

CIRCULAR 1/2004

SOBRE RÉGIMEN TRANSITORIO APLICABLE A LA REFORMA 15/2003

I.- INTRODUCCIÓN II.- ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA REFORMA 15/2003 II.-1. Despenalizaciones II.-2. Elevación de cuantías delimitadoras de la tipificación como delito o falta II.-3. Elevaciones de cuantías delimitadoras de tipos básicos y subtipos atenuados II.-4. Delitos a los que se asigna una penalidad inferior tras la reforma 15/2003 II.-5. Introducción de penas alternativas II.-6. Reducción de topes máximos impondibles II.-7. Exigencia de requisitos reforzados en la tipificación penal II.-8. El nuevo régimen de la suspensión de condena para los toxicómanos II.-9. Supuestos en los que resulta dudoso determinar la norma mas favorable II.10 Modificaciones en los requisitos de procedibilidad III. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS III.1 Sentencias firmes no revisables III.2 Determinación del momento de comisión del delito III.3 Determinación de la norma penal mas favorable III.4 Examen de algunos supuestos en concreto III.4.1 La supresión del arresto de fines de semana III.4.2 La pena de localización permanente III.4.3. Nuevas facultades opcionales de reducción de penas III.4.4 Derecho transitorio y sustitución de penas III.4.5 Derecho transitorio y aspectos registrales III.4.6 Derecho Transitorio y prescripción IV.- PROCEDIMIENTO APLICABLE IV.-1 Hechos pendientes de enjuiciamiento IV.-2 Hechos sentenciados pendientes de recurso IV.-3 Revisión de Sentencias pendientes de ejecución IV.-4 La audiencia al acusado o al reo

I. INTRODUCCIÓN

El sometimiento del Código Penal a un continuo proceso de reformas está llegando a mutar la esencia del Derecho Transitorio, generando un indeseable estado de *permanente transitoriedad*. Para hacer frente desde el principio de unidad de actuación que ha de vertebrar al Ministerio Fiscal al reto representado por la reforma 15/2003 es necesario adoptar pautas interpretativas ponderadas, precisas y concretas.

Debe en todo caso resaltarse que la Fiscalía General del Estado ya dispone de un importante bagaje doctrinal que puede ayudar a hacer frente a los problemas que vayan generándose. En este sentido cabe citar las Circulares 2/1983, 1/1996, 2/1996 y 1/2000, la Instrucción de 30 de agosto de 1928 y la 1/2000 y las Consultas 1/1942 y 6/1955 entre otras.

Además, la labor será mas simple que las tareas comparativas que se efectuaron con motivo de la entrada en vigor del CP 1995, en el que existía un plus de complejidad al ser necesario tener en cuenta la problemática derivada de la institución de las redenciones ordinarias y extraordinarias.

Ante la entrada en vigor del Código Penal de 1995, la Fiscalía General del Estado optó por emitir dos Circulares distintas, una dedicada a abordar los problemas derivados de la revisión de sentencias (la 1/1996) y otra a los del tratamiento de hechos pendientes de enjuiciamiento (la 2/1996). El menor calado y complejidad de la reforma 15/2003, en tanto reforma parcial, así como la preexistencia de la doctrina emanada de las Circulares referidas hacen aconsejable ahora dedicar un único instrumento para abordar ambos aspectos.

Como coordenadas fundamentales para analizar los problemas de Derecho Transitorio debe partirse de que el principio de retroactividad de la ley penal más favorable que ya aparecía en el art. 24 del Código Penal anterior se ratifica en el art. 2.2 del CP vigente. Igualmente nuestra Constitución en su art. 9.3, garantiza la irretroactividad de las "disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales", principio que se repite en el art. 2.1 del Código Penal y en el art. 2.3 del Código Civil.

Aunque la Constitución no lo acoge expresamente, interpretando a *contrario sensu* el art. 9.3 CE "*puede entenderse que la Constitución garantiza*

también la retroactividad de la Ley penal favorable” (SSTC 8/1981, de 30 de marzo, 15/1981, de 7 de mayo).

Expresamente la Disposición Transitoria Primera de la LO 15/2003 establece que *se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.*

Antes de entrar en el análisis de las Disposiciones Transitorias de la Ley 15/2003, debe recordarse que la misma establece en su Disposición final quinta tres periodos distintos de “*vacatio legis*”:

1) Las modificaciones de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, de la Ley Reguladora de Responsabilidad del Menor y la modificación del artículo 20 de la Ley Hipotecaria (posibilidad de anotación de embargo preventivo o prohibición de disponer, acordada por un Juez Penal sobre bienes cuya titularidad registral se considera aparente), entraron en vigor el día siguiente de la publicación de la ley, es decir, el 27 de Noviembre de 2003.

2) Las modificaciones relativas a los delitos de insolvencia punible (artículos 259, 260 y 261) entraron en vigor junto con la Ley Concursal, es decir el día 1 de septiembre de 2004.

3) Las modificaciones sustantivas que afectan al Código Penal han entrado en vigor el día 1 de octubre de 2004.

Debe ante todo tenerse presente que las genéricas disposiciones transitorias del Código Penal de 1995 siguen vigentes en lo que no se opongan a las específicas de la LO 15/2003, por lo que la fragmentaria regulación del Derecho Transitorio contenida en la reforma 15/2003 habrá de integrar en ellas sus lagunas. La única Disposición Transitoria del CP 1995 expresamente

derogada es la Duodécima, que lo fue por la Disposición Final 5.1 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 enero.

II.- ASPECTOS SUSTANTIVOS DE LA REFORMA 15/2003

En primer lugar cabe reseñar que los preceptos introducidos por la reforma que pueden considerarse como más beneficiosos podrían clasificarse en los siguientes grupos:

II.-1. Despenalizaciones:

La reforma ha despenalizado la falta de conducción de vehículos de motor o ciclomotores sin seguro (artículo 636). Por consiguiente, los Sres. Fiscales habrán de interesar el archivo de los juicios de faltas en tramitación, solicitando simultáneamente la remisión de testimonio a la Autoridad administrativa para, que en su caso incoe el correspondiente expediente administrativo sancionador.

Idéntico tratamiento habrá de darse a las condenas penales pendientes de ejecución, salvo que el penado satisfaga la multa voluntariamente antes de acordarse el archivo y la correspondiente deducción de testimonio.

También se despenalizan determinadas conductas como consecuencia de la elevación de las cuantías mínimas típicas en los delitos contra la Hacienda Pública y Seguridad Social (arts. 305 y 307), fraude de subvenciones (art. 308), daños imprudentes (art. 267), falsedades contables (art. 310) y uso de información privilegiada (art. 285).

El tratamiento habrá de ser idéntico: las causas en tramitación que versen sobre cuantías que no alcancen el mínimo típico habrán de ser archivadas y cuando los hechos despenalizados puedan ser constitutivos de

infracciones administrativas, los Sres. Fiscales habrán de instar la remisión del correspondiente testimonio a la autoridad administrativa a los efectos procedentes, simultáneamente a la solicitud de archivo del procedimiento.

Tratamiento análogo habrá de dispensarse en estos casos a las sentencias condenatorias firmes pendientes de ejecución, siempre que se constate efectivamente que la cuantía determinante de la tipificación conforme a la legislación derogada no alcanza el límite cuantitativo fijado en cada caso por la reforma operada por LO 15/2003.

II.-2. Elevación de cuantías delimitadoras de la tipificación como delito o falta:

Se han elevado las cuantías mínimas en relación con las figuras típicas de daños, hurtos, hurtos de uso, defraudaciones de energías o fluidos , estafas, apropiaciones indebidas, sustracciones de uso de vehículos de motor, usurpaciones, así como en la expedición de moneda falsa recibida de buena fe. En todos estos casos, la cuantía de 50.000 pts, equivalente a 300,51 euros conforme a la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 5/2001, de 13 de diciembre, *sobre los efectos de la introducción del euro en el ámbito penal*, pasa a sustituirse por la cuantía de 400 euros.

