáenz de Santa María
Aza Arias
Manzanares Samaniego
Camps Cervera
Alonso García
Asua Batarrita
Hernández-Gil Álvarez-Cienfuegos,
Secretaria General

La Comisión Permanente del Consejo de Estado, en sesión celebrada el día 21 de abril de 2022, con asistencia de los señores que al margen se expresan, emitió, por mayoría, el siguiente dictamen, con el voto particular del Consejero Sr. Manzanares Samaniego, que se copia a continuación:

"En cumplimiento de la Orden de V. E. de 1 de abril de 2022, con registro de entrada del mismo día, el Consejo de Estado ha examinado el expediente relativo al 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.

De antecedentes resulta:

Primero. Contenido del anteproyecto de Ley Orgánica

El anteproyecto sometido a consulta consta de una exposición de motivos en la que se hace referencia a la construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia de la Unión Europea, objetivo de la Unión Europea que pretende, mediante la convergencia y la armonización, crear unas reglas mínimas comunes para los "*eurodelitos*", en particular, para los que tienen dimensión transfronteriza.

Para conseguir este objetivo es necesaria la pronta y diligente transposición de varias normas de la Unión Europea, de forma que se eviten las consecuencias de los procedimientos de infracción abiertos por la Comisión Europea. Se trata de dos concretos casos, 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, respecto de la que la Comisión Europea inició, mediante carta de emplazamiento el procedimiento de infracción 2021/0222, por falta de transposición, y 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, sobre la que la Comisión Europea adoptó el 25 de julio de 2019 la carta de emplazamiento 2019/2127, en la que se concluye que la misma no ha sido transpuesta correctamente por el Reino de España.

Ambas materias obligan a una modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, y 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. Es oportuno, además, 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, 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.

El anteproyecto modifica estas dos normas en sus dos artículos, a los que se suman dos disposiciones adicionales y cuatro disposiciones finales, optando, señala la exposición de motivos, por una reforma mínima que permita su rápida tramitación.

En lo que se refiere a la transposición 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, debería haber culminado el 31 de mayo de 2021. La norma pretende avanzar en la lucha contra la criminalidad organizada, en la llamada protección penal de "tercera generación", que se extiende a los medios de pago distintos del dinero o las tarjetas. Se tiene en cuenta, además, 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. Para insertar estos preceptos en nuestro ordenamiento se ha optado por mantener la sistemática del Código Penal, vinculando las conductas descritas en la directiva con los tipos penales españoles en el ámbito de la estafa y en el ámbito de las falsedades.

En lo que se refiere a la transposición 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 exposición de motivos señala que fue incorporada al ordenamiento jurídico español mediante la Ley Orgánica 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. En relación con esta directiva la Comisión Europea ha abierto un procedimiento de infracción el 25 de julio de 2019, el procedimiento 2019/2127 sobre un extremo muy concreto, la pena aplicable, ya que la pena privativa de libertad ha de ser mayor de cuatro años según la directiva. Se modifica el artículo 285 del Código Penal en este sentido.

El anteproyecto incorpora a la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, determinados preceptos 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. Y, por otra parte, incorpora expresamente algunos preceptos del Reglamento (UE) 2019/816 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019. Este aspecto se completa con la modificación de algunos extremos técnicos relacionados con el intercambio de información, simplificando el sistema.

El artículo primero del anteproyecto de Ley Orgánica modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en este sentido:

- El apartado uno modifica el apartado 4 del artículo 136 sobre las inscripciones de antecedentes penales.
- El apartado dos modifica el artículo 248 que regula el delito de estafa e incorpora las previsiones de la directiva.
- El apartado tres modifica el artículo 249, que regula también el delito de estafa.
- El apartado cuatro añade un nuevo apartado 3 al artículo 250 del Código Penal.
- El apartado cinco modifica el apartado 1 del artículo 252.
- El apartado seis modifica el apartado 1 del artículo 253 del Código Penal.
- El apartado siete modifica el apartado 5 del artículo 285.
- El apartado ocho modifica el texto de la rúbrica de la Sección 4.ª del capítulo II del título XVIII del libro II, que pasará a tener el siguiente contenido: «De la falsificación de tarjetas de crédito y débito, cheques de viaje y demás instrumentos de pago distintos del efectivo».
- El apartado nueve modifica el artículo 399 *bis* del Código Penal.

- El apartado diez añade un nuevo artículo, el 399 *ter*, que define el concepto de instrumento de pago distinto del efectivo, en la línea de lo definido por la directiva.
- El apartado once modifica el artículo 400 del Código Penal.

El artículo segundo del anteproyecto de Ley Orgánica modifica 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, en este sentido:

- El apartado uno modifica el artículo 1, que describe el objeto de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre.
- El apartado 2 modifica el artículo 4, en sus apartados 1 y 2.
- El apartado tres modifica el artículo 5, sobre el Registro Central de Penados, antes de Penados y Rebeldes.
- El apartado cuatro modifica los apartados 1 y 2 del artículo 6 y añade un nuevo apartado 4 a este precepto.
- El apartado cinco modifica el apartado 2 del artículo 7 en relación con las huellas dactilares y la imagen facial.
- El apartado seis introduce un nuevo artículo 7 *bis*.
- El apartado siete introduce un nuevo apartado 2 en el artículo 8 en la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre.
- El apartado ocho suprime los párrafos segundo y tercero del artículo 9.
- El apartado nueve modifica los apartados 1 y 3 del artículo 10, relativo al Registro Central de Penados.
- El apartado diez suprime el actual apartado 2 del artículo 11 y añade varios nuevos apartados 2, 3, 4 y 5 al precepto.
- El apartado once introduce un nuevo apartado 4 en el artículo 13.
- El apartado doce modifica el segundo párrafo del artículo 15 de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre.

El anteproyecto se compone, además, de una disposición adicional primera sobre las referencias al Registro Central de Penados y Rebeldes, que habrán de entenderse hechas al Registro Central de Penados, y una disposición adicional segunda sobre los efectos del silencio en los procedimientos de solicitud de cancelación de antecedentes penales.

La disposición final primera modifica la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que se refiere al Registro Central de Menores, la disposición final segunda se refiere el título competencial que ampara la norma sometida a consulta, la tercera a la incorporación del Derecho de la Unión Europea, y la cuarta y última disposición penal a la entrada en vigor.

Es oportuno dejar constancia de que el asunto ha sido calificado como urgente. El anteproyecto fue aprobado, a los efectos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, por el Consejo de Ministros de 8 de noviembre de 2021, y en el mismo Consejo de Ministros se aprobó el acuerdo por el que se autoriza la tramitación urgente del procedimiento de elaboración y aprobación de la norma. Así se ha remitido al Consejo de Estado calificado como urgente.

Segundo. El contenido del expediente y la memoria del análisis de impacto normativo

Consta en el expediente el texto del anteproyecto remitido en consulta, formulado a propuesta del Ministerio de Justicia y hasta tres de sus versiones anteriores. Al anteproyecto acompaña la memoria del análisis de impacto normativo y varios informes emitidos por distintas dependencias de los Ministerios de Hacienda y Función Pública, Interior, Asuntos Económicos y Transformación Digital, así como los informes del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo Fiscal. El anteproyecto ha sido también sometido a trámite de consulta previa y han intervenido el Colegio de Registradores de España, la Asociación Española de Banca y el Centro Registral Antiblanqueo, así como la Agencia Española de Protección de Datos.

La memoria justificativa, fechada el 30 de marzo de 2022 en su última versión, señala que el objetivo fundamental de la norma es incorporar al ordenamiento interno varias directivas que afectan a aspectos penales sustantivos, modificando el 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. La norma se dicta al amparo de la competencia exclusiva que al Estado se atribuye para dictar legislación penal y procesal, en el artículo 149.1.6.ª de la Constitución Española.

Señala la memoria que la norma pretende cumplir con nuestros compromisos en el contexto de procedimientos de infracción abiertos por la Comisión. El plazo para la transposición 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, terminó el 31 de mayo de 2021, de modo que se ha recibido carta de emplazamiento por la tardía transposición. En el caso del procedimiento de infracción abierto en relación con la transposición efectuada 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, es oportuno cumplir con los compromisos y modificar la norma en cuanto a la pena aplicable. Por estas razones, por Acuerdo del Consejo de Ministros de 8 de noviembre de 2021, se aprobó la tramitación urgente del anteproyecto.

