

Mayte Requejo y Andrea Bartolomé

Ley Orgánica 14/2022, de reforma de la Ley Orgánica 10/1995, del Código Penal

El pasado 23 de diciembre de 2022 se publicó la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso (la “LO 14/2022”), en vigor desde el 12 de enero de 2023.

Esta norma tiene como finalidad la transposición de varias Directivas europeas y ha provocado la modificación del Código Penal, afectando no solo a las personas físicas, sino también a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Así, se trata de un cambio de calado en nuestro ordenamiento jurídico, en tanto que se modifican una pluralidad de figuras (delitos contra la integridad moral, contra el patrimonio y el orden socioeconómico, de falsedad, contra la Administración Pública) y se suprimen otras (delitos contra el orden público o el delito de sedición).

La LO 14/2022 introduce, entre otras, las siguientes novedades en el Código Penal (“CP”):

1. Modificación de la responsabilidad penal de la persona jurídica en los delitos contra la integridad moral (art. 173.1 CP)

La Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre de 2022, de garantía integral de la libertad sexual, estableció en el ámbito de los delitos contra la integridad moral la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Para ello introdujo un cuarto apartado en el artículo 173.1 CP conforme al cual la persona jurídica tendría responsabilidad por la comisión de los delitos contemplados en los tres primeros apartados del art. 173.1 CP. A este respecto, la LO 14/2022 ha introducido en el segundo apartado del artículo 173.1CP el delito de ocultación reiterada de la información del paradero de un cadáver a los familiares o allegados del mismo por quien tenga tal conocimiento.

La introducción de esta nueva conducta, sin modificar la literalidad del último apartado del artículo 173 CP –ahora el apartado 5–, que se sigue refiriendo a “los tres apartados anteriores”, implica la exclusión de la responsabilidad penal de la persona jurídica por la existencia de un trato degradante que menoscabe gravemente la integridad moral, tipo básico de los delitos contra la integridad moral contenido en el primer apartado del artículo 173 CP–y el más grave de ellos–. Como consecuencia de lo anterior, se espera que se produzca una nueva modificación de este artículo para depurar el error generado por la LO 14/2022.

2. Introducción de los instrumentos de pago distintos del efectivo

Con el objetivo de transponer una de las directivas europeas de lucha contra la ciberdelincuencia a través de las criptomonedas se ha incluido el concepto de “*cualquier otro medio de pago distinto del efectivo*” en el art. 399 *ter* CP, de forma que se incluyen las monedas virtuales y otros criptoactivos, así como monederos electrónicos y aplicaciones de pago a través del teléfono móvil que puedan utilizarse de forma recurrente para llevar a cabo diferentes pagos.

Consecuentemente, se han adaptado los siguientes delitos:

A. Delito de estafa (arts. 248 y 249 CP)

Los cambios más significativos se encuentran en la tipificación de la estafa informática. Así, se desarrollan con mayor detalle las conductas generadoras de responsabilidad, aunque se mantienen las penas asociadas a las mismas. Además, se incluyen las conductas de obstaculización o interferencia indebida en el funcionamiento de un sistema de información, o la introducción, alteración, borrado, transmisión o supresión de datos informáticos para obtener *“cualquier activo patrimonial en perjuicio de otro”*, como nuevas formas de cometer el delito.

Asimismo, la tipificación de la estafa cometida mediante tarjeta de crédito, débito, cheque de viaje o los datos obrantes en ellos introduce como instrumento a través del cual se puede cometer el delito *“cualquier otro instrumento de pago material o inmaterial distinto del efectivo”* para realizar *“operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero”*.

Finalmente, se atenúa la pena prevista para este delito en su mitad inferior a aquellos que *“para su utilización fraudulenta y sabiendo que fueron obtenidos ilícitamente, posean, adquieran, transfieran, distribuyan o pongan a disposición de terceros tarjetas de crédito o débito, cheques de viaje o cualesquiera otros instrumentos de pago materiales o inmateriales distintos del efectivo”*.

B. Delito de falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje (art. 399 bis CP)

Siguiendo esta misma línea, el art. 399 bis CP amplía los tipos penales incluyendo una cláusula abierta que se refiere a *“cualquier otro instrumento distinto del efectivo”* junto con el resto de los objetos cuya falsificación, tenencia o uso integran las modalidades delictivas sancionadas en dicho artículo. Además, se tipifica en el párrafo 4 la posesión u obtención, para su utilización fraudulenta y a sabiendas de su falsedad, de tarjetas de débito, crédito, cheques de viaje o cualquier otro instrumento de pago distinto del efectivo.