Por tanto, se transforman en falta las conductas de referencia cuando su cuantía excedía de 300,51 euros sin sobrepasar los 400.

II.-3. Elevaciones de cuantías delimitadoras de tipos básicos y subtipos atenuados:

En este caso se encuentra el tipo de malversación privilegiada prevista en el artículo 432.3 que fija la cuantía delimitadora en 4.000 euros frente a las 500.000 pesetas anteriores a la reforma.

II.-4. Delitos a los que se asigna una penalidad inferior tras la reforma 15/2003

El límite inferior de la pena de prisión pasa de seis a tres meses en los siguientes supuestos:

1) Delitos de participación en riña tumultuaria (art. 154). En este tipo también se modifica la extensión de la pena de multa alternativa, que de dos a doce meses pasa a castigarse con pena de seis a 24 meses.

2) Amenazas con mal no constitutivo de delito (art.171.1). De tener asignada una pena de prisión de seis meses a dos años pasa a castigarse con pena de prisión de tres meses a un año. También en este tipo penal se reduce el límite inferior de la multa alternativa.

3) Delitos de quebrantamiento de deberes de custodia, subtipo atenuado (art. 225). En este subtipo se incrementan no obstante el límite inferior y superior de la multa alternativa.

El límite inferior de la pena de prisión pasa de seis meses a cuatro meses en:

1) Delitos contra la flora y la fauna (arts. 332, 333, 334, 336).

2) Amenazas del apartado 2º del art. art. 171.2.

Por último, en los subtipos agravados de delito contra la propiedad industrial, el límite mínimo de la pena se reduce de dos a un año (art. 276) si bien el límite mínimo de la multa, a imponer conjuntamente, se incrementa.

La falta de lesiones imprudentes del art. 621.3 ve reducido el mínimo de la multa de quince a diez días.

II.-5. Introducción de penas alternativas:

Se introduce pena de multa como alternativa a la pena privativa de libertad en los delitos de abandono de familia e impago de pensiones (arts. 226 y 227), en el delito de aborto cometido por imprudencia (art. 146) y en el delito de lesiones imprudentes causadas al feto (art. 158).

Se introduce pena de trabajos en beneficio de la comunidad como alternativa a la pena de multa en el delito de sustracción de vehículo de motor (art. 244)

El tipo delictivo de expendición de moneda falsa recibida de buena fe por importe superior a 400 euros (art. 386.3) sustituye la pena conjunta de arresto de fin de semana y multa por una pena alternativa de prisión de tres a seis meses o multa.

En la falta de deslucimiento de bienes inmuebles (art. 626) a la pena privativa de libertad (ahora de localización permanente) se incorpora como pena alternativa la de trabajos en beneficio de la comunidad.

II.-6. Reducción de topes máximos imposables:

En los tipos básicos de estafa y de apropiación indebida (art. 249 y 252) el límite máximo de la pena se reduce a tres años de privación de libertad.

Además de la procedencia de revisar penas impuestas por el tipo básico de mas de tres años, esta reducción arrastra como consecuencia la del plazo de prescripción, que pasa de cinco a tres años (art. 131), lo que habrá de dar lugar en su caso a la aplicación del nuevo régimen en cuanto traiga consigo esa consecuencia mas favorable.

II.-7. Exigencia de requisitos reforzados en la tipificación penal

Se introduce el requisito de grave perjuicio para el medio ambiente en el art. 332, que tipifica los delitos relativos a la protección de la flora, por lo que su ausencia transmuta la conducta en la falta prevista y penada en el art. 632.1.

II.-8. El nuevo régimen de la suspensión de condena para los toxicómanos:

El nuevo art. 87 dispone que aun cuando no concurren las condiciones 1ª y 2ª previstas en el artículo 81, el juez o tribunal, con audiencia de las partes, podrá acordar la suspensión de la ejecución de las penas privativas de libertad no superiores a cinco años de los penados que hubiesen cometido el hecho delictivo a causa de su dependencia de las sustancias señaladas en el número 2º del artículo 20, siempre que se certifique suficientemente, por centro o servicio público o privado debidamente acreditado u homologado, que el condenado se encuentra deshabituado o sometido a tratamiento para tal fin en el momento de decidir sobre la suspensión.

Se instaura por consiguiente un nuevo régimen, potencialmente mucho más beneficioso que el anterior.

Para las causas aún no enjuiciadas para las que eventualmente pueda ser de aplicación esta suspensión privilegiada cabrá aplicar la nueva legislación aunque desde el punto de vista de la pena a imponer no sea mas beneficiosa, si con el anterior régimen no era posible la suspensión.

Las sentencias firmes dictadas en estos casos, cuando hubiese sido impuesta pena que impedía la suspensión, podrán ser revisadas aun cuando por razón exclusiva de la pena impuesta no procediera, si esta revisión puede dar lugar a la aplicación de la suspensión privilegiada. En este sentido cabe

citar el AAP Valencia, sec. 5ª, de 4 de noviembre de 1998 que estableció que “por tanto, aun cuando si tan sólo se tiene en cuenta la pena privativa de libertad impuesta al reo por el delito objeto de condena, no puede tenerse por más favorable al mismo el nuevo Código Penal, el estudio global de la normativa de éste en su conjunto desmiente tal impresión primera, y obliga a concluir en que su aplicación retroactiva sí le resulta más favorable, puesto que le permite solicitar la concesión de determinados beneficios a los que no tiene acceso según el anterior Código que en concreto le fue aplicado, por lo que, en aras a respetar tal voluntad del legislador, deber optarse, en suma, por razones de justicia material, por proceder a la revisión interesada”.

En este punto y en general para la institución de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad cabe mantener, como ya lo hizo la Circular 1/1996 que si se revisa una sentencia y si la nueva pena impuesta lo permite y la anterior no lo consentía por su duración, nada impide que puedan ser aplicados los beneficios de la suspensión de la ejecución de (arts. 80 y siguientes).

II.-9. Supuestos en los que resulta dudoso determinar la norma mas favorable:

Tanto si nos enfrentamos a un supuesto de revisión de sentencia ya firme, como a un supuesto de elección de la norma más favorable para el enjuiciamiento de un hecho delictivo, la opinión del reo o del acusado, respectivamente habrá de ser determinante cuando el Juez mantenga dudas sobre lo más favorable. Por el contrario cuando la benevolencia de la Ley penal sea algo objetivo -lo que ocurrirá la mayor parte de las veces en las que si las penas afectan al mismo bien jurídico el criterio determinante será el de la extensión cuantitativa y si afectan a diferentes bienes jurídicos lo será el del rango de cada uno de ellos- no tiene el Juez o Tribunal que seguir necesariamente los dictados del penado.

En efecto, pueden detectarse supuestos en los que no cabe dar normas generales apriorísticas, pues ha de estarse a las concretas circunstancias concurrentes para poder alcanzar una conclusión sobre la norma más favorable, especialmente cuando se trata no ya de revisar sentencias sino de decidir la norma aplicable a un proceso vivo. En estos casos habrá de prestarse especial atención al resultado de la audiencia al reo.

Así, el delito de sustracción de vehículos de motor tipificado en el art. 244 CP estaba castigado con la pena de arresto de doce a veinticuatro fines de semana o multa de tres a ocho meses si lo restituyere, directa o indirectamente, en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas. Con la nueva regulación pasa a estar castigado con la pena de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días o multa de seis a 12 meses. En principio puede considerarse que la nueva regulación, en tanto no prevé pena privativa de libertad, es más beneficiosa. Sin embargo la pena de multa se ve incrementada y su impago puede dar lugar a una responsabilidad personal subsidiaria no inferior a noventa días a cumplir en establecimiento penitenciario (art. 53).