La memoria justifica después la naturaleza de ley orgánica de la norma proyectada (salvo en los apartados dos a once del artículo 2) y la oportunidad de la propuesta y expone cómo se han respetado los principios de buena regulación, en particular el que afecta a la transposición en plazo. Se refiere, además, a la tramitación y da cuenta de los informes recabados y aportados al expediente. El anteproyecto ha sido sometido a consulta pública y al trámite de audiencia e información pública. Se ha solicitado el informe de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, que no se ha recibido.

La memoria analiza los impactos de la norma descartando los impactos en el aspecto económico, presupuestario, de género o en las cargas

administrativas. Se analiza el impacto por razón del cambio climático, que será nulo, cumpliendo con el principio de no causar daño significativo alguno. No existen impactos en la familia, la adolescencia, la infancia, la igualdad de oportunidades, la no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad.

Consta en la memoria un anexo I, con la tabla comparativa de los preceptos transpuestos y un análisis de las alegaciones emitidas en trámite de consulta previa y audiencia, en el anexo II.

Tercero. La tramitación del anteproyecto de Ley Orgánica

La tramitación de la norma enviada al Consejo de Estado comenzó en abril de 2019. El trámite de consulta previa sobre la incorporación de la Directiva (UE) 2019/713, de acuerdo con el artículo 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, se sustanció del 5 al 25 de abril de 2019. Se presentaron en este trámite observaciones del Colegio de Registradores de España, de la Asociación Española de Banca y del Colegio de Registradores de España-Centro Registral Antiblanqueo. En el caso de la Directiva (UE) 2019/884, el trámite tuvo lugar entre el 30 de noviembre y el 16 de diciembre de 2019. Presentó observaciones el Colegio de Registradores de España.

El Colegio de Registradores de España planteó el supuesto de responsabilidad de las personas jurídicas, que contempla la Directiva (UE) 2019/713, en relación con las funciones del Registro Mercantil y sugirió que la competencia de investigación debería determinarse por el lugar en que se causa el daño, ya que el Reino de España es fundamentalmente receptor de inversiones extranjeras. La Asociación Española de Banca entiende que es oportuno contemplar los casos de usos fraudulentos de instrumentos de pago inmateriales inicialmente adquiridos de forma lícita y sugiere ampliar el ámbito propio de los artículos 4 y 5 para tener en cuenta los casos de TPV virtuales en el comercio electrónico, donde se han incrementado los fraudes. El Centro Registral Antiblanqueo del Colegio de Registradores de la Propiedad Mercantiles y Bienes Muebles de España sugiere contemplar el fenómeno de

las monedas virtuales y los proveedores de servicios de monederos electrónicos. Entiende que deben ser inscritos en el Registro Mercantil los proveedores de servicios de cambio de monedas fiduciarias y de servicios de cambio de monedas virtuales. En lo que se refiere a los antecedentes penales, se plantea la posibilidad de conceder acceso a la consulta de antecedentes de los administradores de la sociedad por parte de los registradores, así como la inscripción en el Registro Mercantil de las sentencias que declaren la inhabilitación de los administradores, medidas ambas que servirían para un mejor cumplimiento de lo previsto en las normas de la Unión Europea que se trata de incorporar.

El primer texto de la norma, fechado el 4 de noviembre de 2021 junto con la correspondiente memoria de impacto fue enviado en solicitud de informes a los Ministerios de Hacienda y Función Pública, Asuntos Económicos Transformación Digital y del Interior. Fue enviado también a la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, la Agencia Española de Protección de Datos, el Consejo General del Poder Judicial y el Consejo Fiscal.

La Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial en su reunión de 2 de diciembre de 2021, acordó solicitar una prórroga del plazo para poder emitir su informe. En escrito de 6 de diciembre de 2021, el secretario de Estado de Justicia deniega la prórroga.

En trámite de audiencia presentó sus sugerencias don Antonio Salamanca García, que se refiere a una denuncia que ha presentado ante la auditoría del Banco Central Europeo.

El informe del Ministerio de Hacienda y Función Pública, de 7 de diciembre de 2021, describe el contenido de la norma y destaca que la aplicación de la misma no requerirá más medios o disponibilidades que las existentes, de manera que no se formulan objeciones.

El 14 de diciembre de 2021 presentó sus consideraciones el Ministerio de Asuntos Económicos y Transformación Digital, que formula varias consideraciones formales y estima que ha de completarse la memoria con la

referencia que proceda en relación con del Plan Normativo del año 2021. La sugerencia fue aceptada y se incorporó en la memoria el daño preciso: el anteproyecto está en el Plan Normativo 2022.

El informe de la Agencia Española de Protección de Datos se detiene en el carácter preceptivo del informe, que se refiere fundamentalmente a las modificaciones que se han de introducir en la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre. Se refiere a la diferencia existente entre "imagen facial" y "dato biométrico", expresada en el informe de la propia AEPD 36/2002, en el que se precisa que datos biométricos son los "datos personales obtenidos a partir de un tratamiento técnico específico, relativos a las características físicas, fisiológicas o conductuales de una persona física que permitan o confirmen la identificación única de dicha persona, como imágenes faciales o datos dactiloscópicos" y concluye que la imagen facial, no sometida a tratamiento técnico, no puede ser considerada, por sí sola, un dato biométrico, a los efectos de lo previsto en el Reglamento (UE) 2019/816 y la Directiva (UE) 2019/884. Valora, además, la normativa vigente sobre protección de datos personales en el ámbito penal, recogida 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, por la que se ha procedido a la transposición de la Directiva (UE) 2016/680 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, que configura un régimen especial que podrá ser aplicado solo en determinados casos relativos a sanciones penales. En el caso sometido a consulta el tratamiento de datos se acoge al régimen general del Reglamento General de Protección de Datos. La valoración de la norma es, por todo ello, favorable. Considera, por otra parte, la agencia, que es correcta la regulación prevista para el Registro de Medidas Cautelares y también la creación del Registro Central de Menores.

En el informe de la Secretaría General Técnica del Ministerio del Interior, de 22 de diciembre de 2021, se deja constancia de que ni la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre ni el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero están adaptados a la Directiva 680/2016 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, 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, ni a la norma que la transpuso a nuestro ordenamiento, la vigente 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. Sobre este aspecto ha de quedar reflejo en la exposición de motivos del anteproyecto de Ley Orgánica. En el mismo sentido estima que la expresión "cancelación" de la disposición adicional segunda debe sustituirse por la expresión "supresión" y que procede incorporar la misma referencia a la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo, en la disposición adicional tercera. La sugerencia fue aceptada parcialmente en el texto final.

Cuarto. El informe del Consejo General del Poder Judicial

El Consejo General del Poder Judicial emitió su informe el 20 de diciembre de 2021, analizando por separado las modificaciones previstas en el Código Penal y las previstas en la Ley Orgánica 7/2021, de 26 de mayo.

En cuanto al primer aspecto se refiere a la definición de "instrumentos de pago distintos del efectivo", que se incorpora al Código Penal y las modalidades del delito de estafa. Destaca que el nuevo artículo 399 *bis* se ubica 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. En cuanto al tipo previsto para el nuevo artículo 248.2 (sic) entiende el Consejo General que colma las exigencias de la directiva y se acomoda al sistema del Código Penal español, tipificando la sustracción de medios de pago tanto materiales como inmateriales. Destaca el informe que las conductas autónomas y previas al uso fraudulento de los medios de pago serán absorbidas por del

delito de resultado cuando se produzca este uso fraudulento. En caso contrario deberá graduarse la pena de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Precisa, además, que las normas aplicables a las personas jurídicas no precisan transposición, ya que la responsabilidad de las personas jurídicas ya está contemplada en el Código Penal.

