



FISCALIA GENERAL  
DEL ESTADO

## Circulares

### DOCUMENTO ANALIZADO

Circular n.º 3/2010, de 23 de diciembre, *sobre régimen transitorio aplicable a la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio.*

### NORMAS INTERPRETADAS POR EL DOCUMENTO

Disposiciones Transitorias LO 5/2010, de 22 de junio.

### MODIFICACIONES LEGISLATIVAS POSTERIORES QUE LE AFECTAN

### AFECTADO POR LA JURISPRUDENCIA SENTADA POR EL TRIBUNAL SUPREMO EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

### AFECTADO POR LA DOCTRINA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN LAS SIGUIENTES SENTENCIAS

### AFECTADO POR LAS SIGUIENTES CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES

### EXPLICACIÓN DE LA AFECTACIÓN

Conserva su vigencia. Con motivo de la publicación de la reforma penal operada por la LO 5/2010, de 22 de junio, establece criterios de determinación de la ley penal aplicable en el tiempo y de revisión de sentencias que son consecuentes con los previamente establecidos en las Circulares n.º 1 y 2/1996 y 2/2004, así como en la Circular n.º 1/2000 –en relación con la aplicación de la LO 5/2000, sobre responsabilidad penal de menores-, que componen un cuerpo de doctrina útil para abordar futuras reformas penales.

En este caso, además, la LO 5/2010 reproduce en su integridad las Disposiciones Transitorias de la LO 15/2003 (salvo la cuarta, relativa a la introducción de la pena de localización permanente), por lo que los criterios

precedentes quedan plenamente ratificados.

El documento también analiza de forma casuística las modificaciones penales introducidas por la nueva norma, a los efectos de concretar si resultan favorables a reo.

Ficha elaborada por la Secretaría Técnica de la Fiscalía General del Estado.

---

## TEXTO DE LA CIRCULAR

**Circular n.º 3/2010, de 23 de diciembre, sobre régimen transitorio aplicable a la reforma del Código Penal operada por Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio.**

### 1. INTRODUCCIÓN

El 23 de junio de 2010 se publicó en el Boletín Oficial del Estado 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.

En su disposición final séptima se establece que la Ley entrará en vigor a los seis meses de su publicación en el Boletín Oficial del Estado por lo que, en aplicación de lo dispuesto en el art. 5.1 del Código Civil, transcurrido el periodo de *vacatio legis*, inicia su vigencia el 23 de diciembre de 2010.

La Ley lleva a cabo una reforma parcial del articulado del Código Penal que obedece a las razones expresadas en el capítulo I de su Exposición de Motivos: dar cumplimiento a las obligaciones internacionales contraídas por España; corregir determinadas carencias o desviaciones que se han ido detectando en la aplicación del vigente Código Penal y dar respuesta a cuestiones o situaciones, antes inexistentes, que han ido surgiendo con motivo de los cambios operados en nuestra realidad social.

Estas mismas razones dan lugar a que, con carácter general, la reforma resulte más severa, en el tratamiento de las figuras delictivas a las que afecta, que los preceptos que se verán derogados o modificados a la entrada en vigor de la Ley. La mayor parte de sus disposiciones se dirigen a ampliar el marco punitivo aplicable a conductas típicas ya reguladas o a regular nuevas conductas típicas anteriormente no previstas.

No obstante algunos preceptos de la nueva Ley resultarán más beneficiosos para el reo, pudiendo surgir en el proceso de revisión diversos problemas interpretativos en orden a determinar la Ley más favorable. Para estos supuestos, en cumplimiento del principio de unidad de actuación, que se configura en los arts. 124 de la Constitución Española y 2 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal como principio fundamental que ha de regir la actuación del Ministerio Fiscal, deben establecerse unas pautas comunes en la interpretación y aplicación de la norma que aseguren una respuesta uniforme en la tarea de revisión de sentencias que deberá llevarse a efecto con la entrada en vigor de la citada reforma.

Siguiendo la sistemática de la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2004, al analizar las cuestiones de derecho transitorio generadas por la reforma operada por Ley Orgánica 15/2003, también en esta ocasión la escasa complejidad de la actual reforma permite tratar en un mismo documento los problemas derivados de la

revisión de sentencias y los que surgen en relación con los asuntos penales pendientes de enjuiciamiento o de tramitación de los recursos interpuestos contra sentencias dictadas de conformidad con la normativa que se deroga.

Debe adelantarse igualmente que la mayoría de las cuestiones generales de derecho transitorio que pueden plantearse con motivo de la entrada en vigor de las modificaciones operadas en el Código Penal ya han sido tratadas en precedentes Circulares de la Fiscalía General del Estado publicadas con ocasión de anteriores reformas de nuestro derecho penal sustantivo. La doctrina que emana de estos documentos, de entre los que cabe destacar, por ser las más recientes, las Circulares sobre régimen transitorio 1/1996, 2/1996 y 1/2004, así como la circular 1/2000 relativa a los criterios de aplicación de la Ley Orgánica 5/2000 que regula la responsabilidad penal de los menores, habrá de servir a los Sres. Fiscales de soporte, facilitando la labor interpretativa que se afronta en esta ocasión. Este documento, en gran medida, servirá de recordatorio sobre la forma de proceder ante cuestiones de derecho transitorio que ya fueron resueltas en las referidas Circulares.

La labor de revisión de sentencias y asuntos en trámite, a partir del análisis de las disposiciones de ambos textos legales, el vigente hasta el 23 de diciembre y el que reformado por Ley Orgánica 5/2010, ha de partir del principio de retroactividad de la ley penal más favorable que reconoce expresamente el art. 2.2 del Código Penal al disponer que tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena, en desarrollo y complemento de la regla general que proclama el art. 9.3 de la Constitución al establecer la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables y que se recoge también en los arts. 2.3 del Código Civil y 2.1 del Código Penal.