Del mismo modo, el delito agravado de omisión del deber de socorro tipificado en el art. 195.3 es reformado de forma que si anteriormente la pena correspondiente al ilícito *si la víctima lo fuere por accidente ocasionado fortuitamente por el que omitió el auxilio* era de prisión de seis meses a un año y multa de seis a doce meses, y *si el accidente se debiere a imprudencia*, la de prisión de seis meses a dos años y multa de seis a veinticuatro meses, ahora corresponde pena de prisión de seis a 18 meses, en el primer caso y de prisión de seis meses a cuatro años en el segundo. Por tanto se incrementa el máximo de la pena privativa de libertad pero el nuevo texto no contempla la pena de multa. Por ello, aunque en general la nueva normativa es más perjudicial, en supuestos concretos pudiera ser más beneficiosa, por lo que no puede

descartarse a priori enjuiciar hechos anteriores a la entrada en vigor conforme al nuevo texto.

El delito tipificado en el art. 389.2º referido al adquirente de buena fe de sellos de correos o efectos timbrados que, conociendo su falsedad, los distribuyera o utilizara en cantidad superior a cincuenta mil pesetas estaba castigado con pena de arresto de ocho a doce fines de semana, y, si únicamente los utilizara, por la misma cantidad, con la pena de multa de tres a doce meses. Tras la reforma se dispone que el adquirente de buena fe de sellos de correos o efectos timbrados que, conociendo su falsedad, los distribuyera o utilizara en cantidad superior a 400 euros será castigado con la pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a 24 meses. Al margen de los efectos de los nuevos límites cuantitativos, la nueva regulación puede en determinados supuestos considerarse más beneficiosa al posibilitar una pena no privativa de libertad.

El artículo 463 que castiga las incomparencias a juicio sin justa causa también puede eventualmente ser más beneficioso, dependiendo de las circunstancias concurrentes, pues aunque se incrementan las penas privativas de libertad, se introduce la posibilidad alternativa de pena de multa en algunos supuestos.

Finalmente, en el libro II del CP nos encontramos con determinados tipos delictivos (artículos 226, 227, 244, 289, 379, 463, y 514.4) en que la pena de arresto de fin de semana se ha visto sustituida por pena de prisión (con la alternativa de multa) o por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad (con idéntica alternativa). Al deber tenerse en consideración las normas completas de uno y otro Código, (y por tanto las normas relativas a sustitución de penas recogidas en el artículo 88), los Sres. Fiscales valorarán en concreto, de forma individual, el precepto más favorable, atendida la capacidad

económica del acusado, sin perjuicio de valorar, en su caso, la conveniencia o no de solicitar una pena privativa de libertad.

II.10 Modificaciones en los requisitos de procedibilidad

Este punto no ha de plantear problemas pues a diferencia de lo que aconteció en el tránsito del CP 1973 al CP 1995, tras la reforma 15/2003, las modificaciones legislativas suponen que en determinados delitos para los que antes era necesaria denuncia (injurias y calumnias contra funcionario público, autoridad o agente de la misma sobre hechos concernientes al ejercicio de sus cargos, art. 215.1 y delitos contra la propiedad intelectual e industrial, art. 287) ahora son perseguibles de oficio, por lo que no existirán supuestos de causas abiertas sin colmar requisitos nuevos de procedibilidad.

Sí habrá de tenerse presente que la flexibilización de la persecución, sin embargo, no puede entenderse aplicable a hechos anteriores, como ya mantuvo en su día la Circular 2/1996, sin perjuicio de que en tales supuestos si se hubiere iniciado una causa antes del 1 de octubre sin contar con la preceptiva denuncia, se haga ofrecimiento de acciones a los potenciales perjudicados, antes de adoptar cualquier resolución.

III. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS

No plantean problemas de transitoriedad y por tanto no son objeto de análisis los procedimientos relativos a hechos que se hayan cometido con posterioridad al día 1 de octubre de 2004 y aquellos que, cometidos con anterioridad, ya hayan sido sentenciados y ejecutados en su totalidad.

Como ya se adelantó *supra*, las Circulares 1/1996 y 2/1996, que fijaron pautas de interpretación y actuación respecto de los problemas que la entrada

en vigor de la Ley 10/95, de 23 de noviembre, del Código Penal suscitó en su momento van a seguir teniendo una sustancial vigencia, pues el Derecho Transitorio de la LO 15/2003 sigue en esencia la filosofía inspiradora de las disposiciones de la LO 10/1995.

III.1 Sentencias firmes no revisables.

En principio son susceptibles de revisión todas las sentencias firmes cuyo cumplimiento se encuentra pendiente o en trámite de ejecución.

A ello se refiere expresamente la Disposición Transitoria 2ª de la LO 15/2003 de 25 de noviembre al indicar que *los jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial.*

Sin embargo no procederá la revisión en todas aquellas sentencias que ya la propia norma transitoria excluye de esa posibilidad, conforme a sus Disposiciones Transitorias segunda y tercera.

Cabe distinguir los siguientes supuestos de no revisibilidad:

1) *En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código. Se exceptúa el supuesto en que esta ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso, deberá revisarse la sentencia. (Disposición Transitoria 2ª).*

Esta disposición no hace sino reproducir literalmente el contenido de lo dispuesto en el párrafo 2º de la Disposición Transitoria 5ª de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, –salvo meras cláusulas de estilo, para adaptar la nomenclatura al hecho de que se trata de una reforma parcial y no de un cambio de Código- por lo que la jurisprudencia que interpretó esta norma habrá de considerarse plenamente operativa.

En este sentido habrá de tenerse en cuenta que en definitiva *“la retroactividad de la ley más favorable no da lugar a una pretensión de nueva individualización de la pena...Por tanto, la comparación de leyes prevista de forma general en el art. 2.2 del Código vigente y con carácter específico en las disposiciones transitorias de la ley orgánica 10/95 no requiere una nueva individualización de la pena que correspondería de acuerdo con el Código penal vigente, sino tan sólo la comprobación de si la pena impuesta en su día, acorde con la gravedad de la culpabilidad antes de la entrada en vigor del nuevo Código, podría ser impuesta conforme a los preceptos de éste. Únicamente en el caso de que la pena impuesta en sentencia firme fuese superior al límite máximo del marco previsto en el nuevo Código, se consideraría éste último ley más favorable”* (SSTS 115/1998, de 5 de febrero, 927/1997, de 23 de junio y 286/1997, de 8 de marzo, entre otras).

Igualmente se mantiene por el TS que *la ponderación de la pena más favorable en la revisión de sentencias firmes ha de prescindir de elementos de individualización vinculados al "ejercicio del arbitrio judicial". En ese sentido, se pretende establecer, en la fijación del término de comparación correspondiente a la pena aplicable de acuerdo con el nuevo Código penal, un marco con un límite máximo y un límite mínimo. Para que esta pena pueda ser considerada más favorable que la impuesta en la sentencia firme, es necesario que ésta última sea superior al límite máximo de aquel marco penal... únicamente si la pena aplicada en sentencia firme es superior a este marco legal, puede afirmarse que la pena del nuevo Código es más beneficioso, ya que de acuerdo*

con sus disposiciones no se hubiese podido imponer aquélla. (SSTS 505/1997, de 14 de abril y 398/1997, de 24 de marzo).

Entenderán por tanto los Sres. Fiscales que cuando la pena privativa de libertad impuesta en la sentencia firme se encuentre incluida en el período de duración previsto para pena de la misma naturaleza en la regulación actual, no procede revisión alguna, con independencia de que en abstracto se hayan modificado los límites mínimo y máximo de la sanción correspondiente al tipo penal de que se trate.

Esta disposición introduce un tratamiento radicalmente diferente en la aplicación del principio de retroactividad de la norma mas favorable dependiendo si existe pena impuesta por sentencia o si por el contrario la causa seguida por hechos anteriores a la entrada en vigor de la nueva ley aún no ha sido sentenciada. En este segundo supuesto sí podrá darse operatividad a los casos en los que manteniéndose tramos de penalidad imponibles en ambas legislaciones, el límite inferior se reduce en la nueva.