En lo que afecta a reforma del artículo 285 del Código Penal para la correcta transposición de la Directiva 2014/57/UE se deja constancia de que en la modificación de los artículos 285 *bis* a 285 *quater* se incorporó un tipo atenuado para quien obtenga información reservada en circunstancias distintas de las previstas en el precepto anterior. La Comisión ha considerado que esta rebaja de pena no constituye una adaptación correcta de la directiva, ya que la pena no debe ser inferior a cuatro años, y se modificará en el texto sometido a consulta.

Sobre 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, el informe estima que responde adecuadamente al principio de reconocimiento mutuo de resoluciones judiciales y estima que la transposición que se lleva a cabo es correcta.

Finalmente, por lo que se refiere a la incorporación de forma expresa de algunos preceptos contenidos en el Reglamento (UE) 2019/816, recuerda el Consejo General del Poder Judicial 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. Se estima igualmente correcta.

Sobre la disposición adicional segunda, relativa a los efectos del silencio en materia de antecedentes penales, expresa el informe que la regulación del silencio se acomoda al ordenamiento, pero añade: *"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".

El informe termina con las conclusiones, cuarenta y dos, y con una valoración favorable del anteproyecto.

Quinto. El informe del Consejo Fiscal

El informe del Consejo Fiscal, solicitado el 15 de noviembre de 2021, fue emitido el 4 de marzo de 2022. Se detiene a examinar la oportunidad de la propuesta en el ámbito de la lucha contra la criminalidad de la Unión Europea y valora las necesidades de transposición, emitiendo un informe globalmente positivo.

Estima que procede modificar el artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para aclarar que corresponde a la Audiencia Nacional el enjuiciamiento de causas por delitos de falsificación de moneda en determinados casos (apartado 1.º. b) para evitar eventuales conflictos.

Por lo que se refiere a las modificaciones del Código Penal estima que es prudente separar la tipificación de las conductas puramente defraudatorias de aquellas que, en realidad, son preparatorias de la estafa, en el artículo 248.2 (sic) del Código Penal y estima que sería más precisa la expresión "borrado de datos informáticos" en la proyectada reforma del artículo 248.2, expresión que no se ha considerado preferible a la utilizada, ya que la definición se encuentra en otro artículo del anteproyecto. Propone el informe una relación alternativa para el artículo 249, respetuosa con el contenido de la directiva y valora la nueva redacción del artículo 285.5 del Código Penal como correcta.

Estima el informe que la modificación de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, se acomoda a las finalidades previstas por el sistema ECRIS. Hasta ahora el modo de obtener información era dirigirse a todos y cada uno de los Estados miembros, ahora será posible una solicitud centralizada. Las modificaciones propuestas se consideran correctas. Estima

que en el proyectado artículo 11 la expresión "jueces y fiscales" debe sustituirse por la de "autoridades judiciales", consideración que ha sido aceptada.

El informe no realiza objeciones a las disposiciones adicionales ni finales y concluye, como se dijo, con una valoración favorable del texto normativo.

Sexto. La formulación de la versión final

Una nueva versión de la norma fue analizada por la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia, que emite su informe preceptivo el 30 de marzo de 2022. Describe el contenido de la norma y sus antecedentes y se refiere posteriormente a la tramitación del anteproyecto, dejando constancia de que se ha sometido a los trámites de consulta pública y audiencia e información pública. El informe de la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa del Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática, que procede según el artículo 26.9 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, se solicitó el 12 de noviembre y el 14 de diciembre de 2021. No se ha recibido.

En la última versión consta un anexo sobre las consideraciones y sugerencias que han sido aceptadas y las que no lo han sido. Es oportuno detenerse en la consideración formulada por el Consejo Fiscal a propósito de la competencia de la Audiencia Nacional y la oportunidad de modificar el artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial. La consideración no se ha incorporado pero la secretaría general técnica se expresa así:

> "Se estima que por línea interpretativa se acogerá tal solución, como de hecho indica el informe del CF.
> No obstante, se ofrece una alternativa de redacción si el Consejo de Estado lo estima necesario:
>
> *"1. art. 65 LOPJ La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá:*

1.º Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos

b) Falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales".

Como ya se expresó en estos antecedentes acerca de la disposición adicional segunda, el informe del Consejo General de Poder Judicial señalaba que era oportuno valorar "*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*". En lo que se refiere a esta ponderación, el Ministerio de Justicia estima: "*Hay que valorar la gravedad de las consecuencias de un silencio negativo respecto de una persona a quien se aplique la reincidencia por ello. No obstante, hay un porcentaje ínfimo de supuestos no resueltos (no llega a 3 en el último año). Una resolución desestimatoria presunta tiene una rápida vía de impugnación y revocación, mientras que una resolución estimatoria presunta exige para su anulación la puesta en marcha de procedimientos de revisión de oficio que se dilatan en el tiempo, perdiendo en alguna ocasión su verdadero sentido*".

No se formulan objeciones al texto, dado que la propia secretaría general técnica ha participado en su elaboración e impulso.

Séptimo: documentación recibida con posterioridad.

Ya el expediente despachado e incorporado al orden del día se ha recibido en el Consejo de Estado el informe evacuado el 8 de abril de 2020, por la Oficina de Coordinación y Calidad Normativa, que, por no haber estado incorporado al expediente remitido, no se ha podido tener en cuenta.

Por acuerdo del Consejo de Ministros de 21 de abril de 2022, se solicita a la Comisión Permanente del Consejo de Estado la emisión de dictamen con carácter urgente, no más tarde del 21 de abril de 2022, en relación con 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.

A la vista de todo ello, el Consejo de Estado formula las siguientes consideraciones:

I. Sobre el objeto de la consulta y el carácter de dictamen del Consejo de Estado

El expediente remitido se refiere a un 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.

La norma enviada en consulta tiene como objetivo principal la transposición de varias normas de la Unión Europea, obligación asumida por el Reino de España. La calificación de urgencia en el expediente pretende evitar las posibles consecuencias de los procedimientos de infracción abiertos por la Comisión Europea contra el Reino de España.

En efecto, en el caso 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, la Comisión Europea ha iniciado el procedimiento de infracción 2021/0222, por falta de transposición, mediante la

oportuna carta de emplazamiento. En el caso 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 Comisión Europea ha entendido que la misma no fue transpuesta correctamente por el Reino de España.

En este marco se inserta el dictamen del Consejo de Estado. La competencia para emitir dictamen corresponde al Pleno del Consejo de Estado, de conformidad con lo previsto en el artículo 21.2 de su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, que prevé que al Consejo de Estado en Pleno corresponde emitir dictamen preceptivo en los supuestos de "*Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo*".

Como puede apreciarse en el relato de antecedentes, la tramitación de la norma ahora sometida a consulta comenzó en abril de 2019, con el trámite de consulta previa y se prolongó durante varios meses. Es oportuno dejar constancia de que el asunto ha sido calificado como urgente. El anteproyecto fue aprobado, a los efectos previstos en el artículo 26.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, por el Consejo de Ministros de 8 de noviembre de 2021, y en la misma reunión del Consejo de Ministros, se aprobó el acuerdo por el que se autoriza la tramitación urgente del procedimiento de elaboración y aprobación de la norma. Los informes preceptivos se solicitaron en el mes de noviembre de 2021 y fueron emitidos a lo largo de los meses de noviembre y diciembre, salvo en el caso del informe del Consejo Fiscal, emitido el 4 de marzo de 2022.

Así calificado se ha remitido al Consejo de Estado invocando el artículo 19.1 de la Ley Orgánica del Consejo de Estado, que dispone: "Cuando en la orden de remisión de los expedientes se haga constar la urgencia del dictamen, el plazo máximo para su despacho será de quince días, salvo que el Gobierno o su Presidente fijen otro inferior".

Como ya ha señalado en otras ocasiones el Consejo de Estado (dictámenes del Pleno del Consejo de Estado números 1.116/2015, de 10 de marzo de 2016, sobre el Anteproyecto de Ley de Contratos del Sector

Público, 1.115/2015, de 10 de marzo de 2016, sobre el Anteproyecto de Ley sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y 796/2016, de 27 de octubre, sobre el Anteproyecto de Ley sobre precursores de explosivos) la emisión del presente dictamen comporta la culminación del procedimiento de elaboración de la norma, a falta de su aprobación como proyecto de ley y ulterior remisión a las Cortes Generales para su tramitación.