3. Modificación de los delitos relativos al mercado y a los consumidores (art. 285.5 CP) - Abuso y revelación de información privilegiada

La nueva regulación modifica el tipo atenuado que se encontraba en el art. 285.5 CP para convertirlo en un delito específico sin atenuación alguna. Como consecuencia de ello, se impondrán las mismas penas que las que se recogen en el resto de las conductas del art. 285 CP 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 285.4 CP y la utilice conociendo que se trata de información privilegiada.

4. Exención de la pena en los delitos de corrupción en los negocios (art. 288 bis CP)

El nuevo art. 288 bis CP contiene la exención de la responsabilidad de ciertos sujetos como directores, administradores de hecho o de derecho de cualquier sociedad constituida o en formación que hayan cometido alguno de los hechos contenidos en el art. 288 CP, siempre que *“pongan fin a su participación en los mismos y cooperen con las autoridades competentes”*, cumpliendo con una serie de parámetros recogidos en el propio artículo. Esta causa de exención de la pena no se refiere a una exclusión de la punibilidad sino a una anulación o levantamiento de esta, pues la consumación del delito ya se ha materializado y la exención de la pena se otorga de manera retroactiva.

5. Delito contra los derechos de los trabajadores: nuevo apartado 2º del art. 311 CP

Según se desprende del Preámbulo de la LO 14/2022, la incorporación de las nuevas tecnologías a la organización del mercado de trabajo ha propiciado una forma de elusión de responsabilidades empresariales mediante el camuflaje jurídico del trabajo por cuenta ajena bajo otras fórmulas que niegan a las personas trabajadoras sus derechos laborales.

Como consecuencia de esta realidad social y para dar una mayor protección jurídica, entre otros, a los denominados “riders” se introduce una nueva sanción para todos aquellos que “*impongan condiciones ilegales a las personas trabajadoras mediante su contratación bajo fórmulas ajenas al contrato de trabajo, o las mantenga en contra de requerimiento judicial o sanción administrativa*”. La principal diferencia que existe entre este nuevo tipo penal y el recogido en el art. 311.1 CP –el cual consiste en imponer a los trabajadores a su servicio condiciones laborales o de Seguridad Social que perjudiquen, supriman o restrinjan los derechos que tengan reconocidos por disposiciones legales, convenios colectivos o contrato individual– es el sujeto pasivo. En el apartado 1º, el sujeto pasivo se refiere a aquellas personas que tienen la condición jurídica de trabajadores por cuenta ajena, mientras que el apartado 2º se ocupa de aquellas personas que, sin ser jurídicamente trabajadores por cuenta ajena, cumplen *de facto* con las características para ser considerados como tales.

Además, la agravación que se contiene en el art. 311.5 CP será aplicable también a este nuevo tipo delictivo, de forma que se podrá imponer la pena superior en grado cuando esta conducta se lleve a cabo con violencia o intimidación.

6. Nueva regulación del delito de malversación

La modificación del delito de malversación implica, tal y como se establece en el Preámbulo de la LO 14/2022, “*un regreso al modelo tradicional español, es decir, al anterior a la reforma de 2015*”. Esta nueva regulación distingue, por una parte, entre las conductas de apropiación o distracción de los fondos públicos hacia beneficios directos o indirectos de carácter privado, y de otra parte, los comportamientos que, sin comportar una apropiación definitiva o el uso temporal para fines privados, suponen una desviación de las finalidades legalmente establecidas o una auténtica administración desleal con perjuicio a la causa pública.

Por consiguiente, el texto distingue claramente entre tres niveles de malversación, según se trate de conductas de apropiación del patrimonio público o de desviación para usos privados o públicos:

A. Malversación apropiativa (art. 432 CP)

La LO 14/2022 efectúa una profunda reforma del art. 432 CP suprimiendo la administración desleal como una de las conductas subsumibles en su tipo básico. Esta modificación no implica la despenalización de estas conductas, ya que se podrán sancionar a través del art. 252 CP, pudiendo apreciarse la agravante de prevalimiento del carácter público del art. 22. 7ª CP, así como la pena accesoria de inhabilitación especial para empleo o cargo público del art. 56.3º CP cuando concurren las circunstancias previstas para ello.