Se excepciona la regla de la no revisibilidad en los supuestos en los que tras la reforma se introduzca una previsión alternativa de pena no privativa de libertad. Este inciso deberá ser interpretado por los Sres. Fiscales en el sentido de que será obligatorio iniciar el proceso de revisión y por tanto, será también obligatorio plantearse si procede modificar la sentencia para imponer la pena alternativa no privativa de libertad. Pero cumplidas estas obligaciones podrá el Juzgador, una vez valoradas las circunstancias concurrentes, optar por revisar o no revisar. No será pues obligatorio sustituir la pena inicialmente impuesta por la nueva pena de multa no prevista como alternativa en su momento, sino que dicha decisión únicamente debe adoptarse cuando tras el examen de la causa así se estime oportuno.

Esto sucederá en los delitos de abandono de familia e impago de pensiones, previstos en los artículos 226 y 227 respectivamente, por lo que deben incluirse como supuestos en que procede abrir el procedimiento de revisión de la sentencia dictada, sin perjuicio de cuál sea la decisión que en uno y otro supuesto se adopte, que por tanto no necesariamente pasa por imponer la nueva pena de multa.

Distinto es el supuesto en que existiendo tanto en la norma anterior como en la reformada la posibilidad de pena alternativa (privativa de libertad o multa), fue impuesta la pena privativa de libertad. En estos casos habrá de seguirse la interpretación de la Circular 1/96, que estableció que *hay que entender que si en la norma anterior reformada también existía la misma penalidad alternativa, no entrará en juego esa previsión, en la medida en que ya el juzgador tuvo la posibilidad, al dictar sentencia de optar por la pena no privativa de libertad, y, sin embargo, la descartó.*

En relación con esta Disposición Transitoria segunda, la revisibilidad de las sentencias que impusieron penas de arresto de fines de semana imponible en la misma extensión pero en régimen de localización permanente presenta unas peculiaridades que exige su tratamiento en capítulo aparte.

2) No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida. Igual regla se aplicará si el penado se encuentra en período de libertad condicional (Disposición Transitoria 2ª, párrafo 3º).

Habrá también que entender comprendidos como casos en los que no procede la revisión el supuesto de suspensión por resolución del Tribunal Constitucional al conocer del recurso de amparo interpuesto (art. 56 de la Ley

Orgánica del Tribunal Constitucional) y la tramitación de un indulto conforme al art. 4.4 del Código Penal.

En todo caso, en los supuestos de despenalización habrá de procederse a la revisión aunque la pena esté suspendida.

3) *Tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código y a la presente reforma, corresponda, exclusivamente, pena de multa (DT 2ª párrafo último).*

4) *No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el juez o tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta en su día, conforme a esta Ley. (DT 3ª).*

En este supuesto deben entenderse incluidas aquellas sentencias condenatorias que se hayan ejecutado totalmente, aunque los hechos hubiesen sido despenalizados –o degradados a falta- en función de la norma reformada.

En este punto hemos de plantearnos qué tratamiento dar a los supuestos en los que estando pendientes de ejecución los pronunciamientos civiles, los hechos quedan despenalizados. Los Sres Fiscales mantendrán *pro victima, pro damnato* la interpretación conforme a la cual la sentencia no es revisable y continuará la ejecución de esos aspectos civiles (vid. STS de 6 de febrero de 1982). Esta interpretación, en beneficio de los perjudicados también inspiró la reforma del CP operada por LO 3/1989 y la práctica de nuestros tribunales respecto de las ejecutorias tramitadas en relación con hechos

cometidos por menores de dieciocho años y mayores de dieciséis tras la entrada en vigor de la LO 5/2000, de 12 de enero de Responsabilidad Penal de los Menores (vid. AAP Madrid (Sección 15ª) de 26 de marzo de 2001).

En este mismo sentido, la Circular 1/1996 mantuvo el criterio de que los eventuales pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil debían ser ejecutados en todo caso sin que quedaran afectados por la despenalización

En estos casos de sentencias ya ejecutadas, pese a no ser objeto de revisión expresa, habrá de tenerse en cuenta el cambio legislativo operado a los efectos de la apreciación de la agravante de reincidencia. El Tribunal Supremo ya había extendido la retroactividad al efecto ulterior de las sentencias ya firmes y ejecutadas en orden a los antecedentes penales (SSTS 11 de diciembre de 1951 y 24 de noviembre de 1965).

Por tanto, las condenas por hechos despenalizados o que hayan sido convertidos en faltas en la nueva legislación penal, aunque no hayan sido revisadas, no podrán servir de base para la apreciación de la reincidencia (disposición transitoria 6ª). Por eso en algunas ocasiones no bastará con el examen de la hoja histórico penal, sino que será necesario recabar testimonio de la sentencia anterior.

Tratándose de cambio de naturaleza del hecho delictivo que pasa de delito a falta por modificación de la cuantía dineraria del módulo diferenciador, tras la reforma de 8 de abril de 1967 se adoptó el criterio de que una modificación fundada solo en la pérdida de valor adquisitivo de la moneda no podía ser tenida en cuenta para dejar de estimar los antecedentes penales.

Este criterio, que se repitió en otras reformas posteriores del CP (1967, 1974 y 1978), fue además acogido por el TS (SSTS 11 noviembre 1976 y 14 de

febrero de 1978), y mantenido tras la reforma 8/1983 de 25 de junio (SSTS 22 de junio de 1984 y 7 de febrero de 1986)

Esta línea interpretativa no debe, sin embargo, ser de aplicación a las modificaciones que en la cuantía diferenciadora de delitos y faltas introduce la reforma 15/2003, ni a las modificaciones introducidas en las cuantías mínimas de los delitos reseñados *supra*, pues incluso aunque se estimara que los cambios cuantitativos no van mas allá de la mera adaptación a la evolución del IPC, la falta de una disposición legal expresa que otorgue cobertura a la interpretación señalada ha de llevar a la mas favorable al reo.

Por tanto, ha de seguirse en este punto la argumentación de la Circular 2/1996 que sostenía -en razonamiento plenamente aplicable a la reforma 15/2003- que al no existir apoyo en las disposiciones transitorias para la tesis de la irrelevancia de la modificación de cuantías, debía mantenerse para los casos analizados la interpretación de que tales sentencias no podían tenerse en cuenta para la apreciación de reincidencia.

Por tanto, en estos supuestos los Sres. Fiscales habrán de interesar, en su caso, que por el Juzgado o Tribunal se oficie al Registro de Penados para que quede sin efecto la anotación de condena. Como quiera que habrá ejecutorias archivadas definitivamente respecto de las que no sea factible su reapertura a fin de dejar sin efecto las notas de condena, cuando en el curso de un procedimiento en tramitación los Sres. Fiscales en el trance de analizar la hoja histórico penal vislumbren la posibilidad de que un antecedente en principio aplicable pueda ser anulable en base a la reforma 15/2003, interesarán del Juzgado la unión a la causa de testimonio de la sentencia de referencia a fin de analizar si efectivamente es o no computable la condena a efectos de antecedentes penales.

Los Sres. Fiscales no se opondrán a que a instancias del penado, aunque la ejecución esté agotada, pueda solicitarse del Juzgado o Tribunal sentenciador que se oficie al Registro de Penados y Rebeldes para que se deje sin efecto la anotación de condena, pues ha de tenerse presente que los antecedentes penales irradian efectos (siempre negativos para el afectado) en otros ámbitos extrapenales (así, por ejemplo, legislación sobre seguridad privada, Ley sobre Derechos y Libertades de los Extranjeros en España, Ley de Contratos del Estado, Reglamento para la ejecución de la Ley de Caza, Reglamento de Armas etc).

También estas sentencias no revisables generarán no obstante efectos a los fines de evaluar si concurren los presupuestos para la suspensión de la ejecución de la pena. Las condenas anteriores ya ejecutadas pero referidas a hechos que ya no alcanzan el quantum típico o que no superan el quantum delimitador entre delito y falta no impedirán la posible concesión de los beneficios referidos. Por tanto si la condena anterior no revisada se refiere a hechos que con arreglo a la nueva legislación quedan despenalizados o convertidos en falta, se deberá entender cumplido el requisito de ser delincuente primario (en el mismo sentido Instrucción de 30 de agosto de 1928 de la Fiscalía del Tribunal Supremo y Circular 2/1996).