Dado que en la práctica la Comisión Europea no continua con el expediente por incumplimiento si se ha llegado a culminar el procedimiento interno, resulta oportuno, despachar esta consulta a la mayor brevedad posible.

II. Sobre la tramitación del expediente

Respecto de la tramitación del anteproyecto, y en el marco de lo dispuesto por el artículo 22 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, pueden considerarse atendidas las exigencias de índole procedimental que deben seguirse para preparar, con las necesarias garantías, un texto normativo como el ahora examinado.

Se han incorporado al expediente varias versiones del texto del anteproyecto de Ley Orgánica formulado por el Ministerio de Justicia, así como la versión definitiva sometida a dictamen de este Consejo, a las que acompañan las memorias del análisis de impacto normativo en los términos legalmente requeridos por el artículo 26.3 de la mencionada Ley del Gobierno, en relación con el Real Decreto 931/2017, de 27 de octubre, por la que se regula la Memoria del Análisis de Impacto Normativo. La memoria analiza la necesidad y oportunidad de la propuesta, las alternativas de regulación ponderadas, su contenido y análisis jurídico, el análisis sobre la adecuación de la ley proyectada al orden constitucional de distribución de competencias y los trámites seguidos en el procedimiento de elaboración, así como la evaluación de los impactos normativos en los diversos órdenes legalmente establecidos.

El texto fue sometido, previamente a su formulación, al trámite de consulta pública previa, de conformidad con lo previsto en el artículo 133.1 de la

Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y en el artículo 26.2 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, mediante la publicación del correspondiente anuncio en el portal web del departamento consultante.

A los efectos del artículo 26.4 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, el texto inicial del anteproyecto de Ley Orgánica formulado fue elevado por el ministro del Interior al Consejo de Ministros, que tomó conocimiento del mismo en su reunión del 8 de noviembre de 2021.

A lo largo del procedimiento de elaboración de la norma proyectada, se han recabado los informes, dictámenes y aprobaciones previas que resultan preceptivos. En particular, constan en el expediente los informes emitidos por distintas dependencias de los Ministerios de Hacienda y Función Pública, Interior, Asuntos Económicos y Transformación Digital, junto con el informe preceptivo de la Secretaría General Técnica del Ministerio de Justicia en su calidad de departamento ministerial proponente de la iniciativa prelegislativa, cuya preceptividad establece el artículo 26.5, párrafo cuarto, de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno.

Constan, a su vez, en el expediente varios informes sectoriales, igualmente preceptivos: el informe del Consejo General del Poder Judicial, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 561.1, apartados 6.º y 8.º, de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, el informe del Consejo Fiscal, en cumplimiento de lo previsto en el artículo 14.4, apartado j) de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre, reguladora del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal y el informe de la Agencia Española de Protección de Datos, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 57.1, apartado c), del Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, 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, en relación con el artículo 47 de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, y el artículo 5, apartado b), del Estatuto de la Agencia Española de Protección de Datos, aprobado por el Real Decreto 428/1993, de 26 de marzo).

Han participado, además, en el proceso de elaboración de la norma el Colegio de Registradores de España y de la Asociación Española de Banca y consta que se ha cumplimentado un trámite de audiencia e información pública, de conformidad con lo prevenido en los artículos 133.2 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y 26.6 de la Ley 50/1997, de 27 de noviembre, del Gobierno, a través de la publicación del texto elaborado en el portal web del ministerio, en el que se ha recibido una observación de un ciudadano. Todas las sugerencias han sido estudiadas y valoradas, incorporándose algunas de ellas a la versión final del anteproyecto, lo que ha permitido conocer los intereses en presencia y ponderar los posibles defectos, inconvenientes o inadaptaciones de la regulación proyectada (dictamen de este Consejo de Estado número 2.941/2004, de 2 de diciembre, entre otros, en el que se señala que resulta conveniente evaluar, en la medida de lo posible, el impacto del proyecto en el sector o sectores a los que afectará).

Teniendo en cuenta todo lo expuesto no puede este Consejo dejar de formular una observación en relación con la demora excesiva que se ha producido en la elaboración y posterior tramitación del anteproyecto de Ley Orgánica ahora sometido a consulta (cuyo plazo finalizó el 31 de mayo de 2021) y que ha terminado dando lugar a que la Comisión Europea abriera un procedimiento. No queda constancia en el expediente de las razones o concretas circunstancias que hubieran justificado, eventualmente, la falta de transposición de la norma europea en tiempo hábil, y por ello este Consejo de Estado se siente en la obligación de trasladar a la autoridad consultante la importancia de extremar el rigor y el celo en lo que se refiere a los tiempos de transposición de las directivas de la Unión al ordenamiento interno, a fin de abordar esta importante y necesaria función sin precipitación, de manera ordenada y con el sosiego deseable para obtener el mejor resultado posible, máxime cuando, como en el presente caso, la norma reviste una indudable trascendencia y repercusión.

III. Sobre la naturaleza de la norma proyectada, el título competencial del anteproyecto de Ley Orgánica y la técnica normativa

En cuanto la norma proyectada pretende modificar dos leyes orgánicas su naturaleza de anteproyecto de ley es la correcta. No todos los preceptos de la norma tienen esta naturaleza, como es el caso, por ejemplo, de algunos de los dedicados al intercambio de información sobre antecedentes penales no tienen naturaleza orgánica, los que se afectan al cambio en las referencias normativas (del Registro Central de Penados y Rebeldes por otras al Registro Central de Penados), o los que se refieren a la naturaleza del silencio administrativo. Es oportuno, pues, especificar estos preceptos, pues, como señaló el dictamen del Consejo de Estado número 405/2015, 13 de mayo, sobre el Anteproyecto de Ley de Seguridad Nacional: "el Tribunal Constitucional y el propio Consejo de Estado se han pronunciado en diversas ocasiones acerca de las relaciones entre ambos tipos de leyes, admitiendo la posibilidad de que una ley orgánica regule complementos normativos que quedan fuera del ámbito delimitado por el artículo 81 de la Constitución, aunque en términos estrictos y, en todo caso, especificando el carácter no orgánico de tales preceptos ...".

Por lo que se refiere al título competencial la disposición final segunda se remite al artículo 149.1.6.ª de la Constitución Española que atribuye al Estado la competencia exclusiva para dictar legislación penal y procesal. Es adecuado acogerse a estos títulos, ya que las modificaciones del Código Penal afectan preferentemente al primero y las modificaciones 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, son de contenido esencialmente procesal.

Por lo que se refiere a la técnica normativa el anteproyecto merece una valoración favorable, ya que se han tenido en cuenta tanto las Directrices de técnica normativa como la doctrina de este Consejo de Estado. Como expresó el dictamen número 1.178/2010, de 4 noviembre, sobre el anteproyecto de Ley de reforma parcial y adaptación de la Ley de Sociedades de Capital a la Directiva 2007/36/CE, de 11 de julio de 2007: "*Ante todo ha de recordarse que,*

en principio, la transposición de las Directivas de la Unión Europea suele caracterizarse por el empleo del medio normativo interno que se considere idóneo, de conformidad con las disposiciones internas de cada Estado miembro. El Consejo de Estado ha venido destacando en numerosos dictámenes, el primero el dictamen nº 48.377 sobre el anteproyecto de Ley de delegación al Gobierno para la aplicación del Derecho de las Comunidades Europeas (aprobado posteriormente como Ley 47/1985), los principios que han de presidir la labor de transposición de las directivas:

- *Es el derecho interno de cada Estado el que dentro de los límites del Derecho comunitario ha de determinar el órgano y el procedimiento para llevar a cabo la aplicación normativa del Derecho comunitario.*

- *La naturaleza y el rango formal de las normas de adaptación o de incorporación son cuestiones que deben resolverse según el sistema interno de fuentes, por lo que también deberá acudirse al derecho interno para determinar, en cada caso, si la norma interna ha de tener, o no, rango de ley formal, así como cuál es la instancia competente para aprobarla ...".*

Y en lo que se refiere a la adaptación del ordenamiento español de determinadas prescripciones del Reglamento (UE) 2019/816 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, 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, el Consejo de Estado expresaba "*en algunas ocasiones y con el propósito de ofrecer a los interesados una visión clara del régimen aplicable a determinadas materias, es necesario transcribir parte de algunos Reglamentos comunitarios europeos, respetando obviamente su auténtico significado*" (dictámenes números 48.700, de 29 de enero de 1986 y 920/95, de 27 de julio, 757/2017,de 26 de octubre, 268/2021, de 22 de abril, y 901/2021, 27 de enero de 2022).