De esta manera, el artículo 432 CP castiga aquellas conductas cometidas por funcionario o autoridad que, con ánimo de lucro, se apropie o consienta que un tercero, con igual ánimo, se apropie del patrimonio público que tenga a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de estas.

La gran novedad introducida por la reforma se refiere al nuevo elemento subjetivo del tipo delictivo: el ánimo de lucro. La Fiscalía General del Estado ha unificado criterios y establecido unas pautas sobre la aplicación del delito de malversación tras esta última reforma del CP, disponiendo que el lucro se apreciará siempre que haya voluntad de disponer del dinero público para “conseguir una ventaja o beneficio propio”, sin necesidad de que haya una “ventaja patrimonial o un incremento económico”.

Por tanto, este ánimo de lucro se apreciará en todos los casos en los que el sujeto activo obre con conciencia y voluntad de disponer de la cosa como si fuera propia, destinándola a unos fines ajenos a la función pública al objeto de conseguir una ventaja o beneficio propio o ajeno de cualquier tipo.

Además, en el elenco de circunstancias agravantes del art. 432.2 CP se incluye una nueva agravación cuando “*las cosas malversadas fueran de valor artístico, histórico, cultural o científico; o si se tratare de efectos destinados a aliviar alguna calamidad pública*”.

B. Malversación de uso (art. 432 bis CP)

Asimismo, bajo el art. 432 bis CP se castiga a la autoridad o funcionario público que, sin ánimo de apropiárselo, destine a usos privados el patrimonio público puesto a su cargo por razón de sus funciones o con ocasión de estas.

En caso de que el patrimonio público usado privativamente no se reintegre en el plazo de 10 días desde el inicio del proceso penal, se impondrá la misma pena que la establecida en el artículo 432 CP (al presumirse que en tal caso concurre ánimo de lucro).

C. Malversación presupuestaria (art. 433 CP)

El tercer escalón de la reforma consiste en dar al patrimonio público administrado una aplicación pública diferente de aquélla a que estuviere destinado. Este tipo de desvío presupuestario o gastos de difícil justificación lleva aparejado el ingreso en prisión del autor si ha existido daño o entorpecimiento grave al servicio al que están destinados los efectos públicos.

D. Definición de patrimonio público (art. 433 ter CP)

Para dar una mayor seguridad jurídica, la LO 14/2022 introduce a través del art. 433 ter CP el concepto de patrimonio público a efectos penales, en el que se entenderá incluido “*todo el conjunto de bienes y derechos, de contenido económico-patrimonial, pertenecientes a las Administraciones públicas*”.

E. Atenuación de la pena en el delito de malversación (art. 434 CP)

El art. 434 CP recoge el tipo atenuado de la malversación en términos similares a la anterior regulación. La principal diferencia entre ambos es el aumento de los requisitos para obtener la rebaja de la pena de forma que, con la nueva norma, será necesario haber “*reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado*” antes del inicio del juicio oral. Además, la atenuación se condiciona a que exista una colaboración activa y eficaz con las autoridades o sus agentes.

7. Delito de enriquecimiento injusto

Se introduce un nuevo delito dentro de los fraudes y exacciones ilegales (art. 438 bis CP), cometido por el funcionario o autoridad que ve incrementado su patrimonio en más de 250.000 euros durante el ejercicio de su cargo y hasta 5 años después de su cese, siempre que no los justifique.

8. Delitos contra el orden público

La reforma operada por la LO 14/2022 suprime el antiguo delito de sedición. Así, se modifica el delito de desórdenes públicos, para incluir varias de las conductas antes previstas para el delito de sedición con penas más bajas.

CONTACTOS



Juan Palomino
Socio de Penal Económico
e Investigaciones
jpalomino@perezllorca.com
T. +34 91 423 20 87



Mayte Requejo
Of Counsel de Penal Económico
e Investigaciones
mtrequejo@perezllorca.com
T. +34 91 423 20 84

www.perezllorca.com | Madrid | Barcelona | London | New York | Brussels | Singapore

La información contenida en esta Nota Jurídica es de carácter general y no constituye asesoramiento jurídico.

Este documento ha sido elaborado el 2 de marzo de 2023 y Pérez-Llorca no asume compromiso alguno de actualización o revisión de su contenido.

YA DISPONIBLE | Nueva App Pérez-Llorca