5) En los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto a esta ley".(D.T. 3ª 2)

III.2 Determinación del momento de comisión del delito

La Disposición Transitoria Primera de la LO 15/2003 de 25 de noviembre establece en su apartado 1º que *los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal*

vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

Por su parte, el artículo 7 del CP establece que *a los efectos de determinar la Ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar.*

Como ya advertía la Circular 2/1996, el precepto deja sin resolver algunos supuestos que pueden plantear dudas en relación con la determinación de la ley penal aplicable, como son los delitos continuados, permanentes, habituales y de tracto sucesivo, en los que una parte de las acciones se hayan ejecutado antes del día 1 de octubre y otros después de esa fecha. Los criterios contenidos en la Circular 2/1996 deben considerarse *mutatis mutandis* aplicables, por lo que basta aquí hacer una remisión a los mismos.

El delito de impago de pensiones del artículo 227 del Código Penal en su nueva regulación resulta castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a 24 meses, mientras que en su anterior redacción tenía asignada una pena única de arresto de ocho a 20 fines de semana. El nuevo tipo será de necesaria aplicación cuando existan dos impagos consecutivos o los cuatro discontinuos cometidos a partir del día 1 de octubre. En otro caso, si para que los hechos tengan relevancia penal han de tenerse en cuenta incumplimientos anteriores y posteriores al 1 de octubre, habrá de partirse de la imposibilidad de aplicar la pena de prisión de tres meses a un año, por ser claramente una aplicación (parcialmente) retroactiva contra reo y, siendo dudosa qué pena ha de entenderse mas grave, deberá darse audiencia al reo

antes de decidir si se impone la antigua pena de arresto de fines de semana o la nueva de multa.

III.3 Determinación de la norma penal mas favorable

Conforme a la Disposición Transitoria Primera apartado 2º *para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta Ley.*

Idéntico contenido tenía la Disposición Transitoria Segunda, inciso primero del CP 1995, con una única modificación terminológica impuesta por la entidad del cambio legislativo sobre el que operaba (*con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código, rezaba*).

Como resulta de la Disposición Transitoria Primera apartado 1º de la Ley 15/2003 de 25 de noviembre y del artículo 2 del CP, la aplicación retroactiva de la nueva norma, si es más favorable al reo, es procedente en relación con los hechos cometidos con anterioridad al día 1 de octubre de 2004 que se encuentren pendientes de enjuiciamiento, así como respecto de aquellos ya sentenciados, si dicha declaración no ha adquirido firmeza o si aún firme no ha sido ejecutada íntegramente, en el sentido anteriormente expuesto

La determinación de la ley más favorable exige, en los tres supuestos planteados, llevar a cabo una comparación entre ambas normas para decidir cual es la más favorable.

Cuando el apartado 2º exige que la determinación de la ley más favorable se haga comparando el resultado de la *“aplicación de las normas completas del Código actual y de la reforma contenida en esta Ley”*, está siguiendo el criterio doctrinal y jurisprudencial recogido en múltiples sentencias,

en el sentido de que la elección ha de hacerse de manera global, en bloque, en su totalidad, sin que sea admisible ni asumible como más beneficiosa la aplicación “troceada”, tomando de cada bloque lo que favorezca y rechazando lo que perjudique, sin que quepa construir una “tercera norma más favorable”, pues el Tribunal estaría desempeñando funciones legislativas que no le corresponden , axioma que se recogía en la Circular de la FGE 2/1983.

También la doctrina constitucional ha asumido estos principios y así la STC 131/1986, de 29 de octubre establece que *el principio de retroactividad de la ley penal más favorable... supone la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, que se desplaza en virtud de dicho principio, siempre que el resultado final, como es obvio, suponga beneficio para el reo, ya que en otro caso la ley nueva carecería de esa condición de más beneficiosa que justifica su aplicación retroactiva...No es aceptable, por tanto, y así lo ha dicho este Tribunal en el A 369/1984 de 24 junio, utilizar el referido principio para elegir, de las dos leyes concurrentes, las disposiciones parcialmente más ventajosas, pues en tal caso, el órgano judicial sentenciador no estaría interpretando y aplicando las leyes en uso correcto de la potestad jurisdiccional que le atribuye el art. 117.3 CE, sino creando con fragmentos de ambas leyes una tercera y distinta norma legal con invasión de funciones legislativas que no le competen.*

En este punto debe tenerse presente que en relación con el supuesto de una sentencia que condena a diversos delitos por hechos distintos se ha acuñado una jurisprudencia pacífica en el sentido de poder tratarlos autónomamente, estos es, no considerar obligado aplicar a todos los hechos la misma legislación. En este sentido, la STS 890/1996, de 22 de noviembre declara que *el art. 2.2 CP 1995 consagra el principio de la retroactividad de las leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. La disp. trans. 2.^a*

CP 1995 dispone razonablemente que para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas de uno u otro Código, pero dicha norma no autoriza a mezclar hechos distintos, objeto de condena por delitos independientes. Tal criterio contiene una aplicación analógica in malam partem de la norma penal, contraria al principio de legalidad, pues implica ampliar la citada disposición transitoria -aplicación de las normas completas de uno u otro código al hecho enjuiciado- a supuestos distintos, no contemplados en ella, como son aquellos casos en que diversos hechos delictivos hayan sido objeto de condena por tipos autónomos en una misma sentencia. (En el mismo sentido SSTS 664/1997, de 7 de mayo, y 506/1997, de 14 de abril).

III.4. Examen de algunos supuestos en concreto

III.4.1 La supresión de la pena de arresto de fines de semana

En primer lugar ha de partirse de que la supresión de los arrestos de fin de semana del catálogo de penas en modo alguno puede interpretarse como generador de su automática e inmediata inaplicabilidad con la consiguiente imperatividad de su sustitución por otra pena tras el 1 de octubre de 2004.

Antes al contrario, habrá de seguirse interesando su ejecución cuando esta pena hubiera sido impuesta por sentencia firme en los supuestos en los que las sentencias no sean revisables por no ser más beneficiosa la pena prevista en la norma posterior para el mismo tipo penal.

También habrá de seguirse postulando el arresto de fines de semana como pena a aplicar en procedimientos aún no culminados por sentencia cuando la misma sea mas beneficiosa que la penalidad prevista para el tipo penal aplicable tras la entrada en vigor de la reforma 15/2003.

A efectos de comparaciones ha de recordarse que la Disposición Adicional Octava de la Ley 10/1995 establece que el arresto de fin de semana equivale a dos días de privación de libertad.

Cuando proceda mantener o interesar la pena de arresto de fines de semana, habrá de estarse en cuanto a su ejecución a las disposiciones del Real Decreto 690/1996, de 26 de abril, *por el que se establecen las circunstancias de ejecución de las penas de trabajo en beneficio de la comunidad y arresto de fin de semana*.

También habrá de tenerse presente que el que no se contemple una forma de cumplimiento específico de una pena concreta no significa ni que haya desaparecido la pena como tal, ni por ello que su quebrantamiento sea impune (SAP Sevilla 49/1998, de 10 de enero).

En todo caso debe partirse de la clara voluntad de la Ley reformadora de extinguir la pena de arrestos de fines de semana, por lo que cuando tras las actuaciones revisorias se imponga una pena de esta naturaleza, por estimarse mas favorable, los Sres. Fiscales, de conformidad con lo dispuesto en el art. 88.2 CP en su redacción anterior a la reforma, interesarán la sustitución por pena de multa o de pena de trabajo en beneficio de la comunidad siempre que sea legalmente posible.

III.4.2 La pena de localización permanente:

Una de las modificaciones penológicas de mayor calado en el Libro III del Código Penal, es la de la sustitución de la pena de arresto de fin de semana por la pena de localización permanente, incorporándola al catálogo de penas del artículo 33 CP con naturaleza de pena leve, como pena principal o como responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago de multa.