IV.- Consideraciones generales: sobre la política criminal y sus directrices

La norma que se somete a consulta del Consejo de Estado supone la modificación de dos normas con carácter y naturaleza de ley orgánica, que son 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. Supone, además, reflejar determinados principios y criterios de política criminal en nuestro Código Penal, con la descripción de determinadas conductas susceptibles de ser calificadas como delitos y con la precisión de los márgenes de las penas que a esos delitos corresponden.

Es oportuna, por tanto, la cita del artículo 83 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, que dispone:

"Artículo 83. (antiguo artículo 31 TUE)

1. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes.

Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada.

Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se

pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo.

2. Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate. Dichas directivas se adoptarán con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del artículo 76.

3. Cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva contemplada en los apartados 1 ó 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario.
Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del artículo 329 del presente Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada".

Este proceso de aproximación de las disposiciones internas en materia penal se ha llevado a cabo en nuestro ordenamiento a través de

sucesivas modificaciones del Código Penal. Así, por ejemplo, el contenido de la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, tiene su reflejo en el artículo 177*bis* del Código Penal y el contenido de 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, de 24 de febrero de 2005, se ha incorporado a los artículo 197 y 197 *bis* del Código Penal, en el ámbito propio de los delitos de revelación de secretos.

Por citar otro ejemplo, el artículo 286 *bis* de nuestro Código Penal refleja estos criterios y principios de política criminal que delimita la Decisión marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado, en un tipo sobre corrupción entre particulares.

Sin embargo, la primera modificación directa y frontal del Código Penal para su adaptación a los criterios de política criminal convenidos en el seno de la Unión Europea se ha llevado a cabo por la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, que incorpora los criterios de la Directiva (UE) 2017/1371, del Parlamento y del Consejo, de 5 de junio de 2017, sobre la lucha contra el fraude que afecta a los intereses financieros de la Unión y los delitos indisociablemente vinculados con ellos, como se ha reflejado en el dictamen número 268/2021, de 22 de abril, sobre el Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se adapta el ordenamiento nacional al 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.

El anteproyecto que dio origen a la Ley Orgánica 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, no fue objeto de dictamen por este Consejo de Estado, dictamen que resultaba, en razón del artículo 21.2 de su Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril, preceptivo.

En efecto, dispone la norma que al Consejo de Estado en Pleno corresponde emitir dictamen preceptivo en los supuestos de "Anteproyectos de leyes que hayan de dictarse en ejecución, cumplimiento o desarrollo de tratados, convenios o acuerdos internacionales y del derecho comunitario europeo". Como señaló el Consejo de Estado en su dictamen número 798/2013, de 28 de noviembre, en el expediente relativo a un Anteproyecto de Ley sobre intercambio de información de antecedentes penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea: "*Aunque las Decisiones Marco de la Unión Europea, que pertenecen al llamado tercer pilar, tengan una peculiar naturaleza jurídica, se ha venido entendiendo que la incorporación de su contenido al ordenamiento español constituye ejecución o cumplimiento de un acuerdo internacional a efectos del conocimiento por el Pleno de este Consejo de Estado de los correspondientes anteproyectos de leyes que las transpongan*".

Se trata ahora de modificar parcialmente el contenido de esta Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, en cuanto se entiende que la incorporación del Derecho de la Unión Europea no fue correcta y de transponer al ordenamiento español otros preceptos de alcance sustantivo en materia penal.

En estos términos el dictamen del Consejo de Estado ha de verificar la correcta incorporación de los preceptos contenidos en las directivas citadas para el cumplimiento efectivo de los objetivos de política legislativa criminal acordados en el seno de la Unión Europea.

V. Sobre las modificaciones en el Código Penal

Como ya se ha expresado, son dos los objetivos de la norma proyectada en este aspecto, la incorporación de la Directiva (UE) 2019/713, de 17 de abril de 2019, y la modificación en los aspectos que no se acomodan al Derecho de la Unión Europea en el vigente artículo 285 del Código Penal.

Se trata, en primer lugar, de incorporar la Directiva (UE) 2019/713, 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. La Unión Europea pretende defender las libertades comunitarias y el mercado único en su línea de política criminal europea contra la criminalidad organizada, luchando contra el fraude y la falsificación y evitando sus efectos en el ámbito transnacional. Se trata ahora de una llamada "tercera generación", que comenzó con la protección del euro, avanzó con la protección de tarjetas y medios de pago en soporte "plástico", y termina con la protección sobre los medios de pago distintos del dinero en efectivo. La directiva persigue garantizar que las transacciones realizadas con cualquier tipo de instrumento de pago se incluyan en el ámbito de las infracciones. Se conseguirá así tipificar como delito el robo y la apropiación indebida de credenciales de pago y mejorar el intercambio de información y la cooperación trasfronteriza. Es oportuno recordar que la Ley Orgánica 1/2019, de 20 de febrero, incorporó a nuestro ordenamiento la Directiva 2014/62/UE, relativa a la protección penal del euro y otras monedas frente a la falsificación, efectuada en los artículos 386 y 387 del Código Penal.

Los artículos 3 a 7 de la directiva definen los criterios y se refieren a la "utilización fraudulenta de instrumentos de pago distintos del efectivo", regulando las infracciones relacionadas con la utilización fraudulenta de los instrumentos de pago materiales (artículo 4) e inmateriales (artículo 5) distintos del efectivo, así como las "herramientas utilizadas para cometer infracciones". La descripción de las conductas se incorpora a nuestro Derecho penal en el ámbito de los delitos de estafa, fraude en la directiva, o en el ámbito de las falsedades, falsificación en la directiva.

Y, en estos términos, se modifican los artículos 248, 249, 250, 252 y 253 que modifican el tipo del delito de estafa, sus distintas modalidades y las conductas preparatorias punibles, así como la comisión del delito por una organización criminal y las penas de prisión previstas para las conductas descritas. Por otra parte, se modifican los artículos 399 *bis* y 400 del Código Penal, que definen los bienes jurídicos susceptibles de protección en nuestro sistema, bajo al ámbito de las falsedades, incorporando al dinero y las tarjetas de crédito o débito los nuevos modos o instrumentos de pago ahora regulados.

Se tipifica la utilización fraudulenta de medios de pago, la sustracción y la aprobación indebida, la falsificación y la obtención ilícita de formas de pago, ya sean materiales o inmateriales y la recepción, falsificación, posesión u obtención ilícita de formas de pago móviles, monederos electrónicos y monedas virtuales. Queda regulada, por otra parte, la manipulación de datos informáticos para transferir ilegalmente dinero. El resultado de la incorporación de los criterios del Derecho de la Unión Europea supone que los antes breves y concisos tipos de nuestro Derecho penal se transformen en descripciones mucho más detalladas y completas de las conductas típicas y las sanciones que corresponden a cada una de ellas.

Reviste especial importancia el nuevo artículo 399 *ter* en cuanto incorpora la definición de estos instrumentos de pago. Así se expresa el anteproyecto:

> *"Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, queda modificada como sigue:*
> *(...)*
> *Diez. Se añade un nuevo artículo 399 ter, con la siguiente redacción:*
> *«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».*

Quedan incluidos, por tanto, todos los instrumentos de pago distintos del efectivo, incluidas las monedas virtuales y criptomonedas y los monederos electrónicos, en una definición lo suficientemente abierta como para permitir esta y otras interpretaciones, flexibilidad necesaria a la luz de la rápida evolución tecnológica.

Han entendido tanto el Consejo General de Poder Judicial como el Consejo Fiscal que las disposiciones adoptadas se acomodan a los tipos previstos en nuestro Código Penal. En el mismo sentido estima el Consejo de Estado que la transposición proyectada es conforme tanto con lo marcado por la Unión Europea como con nuestro sistema penal.

No suscita problemas la mención de la inducción, complicidad y tentativa, previstas en el artículo 8 de la directiva, que ya formaban parte de nuestro sistema. Se contempla, además, la sanción independiente para las conductas preparatorias, siempre que sean intencionadamente cometidas, aunque, como se ha señalado, quedará sujeta a las reglas del concurso en la aplicación de los preceptos.

En cuanto a las sanciones sobre personas físicas, que habrán de ser "efectivas, proporcionadas y disuasorias" (artículo 9) se mantienen los márgenes previstos en la norma, que oscilan entre el año y los cinco años de privación de libertad, y no plantea especiales problemas la adaptación del contenido del artículo 11 de la directiva en cuanto las personas jurídicas son ya responsables penalmente en nuestro sistema penal.

Por lo que se refiere al segundo aspecto, el anteproyecto modifica el artículo 285 del Código Penal. Interesa recordar que este precepto fue redactado por la Ley Orgánica 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. Esta norma incorpora al Derecho interno 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. En este momento se expresa así:

"Artículo 285.

1. Quien de forma directa o indirecta o por persona interpuesta realizare actos de adquisición, transmisión o cesión de un instrumento financiero, o de cancelación o modificación de una

orden relativa a un instrumento financiero, utilizando información privilegiada a la que hubiera tenido acceso reservado en los términos del apartado 4, o recomendare a un tercero el uso de dicha información privilegiada para alguno de esos actos, será castigado con la pena de prisión de seis meses a seis años, multa de dos a cinco años, o del tanto al triplo del beneficio obtenido o favorecido o de los perjuicios evitados si la cantidad resultante fuese más elevada, e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión o actividad de dos a cinco años, siempre que concurra alguna de las siguientes circunstancias:

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

2. Se impondrá la pena en su mitad superior si concurriera alguna de las siguientes circunstancias:
1.ª Que el sujeto se dedique de forma habitual a las anteriores prácticas de operaciones con información privilegiada.
2.ª Que el beneficio obtenido, la pérdida evitada o el perjuicio causado sea de notoria importancia.

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

4. A los efectos de este artículo, se entiende que tiene acceso reservado a la información privilegiada quien sea miembro de los órganos de administración, gestión o supervisión del emisor o del

participante del mercado de derechos de emisión, quien participe en el capital del emisor o del participante del mercado de derechos de emisión, quien la conozca con ocasión del ejercicio de su actividad profesional o empresarial, o en el desempeño de sus funciones, y quien la obtenga a través de una actividad delictiva.

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

El problema reside en el apartado 5, que permite una rebaja de la pena, que resulta de este modo inferior a cuatro años. Este margen no respeta el previsto en 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, que prevé en su artículo 7[1] que las sanciones aplicables a las personas físicas han de castigarse con "*una sanción máxima de privación de libertad de al menos cuatro años*".

En respuesta a la carta de emplazamiento dirigida por la Comisión Europa frente al Reino de España se modificará esta norma en el anteproyecto ahora sometido a consulta, en este sentido:

[1] 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
"Artículo 7
Sanciones penales respecto a las personas físicas
1. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones mencionadas en los artículos 3 a 6 puedan castigarse con sanciones penales efectivas, proporcionadas y disuasorias.
2. Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones mencionadas en los artículos 3 y 5 se castiguen con una sanción máxima de privación de libertad de al menos cuatro años.
3. "Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las infracciones mencionadas en el artículo 4 se castiguen con una sanción máxima de privación de libertad de al menos dos años".

"Artículo primero. Modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. La Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, queda modificada como sigue: Siete. Se modifica el apartado 5 del artículo 285 que queda redactado como sigue:

«5. Las mismas penas previstas en este artículo se impondrán 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».

Considera el Consejo de Estado que la norma proyectada se acomoda al Derecho de la Unión Europea, de modo que la transposición resulta correcta.

VI. Sobre las modificaciones en la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre

El artículo 2 del anteproyecto enviado en consulta se refiere a las modificaciones que se han de introducir en 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.

La norma tiene su origen en la transposición de dos normas sobre el reconocimiento mutuo, a las que complementan: la Decisión Marco 2008/675/JAI del Consejo, de 24 de julio de 2008, relativa a la consideración de las resoluciones condenatorias entre los Estados miembros de la Unión Europea con motivo de un nuevo proceso penal, y la Decisión Marco 2009/315/JAI del Consejo, 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. El proyecto de Ley inicialmente formulado fue sometido al Consejo de Estado que despachó sobre el asunto el dictamen número 789/2013, de 28 de noviembre, en el expediente relativo a un Anteproyecto de Ley sobre intercambio de información de antecedentes

penales y consideración de resoluciones judiciales penales en la Unión Europea.

En el citado dictamen el Consejo de Estado se refería a la base normativa de la cooperación judicial en materia penal "en relación con las causas y la ejecución de resoluciones", que se contempló por primera vez en el Tratado de la Unión Europea (artículo 31.a) en aras de la creación de un espacio de libertad, seguridad y justicia y se plasmó en el Consejo Europeo reunido en Tampere los días 15 y 16 de octubre de 1999, que reconoció "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.

En concreto en lo que afectaba a la transposición el Consejo de Estado argumentó: "*En consecuencia, el Consejo de Estado estima que el Título II del Anteproyecto, en el que se determinan los efectos de las condenas anteriores recaídas en otros Estados miembros en los nuevos procesos penales tramitados en España de acuerdo con la Decisión Marco 2008/675/JAI, debería tener un tratamiento diferenciado respecto del Título I, en el que se regula el intercambio de información de antecedentes penales en aplicación de la Decisión Marco 2009/315/JAI, y tramitarse de manera independiente con carácter de Ley Orgánica*".

Así se hizo y el resultado fue 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, que ahora se modificará en tres aspectos.

El primero de ellos es que se incorporará 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, en varios aspectos técnicos relativos a la transmisión de datos.

De mayor interés resulta la modificación prevista en 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, que se refiere a la "imagen facial", definida en el artículo 3 del Reglamento (UE) 2019/816 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 17 de abril de 2019, 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, de este modo: "13) «imagen facial»: una imagen digital del rostro de una persona".

Para la incorporación de este extremo se prevé en el artículo 2 del anteproyecto sometido a consulta la introducción de un nuevo artículo 7*bis*:

> *"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.*
>
> *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, queda modificada como sigue:*
>
> *Seis. Se introduce un nuevo artículo 7 bis con la siguiente redacción:*

«Artículo 7 bis. Contenido de la información a remitir al Sistema Centralizado previsto en el Reglamento (UE) 2019/816.

1. El Registro Central de Penados, como autoridad central del Estado de condena, deberá crear un registro de datos en el sistema central para cada nacional de un tercer país condenado. El registro de datos deberá incluir los datos alfanuméricos, dactiloscópicos y, cuando el Derecho español permita la recogida y conservación, la imagen facial del condenado, así como los demás datos previstos en el art 5.1 del Reglamento (UE) 2019/816.

2. Los datos dactiloscópicos del condenado se remitirán siempre que se hayan recogido durante el proceso penal y, en todo caso, cuando el nacional de un tercer país haya sido condenado a una pena de privación de libertad de una duración mínima 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".

Ha quedado constancia en los antecedentes de este dictamen del análisis que sobre este asunto ha hecho la Agencia Española de Protección de Datos, que llega a la conclusión de a la vista de la diferencia existente entre "imagen facial" y "dato biométrico", la imagen facial, no sometida a tratamiento técnico, no puede ser considerada, por sí sola, un dato biométrico, a los efectos de lo previsto en el Reglamento (UE) 2019/816 y la Directiva (UE) 2019/884. En este aspecto, por tanto, la incorporación de la norma comunitaria se acomoda a las garantías previstas en el ordenamiento interno español.