La Disposición Transitoria 4ª establece que *en los casos en que la pena que pudiera corresponder por la aplicación de esta ley fuera la de localización permanente, se considerará, para valorar su gravedad comparativa, que cada día de localización permanente equivale a un día de prisión.*

En principio ese criterio de equivalencia debe abarcar a todas las penas privativas de libertad, y por tanto también a la pena de arresto de fin de semana, desaparecida ya del catálogo de penas. Por ello, una aplicación estricta de dicha regla conjuntamente con la contenida en la Disposición transitoria segunda, conforme a la que *“ no se considerará más favorable esta ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias, sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código”* podría llevar a la conclusión de que no son revisables las sentencias firmes por falta en las que se impone pena de arresto de fin de semana, si su extensión no supera la de localización permanente prevista en el tipo.

No obstante debe considerarse -en igualdad de extensión temporal- que la localización permanente resulta más favorable que la pena de arresto de fin de semana, pues esta nueva pena presenta la peculiaridad –sin duda mas beneficiosa desde el punto de vista del ejecutoriado- de que el lugar de cumplimiento en la mayoría de los casos se reservará al domicilio del penado y en ningún caso podrá ejecutarse en Centro Penitenciario, a diferencia de la pena de arresto de fines de semana que según el art. 37 en su redacción anterior a la reforma debía llevarse a efecto en dichos centros o en depósitos municipales.

Por ello habrá de entenderse que serán revisables todas las condenas por falta a arresto de fin de semana que no estén ejecutadas, pudiendo sustituirse por la nueva pena de localización permanente.

Esta interpretación se estima la más correcta. En primer lugar por ser la más favorable al reo, habida cuenta de los efectos beneficiosos derivados del cumplimiento de la privación de libertad en el propio domicilio, pues es sin duda menos perturbadora para la integración familiar y laboral del penado. Partiendo de la premisa de que es más favorable la Ley que resulta mas benévola, es claro que es más favorable no solo la Ley que prevé una consecuencia jurídica menos limitadora de los derechos fundamentales sino también la Ley que prevé una modalidad de ejecución menos gravosa para el ejecutoriado.

En segundo lugar, porque vedar la revisión en estos supuestos supone no respetar la *voluntas legis*, explicitada en la Exposición de Motivos, claramente orientada a la progresiva liquidación de la pena de arresto de fines de semana, entre otros motivos por las dificultades generadas en su ejecución.

III.4.3. Nuevas facultades opcionales de reducción de penas:

El nuevo apartado 3º del art. 65 introduce la posibilidad de rebajar la pena en grado en el supuesto de participación como inductor o cooperador necesario en delitos especiales propios cuando en estos no concurren "*las condiciones, cualidades o relaciones personales que fundamentan la culpabilidad del autor*" (art. 65.3 CP).

El párrafo 2º del art. 376 dispone con carácter novedoso que en los casos previstos en los artículos 368 a 372, *los jueces o tribunales podrán imponer la pena inferior en uno o dos grados al reo que, siendo drogodependiente en el momento de comisión de los hechos, acredite suficientemente que ha finalizado con éxito un tratamiento de deshabituación, siempre que la cantidad de drogas tóxicas, estupefacientes o sustancias psicotrópicas no fuese de notoria importancia o de extrema gravedad. Se introduce pues un mecanismo para reducir la respuesta punitiva al consumidor traficante cuando se ha rehabilitado de su adicción.*

Las referidas disposiciones podrán aplicarse respecto de hechos cometidos antes del 1 de octubre de 2004 y no enjuiciados por sentencia firme, siempre que se opte por la aplicación de las disposiciones reformadas en su globalidad.

Por el contrario, no podrán estas disposiciones motivar el inicio del proceso de revisión de sentencias ya firmes, pues su aplicación entraría dentro de las facultades discrecionales del órgano de enjuiciamiento, exigiría en algunos casos ir mas allá de los hechos probados en la sentencia y además dichas circunstancias pudieron ser ponderadas en el enjuiciamiento conforme a la anterior legalidad penal a través de vías genéricas como la atenuante analógica.

En apoyo de esta interpretación y en cuanto a los problemas derivados de la falta de constancia de determinados extremos en los hechos probados debe tenerse presente que ya el TS consideró que *...un hecho que no aparece probado no puede ser sometido a revisión, en la medida en que esta operación se reduce a la comprobación de si la subsunción del hecho de acuerdo con la nueva ley produce unas consecuencias más favorables que la subsunción que tuvo lugar de acuerdo con la ley antes vigente.* (STS 398/1997, de 24 de marzo).

También avala esta exégesis la doctrina fijada por el TS en orden a interpretar las comparaciones de penas entre el CP 1973 y el CP 1995: *"sin solución de continuidad y con referencia expresa a las penas privativas de libertad" se añade que en ellas no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código. No hay duda de que la mención de las "circunstancias" va más allá de las modificativas de la responsabilidad criminal, de manera que se incluyen en aquel vocablo todas las variables que inciden en la determinación última de la pena, como*

puede suceder con los arbitrios judiciales a propósito de las formas imperfectas. Esta es la interpretación lógica, que conecta también con la comparación general entre "las normas completas de uno u otro Código", según se lee en la Disposición Transitoria 2ª. (STS 669/1997, de 5 de mayo. En el mismo sentido STS 845/1997, de 9 de junio)

*Puede también invocarse la STS 846/1997, de 9 de junio en la que rotundamente se declara que *puede afirmarse que en la determinación de la pena aplicable de acuerdo con el nuevo Código penal se excluye cualquier factor vinculado a la individualización de la pena concreta y debe considerarse tan sólo si la pena impuesta en la sentencia firme hubiera podido ser impuesta también de acuerdo con el Código vigente.**

III.4.4 Derecho transitorio y sustitución de penas

Si se hubieran impuesto los arrestos de fines de semana en sustitución de penas de prisión al amparo del art. 88.2 CP en su redacción anterior, no cabrá la revisión de sentencias firmes puesto que con anterioridad a la reforma 15/2003 también existía la posibilidad de sustituir la pena privativa de libertad principal por pena de multa sustitutiva. Por tanto, debe entenderse que la versión anterior del Código también contenía previsión alternativa de una pena no privativa de libertad. A mayor abundamiento, la facultad de llevar a efecto la sustitución y la forma concreta en que la misma se realiza pertenece al ámbito del arbitrio judicial, por lo que está vedada la revisión en virtud de lo dispuesto en la Disposición transitoria segunda.

Únicamente procederá la revisión si antes de la reforma 15/2003 se impuso en aplicación del art. 71.2 la pena de arresto de fines de semana en sustitución de una pena privativa de libertad inferior a tres meses. En efecto, en tales supuestos, tanto antes de la reforma 15/2003 como tras la entrada en vigor de la misma, imperativamente procede la sustitución de la pena de

prisión, pero mientras que antes de la reforma las penas sustitutivas podían ser arresto de fines de semana o multa, tras la reforma 15/2003 en estos casos nunca puede imponerse pena privativa de libertad, solamente cabe imponer multa o trabajos en beneficio de la comunidad. En estos supuestos, por tanto, si se impuso como pena sustitutiva la de arresto de fines de semana, procederá abrir el incidente de revisión para ponderar si debe considerarse más beneficiosa la pena sustitutiva a imponer conforme al nuevo art. 88 que, claro es, en ningún caso podrá ser privativa de libertad.

III.4.5 Derecho transitorio y aspectos registrales

La reforma ha suprimido el párrafo 2 del artículo 82 del CP, acerca de la inscripción de la condena suspendida en una Sección especial, separada y reservada del Registro Central de Penados y Rebeldes. Esta supresión no puede, en ningún caso, interpretarse de manera desfavorable en relación a los asientos existentes que por tanto subsistirán hasta que transcurra el plazo de suspensión de la última condena anotada, aplicándose el régimen anterior sin duda más favorable.