Un segundo aspecto afecta a la incorporación a la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre, de algunas especificaciones sobre la remisión de información al sistema centralizado y sobre huellas y datos transmisibles. Este extremo se refleja en las modificaciones incorporadas a los artículos 7 y 7 *bis* de la Ley Orgánica 7/2014, de 12 de noviembre.

Además de ello se incorporan a la Ley Orgánica 7/2014 algunas especificaciones sobre el intercambio de información de antecedentes penales. A tal fin se modifica el artículo 1, para definir el objeto de la Ley, determinando el ámbito del intercambio de información y la consideración en los procesos penales tramitados en España de resoluciones condenatorias firmes dictadas por un órgano jurisdiccional penal en otros países miembros de la Unión Europea. Se sugiere que la expresión "con anterioridad" se incluya después de la expresión "resoluciones condenatorias firmes dictadas", por razones de claridad.

La modificación de los apartados 1 y 2 del artículo 4 se refiere a la vía electrónica utilizando el Sistema Europeo de Información de Antecedentes Penales y haciendo referencia a un formato normalizado, previendo el artículo 2, cuando no sea posible esa transmisión telemática, a través del formulario anexo a la ley.

También se modifica el artículo 5 en cuanto a la inscripción en el Registro Central de Penados de las notas de condena firmes referidas a personas de nacionalidad española y la previsión de la no retransmisibilidad a otros Estados miembros para propósitos distintos de un procedimiento penal de tales notificaciones cuando el Estado así lo haya indicado.

La modificación prevista para el artículo 6 se refiere a la transmisibilidad de los datos de las condenas pronunciadas en España. Las modificaciones previstas en los artículos 10 y 11 afectan a la consulta de antecedentes penales sobre personas que fueran nacionales o hubieran residido en otro Estado miembro.

Con todo ello se trata de coordinar el sistema de intercambio con el Sistema integrado de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, regulado por el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, y de permitir en algunos casos la "retransmisibilidad" de la información sobre las condenas, en casos de reciprocidad.

Nada hay que objetar respecto al contenido de estos preceptos que transponen adecuadamente la Directiva (UE) 2019/884, y en otros casos aclaran o mejoran la regulación de las funciones del Registro Central de Penados y Rebeldes, que pasará a ser Registro Central de Penados, de forma coherente con lo previsto en el Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia.

VII. Sobre las modificaciones en la redacción de los artículos 248 y 249 del Código Penal, relativos al delito de estafa

La Directiva (UE) 2019/713 distingue nítidamente entre "Utilización fraudulenta de instrumentos de pago distintos del efectivo" (artículo 3) e "Infracciones relacionadas con la utilización fraudulenta de instrumento de pago" (artículos 4 y 5). El anteproyecto sitúa ambas modalidades de infracciones en el artículo 249 de manera que este comprendería tanto conductas de defraudación con resultado de perjuicio patrimonial como infracciones de simple actividad o sin concreto perjuicio patrimonial, como infracciones que adelantan la punición por la fabricación, adquisición, tráfico. de datos o programas informáticos, etc.

Esta ubicación conjunta puede generar problemas para la determinación adecuada de la pena, ya que, en los delitos de defraudación patrimonial, tanto en el artículo 248, referido a la estafa tradicional, como la del nuevo artículo 249 la pena se calcula en función del importe de lo defraudado entre otros criterios.

El informe del Consejo Fiscal estima que es prudente separar la "tipificación de las conductas puramente defraudatorias" de aquellas que, en realidad, son preparatorias de la estafa. En esta línea, el Consejo de Estado estima que es aconsejable una modificación de los contenidos del anteproyecto en cuanto al artículo 249, puntos 2 y 3, manteniendo los tres últimos incisos bajo una titulación que se refiera a "infracciones relacionadas con la utilización fraudulenta de instrumentos de pago diferentes del efectivo", en el propio

artículo 249 mientras que los números 1 y 2 se situarían junto al artículo 248 ya que se equiparan propiamente a los delitos de estafa o defraudación.

VIII. Sobre las modificaciones en la redacción del artículo 250 del Código Penal

En cuanto al artículo 250, la propuesta del anteproyecto se limita a añadir un apartado 3 del siguiente tenor:

> *"Artículo 250.3: "Los hechos descritos en el artículo 249, cuando se hayan cometido en el seno de una organización o grupo criminal, serán castigados con la pena de prisión de uno a seis 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".*

Hay varias razones para rechazar el nuevo precepto. En primer lugar, no es fácil identificar en la directiva disposición alguna a favor de esta novedad. En segundo término, no parece que el subtipo agravado en su primer párrafo, ya agravado respecto a otros, deba conllevar la misma pena que los tipos sobre los que se construye: prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses. Es objetable esta agravación cuando en el Código Penal en su artículo 570 *bis* a 570 *quáter* tipifica de forma detallada y exhaustiva los tipos relacionados con las organizaciones y grupos criminales (creación, promoción, pertenencia, dirección) con las definiciones correspondientes del concepto de organización criminal, por un lado, y de grupo criminal, por otro.

Como es sabido, tal como ocurre con los delitos del tráfico de drogas y terrorismo, no puede aplicarse conjuntamente el tipo agravado de comisión del delito en el seno de organización criminal y el delito de pertenencia a dicha organización o grupo criminal. Se sugiere, por tanto, suprimir esta previsión, sobre todo teniendo en cuenta que la propia Directiva (UE) 2019/173 en su considerando número 19, dice que "conviene imponer penas más severas

cuando el delito haya sido cometido en el marco de una organización delictiva con arreglo a la Decisión marco 2008/841/JAI" pero a continuación dice "los Estados miembros no deben verse obligados a preveer circunstancias agravantes concretas cuando la legislación nacional defina infracciones penales distintas y ello pueda acarrear sanciones más severas".

IX. Sobre la Audiencia Nacional y la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

La Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, enumera en su artículo 65 las competencias de la Audiencia Nacional, entre ellas los delitos de "Falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales".

Durante la tramitación del anteproyecto ha sugerido el Consejo General del Poder Judicial que es procedente modificar el artículo 65 de la Ley Orgánica del Poder Judicial para aclarar que corresponde a la Audiencia Nacional el enjuiciamiento de causas por delitos de falsificación de moneda en determinados casos (apartado 1.º. b) para evitar eventuales conflictos.

Sobre este extremo el ministerio proponente se ha pronunciado descartando la sugerencia y expresando este razonamiento:

> *"Se estima que por línea interpretativa se acogerá tal solución, como de hecho indica el informe del CF.*
> *No obstante, se ofrece una alternativa de redacción si el Consejo de Estado lo estima necesario:*
> *"1. art. 65 LOPJ La Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional conocerá:*
> *1.º Del enjuiciamiento, salvo que corresponda en primera instancia a los Juzgados Centrales de lo Penal, de las causas por los siguientes delitos*
> *(...)*

b) Falsificación de moneda y fabricación de tarjetas de crédito y débito falsas y cheques de viajero falsos o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo, siempre que sean cometidos por organizaciones o grupos criminales".

El Consejo de Estado comparte el parecer del Consejo General del Poder Judicial. Una disposición final, como corresponde según las directrices de técnica normativa, con este contenido puede evitar eventuales y futuros problemas interpretativos y no supone, en esta fase de preparación del proyecto de Ley, un esfuerzo adicional. Procede incluir, por ello, una disposición con este contenido que modifique la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

X. Sobre la disposición adicional segunda y el sentido del silencio

La disposición adicional segunda de la norma enviada en consulta se refiere al sentido del silencio en lo que afecta a la cancelación de antecedentes penales y dispone:

"Disposición adicional segunda. Efectos del silencio en los procedimientos de solicitud de cancelación de antecedentes penales.

En 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".

El precepto se acomoda a lo dispuesto en el ordenamiento español que establece en el artículo 24 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, que el sentido general del silencio administrativo en procedimientos iniciados a solicitud del interesado es estimatorio, salvo en aquellos casos en que una norma con rango de ley establezca lo contrario.

No existen, por tanto, problemas de legalidad en la disposición adicional segunda pero el Consejo General del Poder Judicial ha planteado un problema de oportunidad. Señala, como se expuso en antecedentes, que: "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. 8.ª de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal".

Ante esta consideración el ministerio proponente ha expresado: "Hay que valorar la gravedad de las consecuencias de un silencio negativo respecto de una persona a quien se aplique la reincidencia por ello. No obstante, hay un porcentaje ínfimo de supuestos no resueltos (no llega a 3 % en el último año). Una resolución desestimatoria presunta tiene una rápida vía de impugnación y revocación, mientras que una resolución estimatoria presunta exige para su anulación la puesta en marcha de procedimientos de revisión de oficio que se dilatan en el tiempo, perdiendo en alguna ocasión su verdadero sentido".

Comparte el Consejo de Estado este último razonamiento, valorando su experiencia en la tramitación de revisiones de oficio de este género (dictámenes números 488/2021, de 10 de junio y 304/2018, de 26 de abril, entre otros).

XI. Otras consideraciones

El primer párrafo de la exposición de motivos podría redactarse mejor, teniendo en cuenta que el cumplimiento de los plazos para la transposición de directivas es una obligación derivada el principio de cooperación leal consagrado en el artículo 4.3 del TUE. En este principio reside la fuente de su obligación. Tampoco es correcto afirmar que la "construcción del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia ostenta es el objetivo más rotundo de la dimensión constitucional de la Unión Europea". Es uno de ellos, pero el artículo 3 TUE señala otros, el mercado interior, la unión económica y

monetaria, la cohesión económica, social y territorial, etc.". Sería pertinente corregir este párrafo.

En mérito de lo expuesto, el Consejo de Estado, por mayoría, es de dictamen:

Que, una vez consideradas las observaciones puede elevarse al Consejo de Ministros, para su aprobación, 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".

VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL CONSEJERO PERMANENTE DE ESTADO DON JOSÉ LUIS MANZANARES SAMANIEGO AL DICTAMEN MAYORITARIO NÚMERO 541/2022

La reforma propuesta para los delitos de estafa en este anteproyecto de Ley Orgánica aporta, amén de cambios puntuales, algunos de carácter general. Se trasladan las conductas también "consideradas" estafa desde el vigente artículo 248 al nuevo artículo 249, mientras que las circunstancias para la fijación de la pena pasan del anterior artículo 249 al nuevo artículo 248. Hay cambios en las conductas equiparadas y se añade un apartado 3 en el artículo 249. Y en los subtipos agravados del artículo 250 se incorpora, como apartado 3, una novedosa y, como veremos, discutible agravación de segundo grado.

La configuración del delito de estafa en la codificación española se ha mantenido desde el Código Penal de 1848 (artículos 438 y ss.) en el sentido de equiparar al que pudiéramos llamar tipo básico otras conductas que, como la principal, se insertan entre los delitos contra la propiedad y de resultado. Este

común denominador facilitaba la aplicación de la pena tomando en cuenta el valor de lo defraudado, bien fuera en exclusiva (así en el citado artículo 438 del Código Penal de 1848), bien atendiendo además a otras circunstancias, como ocurre hoy en el artículo 249 del Código Penal de 1995.

En esa ampliación de la estafa ("También se consideran reos de estafa ...", según la expresión utilizada en el artículo 248 del Código Penal de 1995), siempre se incluyeron delitos de resultado, como defraudaciones en cuya penalidad desempeñaba un papel esencial "la cuantía de lo defraudado".

El cambio se produjo en el Código Penal de 1995 cuando su artículo 248 b), no en su redacción original conforme a la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, ni en su reforma por la Ley Orgánica 15/2003, de 25 de noviembre, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que ni siquiera lo menciona en su exposición de motivos, pero sí en el texto correspondiente a la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, que introdujo en su apartado 2.b) un tipo penal de pura actividad y sin referencia alguna a una defraudación concreta.

Existe poca jurisprudencia sobre la aplicación de este precepto. Su ubicación podría mantenerse bajo la rúbrica "De las defraudaciones", pero distinguiendo entre las defraudaciones o estafas propiamente dichas y los delitos solo relacionados con aquellas, siguiendo el ejemplo de la vieja tenencia de útiles para el robo.

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, distingue nítidamente entre "Utilización fraudulenta de instrumentos de pago distintos del efectivo" (artículo 3) e "Infracciones relacionadas con la utilización fraudulenta de instrumento de pago ..." (artículos 4 y 5).

Con la propuesta de transposición de la Directiva (UE) 2019/713, de 17 de abril, la deriva no solo se asume, sino que se extiende. En adelante,

estas conductas consideradas asimismo de estafa se repartirían dentro de dos apartados del nuevo artículo 249, lo que no deja de ser una novedad. En el apartado 1 se siguen recogiendo tipos de enriquecimiento en perjuicio de otro, pero en el apartado 2 se hay dos conductas sin defraudación efectiva e individualizada.

Por lo demás, podría mejorarse la redacción de la letra a) del apartado 2 para que diga "... instrumentos, datos, programas informáticos o cualquier otro medio...".

El nuevo apartado 3 vuelve a recoger una figura solamente relacionada con la estafa, de forma que podría llevarse a un mismo artículo con los supuestos que la propuesta incluye en el artículo 249.2. Su penalidad mejoraría, de otro lado, si fuera propia y no por remisión a la de una inexistente estafa.

Pasando al artículo 250, la propuesta de anteproyecto se limita a añadir un apartado 3 del siguiente tenor:

"Los hechos descritos en el artículo 249, cuando se hayan cometido en el seno de una organización o grupo criminal, serán castigados con la pena de prisión de uno a seis 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".

Hay varias razones para rechazar el nuevo precepto. En primer lugar, no es fácil identificar en la directiva disposición alguna a favor de esta novedad. En segundo término, no parece que el subtipo agravado en su primer párrafo, ya agravado respecto a otros, deba conllevar la misma pena que los tipos sobre los que se construye: prisión de uno a seis años y multa de seis a doce meses.

Cabría mantener, por el contrario, como subtipo agravado de segunda generación el párrafo segundo, si bien quedaría entonces abierta la pregunta del porqué no abarcaría asimismo las figuras, no agravadas previamente, de los artículos 248 y 249.

Las premuras con las que se ha trabajado para emitir este dictamen han hecho imposible, al menos para este Consejero, comprobar con el debido cuidado hasta qué punto se tipifican en nuestro Código Penal, tras la propuesta Ley Orgánica, todas las infracciones de la Directiva (UE) 2019/713, de 17 de abril, pero en todo caso considera que la transposición no es siempre acertada. Se carece de una muy conveniente tabla comparativa de preceptos. Y falta un examen pormenorizado del contenido mismo de la reforma.

La cuestión se complica, además, porque cualquier exégesis ha de hacerse teniendo en cuenta la diversidad de ordenamientos nacionales, donde los contenidos de los delitos varían bajo una misma denominación. Hay países como Alemania, Francia y Portugal donde los delitos contra la propiedad, o algunos de ellos, no necesitan tener un valor económico o de mercado. En Alemania, por ejemplo, tanto el hurto como la apropiación indebida únicamente requieren la ajenidad de la cosa. Tal vez el aquí mencionado instrumento de pago no sea muy valioso en sí mismo. Incluso con una valoración mínima cabría preguntarse si un delito contra la propiedad o el patrimonio respondería al bien jurídicamente protegido en la repetida directiva. Recuérdese la definición auténtica de instrumento de pago distinto del efectivo en su artículo 2.a) donde aparece incluso el dispositivo o registro protegido, sin mayores precisiones, recogida en el nuevo artículo 399 *ter* dentro de las falsedades documentales.

Este Consejero quiere disculparse si algunas de las anteriores consideraciones hubieran sido ya recogidas en el dictamen aprobado por la Comisión Permanente. Recuérdense las prisas con que el mismo ha sido debatido y aprobado.

Dicho sea todo ello, con el debido respeto a las opiniones mayoritarias y en especial al trabajo realizado por la Sección Segunda.

V. E., no obstante, resolverá lo que estime más acertado.

Madrid, 21 de abril de 2022
LA SECRETARIA GENERAL,

LA PRESIDENTA,

EXCMA. SRA. MINISTRA DE JUSTICIA.