Por lo demás, el régimen de inscripción separada y temporal de las condenas suspendidas en determinados casos podrá ser decisivo para considerar la legislación derogada mas beneficiosa en su conjunto, por lo que deberá ser valorado a la hora de decantarse por una u otra legislación siendo en estos supuestos de especial interés el resultado de la audiencia del reo.

III.4.6 Derecho Transitorio y prescripción

En principio, habiéndose mantenido los plazos de prescripción en general e incluso habiéndose incrementado los mismos en algún caso particular, no será frecuente que se planteen supuestos en los que sea el

instituto de la prescripción el que arrastre la aplicación de la nueva legislación como mas favorable.

Sin embargo pueden producirse tales casos como consecuencia de las modificaciones penológicas, por lo que los Sres. Fiscales habrán de partir de que la prescripción del delito y de la pena, como causas de extinción de la responsabilidad criminal tienen naturaleza sustantiva, tal y como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. De ahí que el principio de retroactividad de la ley penal en lo favorable sea aplicable a tal instituto. Será procedente decretar la prescripción cuando con arreglo a la nueva redacción del Código Penal el delito o la pena resultantes de su aplicación estuviesen prescritos, aunque el tiempo de prescripción haya transcurrido antes de la entrada en vigor de la reforma (Consulta 6/1955, de 23 de febrero de la Fiscalía del Tribunal Supremo y Circular 2/1996).

IV.- PROCEDIMIENTO APLICABLE:

IV.-1 Hechos pendientes de enjuiciamiento:

En este apartado hemos de referirnos a todos aquellos procedimientos en los que habiéndose cometido los hechos con anterioridad al 1 de Octubre de año 2004, se encuentran pendientes de calificación o pendientes de enjuiciamiento.

Es en estos supuestos cuando la comparación de legislaciones ofrece unos márgenes más amplios. Dicha valoración debe efectuarse en concreto, haciendo un examen *ad casum* y analizando la pena que se considera procedente en la legislación derogada, contrastándola con la que se impondría con arreglo a la nueva normativa.

En principio los hechos anteriores a la vigencia de la reforma operada por LO 15/2003, de 25 de noviembre, deben juzgarse de acuerdo con las disposiciones vigentes en la fecha en que se cometieron, salvo que la nueva norma resulte ser más favorable. Para llegar a tal conclusión los Sres. Fiscales deben tener en cuenta no solo la pena que puede imponerse sino también las restantes circunstancias que pueden influir en la ejecución. En estos supuestos de transitoriedad por pendencia de enjuiciamiento la comparación entre legislaciones habrá de hacerse teniendo en cuenta las penas concretas que se imponen o impondrían, ponderando las potencialidades del arbitrio judicial.

Para determinar la norma más favorable en supuestos en los que aún no se ha dictado sentencia habrá de partirse en el proceso de comparación de las dos legislaciones en primer lugar del tipo básico aplicable al autor. Si la previsión de pena es idéntica habrá de analizarse la pena prevista para el grado de ejecución, la intensidad de la participación y la concurrencia o no de circunstancias modificativas o excluyentes de la responsabilidad criminal, así como la existencia o inexistencia de tipos privilegiados que posibiliten la imposición de penas inferiores. Si ambas legislaciones establecen una pena idéntica en los dos supuestos y unas análogas posibilidades de reducción se podrá considerar más favorable aquella legislación que posibilite una ejecución más benigna en relación con las normas sobre suspensión, sustitución o libertad condicional.

Las nuevas disposiciones podrán aplicarse retroactivamente cuando con arreglo al Código reformado se solicite en concreto una pena que no podría imponerse de acuerdo con el Código en su redacción anterior, por ser el mínimo de éste más grave o cuando la nueva regulación resulte mas beneficiosa valorando los criterios de ejecución de la pena.

Si el procedimiento se encuentra en fase anterior a la presentación del escrito de acusación y el hecho ilícito investigado merece tras la reforma la

calificación de falta, deberá ponerse inmediatamente de manifiesto al órgano judicial dicha circunstancia, solicitando la transformación del proceso en el correspondiente juicio de faltas.

Los Sres. Fiscales al presentar el escrito de acusación, harán constar expresamente en la conclusión segunda la legislación que se aplica, solicitando en la conclusión quinta la pena correspondiente en aplicación de dichos preceptos.

Si resultare dudosa la determinación de la pena más favorable los Sres. Fiscales emitirán el escrito de calificación provisional especificando alternativamente la petición de pena conforme a la norma derogada y a la vigente, pues no ha de olvidarse que se hace un ejercicio teórico sobre qué pena se impondrá con cada texto.

Los Sres. Fiscales formularán, pues, conclusiones alternativas cuando la decisión sobre la norma más favorable no se presente con nitidez y esté subordinada al uso que finalmente se haga del arbitrio judicial. En efecto, debe tenerse en cuenta que no existiendo un concreto punto de referencia al no haberse impuesto aún pena alguna para hacer el contraste entre las dos legislaciones, en muchos de los casos la opción por uno u otro Código Penal dependerá en definitiva del arbitrio judicial a la hora de individualizar definitivamente la pena.

En los procedimientos ya calificados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, la adaptación en su caso a la nueva legalidad habrá de hacerse bien con carácter previo, al inicio de las sesiones, bien en el trámite de elevación a definitivas de las conclusiones provisionales, modificando, si procede, la pena solicitada en función de dicho extremo.

Aunque como reseñaba la Circular 2/1996, no parece exigible una generalizada revisión de calificaciones en momentos previos, habilitando un trámite no existente procesalmente, tampoco se aprecia obstáculo a que así se haga cuando las circunstancias concurrentes puedan aconsejarlo.

En cuanto a los supuestos examinados *supra* en los que la línea divisoria entre delito y falta pasa de 300,51 a 400 euros, cuando la causa verse sobre hechos cuantificados entre estos dos límites, procederá promover la conversión del procedimiento en juicio de faltas y, en su caso, la remisión al Juzgado de Instrucción.

En causas seguidas exclusivamente por hechos despenalizados en que ya se haya evacuado el trámite de calificación, nada impide –es mas, será lo deseable, por razones de economía procesal y para evitar molestias innecesarias a los testigos- solicitar el sobreseimiento libre retirando la acusación sin necesidad de esperar al acto del juicio oral, sin perjuicio de solicitar la oportuna comunicación al órgano administrativo competente si los hechos pudieran merecer sanción administrativa (vid. Circular 2/1983 y Circular 2/1996).

Habrá igualmente de mantenerse el criterio de la Circular 2/1996 en el sentido de que el juzgador, siempre que respete el principio de aplicación de la ley más favorable en concreto y los términos fácticos de la acusación, puede aplicar de oficio un texto penal distinto del invocado por el Fiscal en su calificación, sin que ello suponga violación del principio acusatorio y sin que sea exigible el planteamiento de la tesis regulada en el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

IV.-2 Hechos sentenciados pendientes de recurso:

La Disposición transitoria quinta establece que *en las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez transcurrido el período de vacatio, las siguientes reglas:*

a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el juez o tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva Ley, cuando resulten más favorables al reo.

b) Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos de la nueva Ley.

c) Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho

Esta Disposición Transitoria es idéntica a la DT novena del CP de 1995

Por tanto, si el recurso pendiente es de apelación, si se interpuso antes del día 1 de octubre, necesariamente deberá darse audiencia al Fiscal y a la defensa. Esta audiencia deberá realizarse en el trámite de la vista. En el supuesto de que el recurso se resolviese sin vista, deberá abrirse antes de la resolución del mismo un traslado para alegaciones de las partes a tales efectos.

En relación con el recurso de casación, debe tenerse presente que la doctrina del TS restringió a los supuestos de *absoluta claridad y sencillez la aplicación retroactiva directa por el Tribunal Supremo -en primera y última instancia- del Nuevo Código Penal, estimando en los demás supuestos como más ajustada a Derecho la desestimación del recurso conforme al Código Penal derogado, permitiendo que sea la Audiencia la que, cumpliendo las previsiones legales señaladas en las disposiciones transitorias 2ª, 3ª y 4ª del Nuevo Código Penal, revise en sus justos términos la sentencia que ahora se mantiene, oyendo a las partes sobre la nueva calificación y pena que procediese y con eventual control casacional.* (SSTS 708/1997, de 20 de mayo, 92/97, de 21 de enero, 97/97, de 28 de enero, 140/97, de 7 de febrero, 406/97, de 26 de marzo o 548/97, de 16 de abril),

IV.-3 Revisión de Sentencias pendientes de ejecución:

La Disposición Transitoria segunda en su párrafo 2º establece que los jueces o tribunales *procederán a revisar las sentencias firmes.*

Parece pues que la reforma reside en los Jueces y Tribunales la iniciativa para abrir el incidente de revisión. Los Sres. Fiscales despacharán las causas cuando el Juez de lo Penal o las Secciones de las Audiencias Provinciales les den traslado de las mismas para la emisión del preceptivo informe, correspondiendo la decisión al Juez o Tribunal, que la adoptará por medio de auto.

Pero en todo caso, debe partirse de que la revisión puede iniciarse no solo de oficio sino también a instancia del penado o del Ministerio Fiscal.

A estos efectos, no puede perderse de vista que el Fiscal tiene asignada constitucionalmente la función de custodio de la legalidad. Por ello los Sres.

Fiscales en ningún caso podrán ampararse en la Disposición Transitoria transcrita para adoptar una postura pasiva o inhibirse de su obligación de promover la necesaria adaptación de las penas al nuevo marco del Código. Por ello, en los casos en los que detecte causas que siendo revisables no se haya iniciado el procedimiento, solicitarán su activación al Juzgado o Tribunal sentenciador. Como establecía la Circular 1/1996, habrán de adoptar los señores Fiscales las medidas que en cada caso se estimen oportunas para, en relación con los diferentes órganos jurisdiccionales, proceder a detectar aquellas ejecutorias precisadas de revisión.

La competencia para el conocimiento del incidente de revisión ha de entenderse residenciada en el Juez o Tribunal que dictó la sentencia en la primera instancia, aunque luego la misma fuese revocada o casada, a salvo la facultad reconocida al Consejo General del Poder Judicial para asignar esa función a algunos Jueces o Tribunales específicos.

Las Disposiciones Transitorias de la LO 15/2003 no regulan los recursos que caben contra la resolución por la que se decide el incidente de revisión. Tampoco encontramos previsión alguna en las Disposiciones Transitorias del CP de 1995. Siguiendo los criterios de la Circular 1/96 y del Auto del Tribunal Supremo de 14 de marzo de 1984, esta resolución será susceptible de los mismos recursos que hubieran cabido contra la sentencia. Por tanto, procederá el recurso de apelación si la resolución fue dictada por el Juzgado de Instrucción o por el Juzgado de lo Penal; procederá recurso de casación si la resolución fue dictada por la Audiencia Provincial; cabrá finalmente apelación y casación si la resolución proviene de Tribunal de Jurado.

Pese al silencio de las disposiciones transitorias de la LO 15/2003, como ya ocurrió con sus homónimas del CP 1995 en relación con los acusadores particulares, habrán los Sres. Fiscales de admitir la legitimación de éstos para impugnar la resolución revisora.

IV.-4 La audiencia al acusado o al reo

La audiencia al reo se recogía en la disposición transitoria cuarta del CP 1995 para las revisiones de sentencia *una vez haya informado el Fiscal, procederán también a oír al reo, notificándole los términos de la revisión propuesta, así como a dar traslado al Letrado que asumió su defensa en el juicio oral, para que exponga lo que estime más favorable para el reo.* En la Disposición transitoria segunda se regulaba la audiencia para los supuestos no de revisión, sino de aplicación directa de las nuevas disposiciones *en todo caso, será oído el reo.*

Esta regulación por separado se interpretó en el sentido de dar un tratamiento diferenciado a una y otra audiencia.

En la LO 15/2003 solamente hay una referencia a la audiencia en la Disposición transitoria primera, en su apartado 3º que dispone que *en todo caso, será oído el reo.* Esta audiencia imperativa, por razones sistemáticas ha de entenderse aplicable a los supuestos de hechos pendientes de enjuiciamiento.

Por ello habrá de entenderse vigente el criterio que estableció la Circular 1/1996 en relación con las revisiones de sentencias: *la audiencia al reo es preceptiva siempre que efectivamente se proceda a la revisión de la sentencia. Y no es necesaria, aunque nada la impide si así lo acuerda el órgano judicial, en los casos en que no se revisa la sentencia por considerarse más beneficiosa la legislación anterior... No procede dar audiencia al reo en los casos en que el Ministerio Fiscal dictamine en el sentido de que no procede la revisión... Si el órgano jurisdiccional estuviere conforme con tal criterio, podrá dictar directamente un auto declarando la improcedencia de la revisión, sin previa audiencia del reo... Que no es obligado dar traslado al reo y a su Letrado en los casos en que el Fiscal informa negativamente la revisión y el órgano judicial*

comparte ese criterio se desprende de la disposición transitoria cuarta: «Una vez haya informado el Fiscal, procederán (los Jueces y Tribunales) también a oír al reo, notificándole los términos de la revisión propuesta, así como a dar traslado al Letrado que asumió su defensa en el juicio oral, para que exponga lo que estime más favorable para el reo». Se trata pues de oírles respecto de la proposición de revisión apuntada por el Fiscal, a fin de despejar cualquier duda acerca de lo que a juicio del reo deba entenderse como más favorable... Todo lo dicho ha de entenderse sin perjuicio de que contra el auto que declare la no revisabilidad de la condena en ejecución, auto que habrá de ser notificado al reo, pueda interponer por medio de su Letrado los pertinentes recursos... Será obligada la audiencia en caso de que el Fiscal dictamine en el sentido de que es procedente la revisión, proponiendo los términos de la misma, o cuando el órgano judicial estime que puede ser procedente la revisión, pese al dictamen negativo del Fiscal. En esos supuestos deberá acordarse el traslado al reo (así se desprende de la ya transcrita disposición transitoria cuarta).

Es importante que en este tramite de audiencia el imputado sea informado de todos los efectos y consecuencias que en relación con la pena y su cumplimiento le puede deparar la aplicación de una u otra norma. Los Sres. Fiscales habrán de procurar que esta información sea comprensible y suficiente para garantizar que el cumplimiento de este requisito de audiencia permita al sujeto pasivo del procedimiento emitir una opinión informada.

En los incidentes de revisión de sentencia esta información al penado podrá cumplimentarse a través del propio informe del Fiscal, en el que deberá motivar su opinión e interesar que se proporcione copia del mismo al reo cuando haya de ser oído.

Cuando el trámite de audiencia haya de articularse en el trámite del juicio oral, los Sres. Fiscales no se opondrán a la concesión de un receso en el

acto de la vista para que el acusado pueda evacuar consultas con su Letrado, cuando se haya informado en ese momento sobre la Ley mas favorable.

El valor de la audiencia resplandece con intensidad si se conviene en que la valoración de qué es más favorable tiene sin duda un importante componente de subjetividad. El criterio del reo no es vinculante para el tribunal, pero sí estimable cuando atendidos los parámetros ordinarios de la ejecución la solución no es diáfana (vid STS 1458/1996, de 17 de septiembre).

Cuando proceda la audiencia en incidentes de revisión de sentencia el traslado al Letrado que actuó como Defensor en juicio será igualmente un traslado para la emisión de dictamen escrito.

Habrán también de tener presente los Sres. Fiscales que cuando se trate de pena privativa de libertad el auto de revisión habrá de ser puesto en conocimiento del Centro Penitenciario.

Madrid, 22 de diciembre de 2004
EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

EXCMOS. E ILMOS. SRES. FISCALES JEFES.