La disposición transitoria 1.º de la Ley Orgánica 5/2010, en su apartado 1.º, recoge expresamente el principio de retroactividad de la ley penal más favorable afirmando 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.

Conforme a lo dispuesto en este precepto, a partir del día de la fecha, y teniendo en cuenta los preceptos reformados, deberá llevarse a cabo un proceso de análisis de todas las causas afectadas, ya resueltas por sentencia firme o que se encuentren en tramitación, a fin de valorar si la aplicación de la reforma resulta más favorable al reo aunque los hechos a que se refieren se hayan cometido antes de su entrada en vigor. A dicho fin se efectuará la comparación de la totalidad de las normas aplicables en cada caso, en el Código actual y en el derivado de la reforma analizada, para determinar aquel que resulte, en su conjunto, más favorable al reo.

Con carácter previo a la determinación de los criterios que servirán de guía en la labor de revisión hay que poner de relieve que las tres disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio reproducen íntegramente las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 15/2003 de 25 de noviembre salvo la disposición transitoria 4.º de éste último texto legal, que se destinó a tratar las cuestiones de derecho transitorio planteadas por la instauración de la, entonces novedosa, pena de localización permanente.

El análisis de dichas disposiciones transitorias, efectuado en el capítulo III de la Circular 1 /2004, resulta

especialmente útil y tiene plena validez ante la entrada en vigor de la nueva Ley, debiendo recordar a los Sres. Fiscales, como ya se hiciera en dicho documento, que las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre del Código Penal (salvo la duodécima derogada por Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero) siguen vigentes en todo aquello que no resulte específicamente regulado en las disposiciones transitorias de la Ley Orgánica 5/2010.

## **2. NORMAS QUE HABRÁN DE PRESIDIR EL PROCESO DE REVISIÓN**

Para la determinación de la Ley más favorable habrá de tenerse en cuenta las siguientes consideraciones que se extraen de la disposición transitoria 1.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 5/2010:

La comparación entre ambas normativas deberá efectuarse a partir de la totalidad de las normas que integran ambos textos legales, sin que quepa seleccionar de cada cuerpo legislativo los preceptos que favorezcan al reo rechazando aquellos otros que le perjudiquen. En este sentido, el apartado 2.º de la disposición transitoria 1.<sup>a</sup>, establece literalmente que para la determinación de 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. En palabras empleadas con anterioridad por las Circulares 1/1996 y 1/2004 no es admisible ni asumible, como más beneficiosa, la aplicación «troceada» tomando de cada bloque lo que favorezca y rechazando lo que perjudique, pues se estaría entonces enjuiciando incorrectamente según una tercera Ley constituida artificialmente con retazos de las efectivamente promulgadas. Al efectuar la comparación de penas para determinar la ley más favorable deben tenerse en cuenta los preceptos íntegros de una u otra legislación, sin que quepa construir una «tercera norma más favorable».

En el desarrollo de esta labor de comparación se examinará cada caso teniendo en cuenta las circunstancias concurrentes tal y como se recogen en la sentencia objeto de revisión y con pleno respeto a los hechos declarados probados en la misma.

Cuando en una misma sentencia haya recaído condena por diversos delitos, siguiendo también los criterios ya establecidos en la Circular 1/2004, es posible hacer un tratamiento autónomo respecto de cada uno de los delitos, sin que sea obligado considerar para todos los hechos enjuiciados una misma legislación.

En los supuestos de concurso ideal de delitos se seguirán las pautas establecidas por la Circular 1/1996 partiendo de la comparación global de ambos textos legales. Los Sres. Fiscales, una vez calificados los hechos enjuiciados conforme a la nueva normativa, deberán determinar el marco punitivo que correspondería imponer a los mismos en aplicación de las reglas establecidas en el art. 77 del Código Penal. Si la pena impuesta en sentencia fuera también de aplicación conforme al nuevo texto legal no procederá la revisión. En caso contrario habrá de efectuarse la revisión aplicando íntegramente las disposiciones del Código Penal reformado.

Cuando con motivo de la reforma resultare la despenalización de alguna de las conductas en concurso y, en aplicación de la regla 2.º del art. 77, se impuso pena única -la prevista para infracción más grave en su mitad superior-, se cotejará la pena impuesta en aplicación del Código Penal vigente hasta el 23 de diciembre de 2010 con la pena que correspondería imponer a la infracción subsistente conforme a la nueva normativa, a los efectos

de valorar la legislación más beneficiosa. Por el contrario, si las diferentes infracciones fueron penadas separadamente, conforme a la regla 3.ª del art. 77 del Código Penal, se dejará sin efecto la infracción que desaparece y, respecto a la que subsiste, se compararán las penas señaladas en ambos textos legales en orden a determinar el que resulte más favorable al reo.

La audiencia del reo, a que se refiere el apartado 3.º de la disposición transitoria primera, conforme a criterios sostenidos en las Circulares 1/1996 y 1/2004, será preceptiva tan solo en los supuestos en que procede efectivamente la revisión y no será necesaria, sin perjuicio de que puede ser acordada, en los demás supuestos.

En el trámite de audiencia, el reo deberá ser informado de los términos de la revisión y de los efectos de la misma en el cumplimiento de la pena. Como ya se subrayó en la Circular 1/2004, 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. Esta información puede proporcionarse en el dictamen que se emita en el incidente de revisión, fundamentándolo debidamente y solicitando se entregue copia del mismo al reo.

El criterio del reo, aun cuando no tiene carácter vinculante, resultará especialmente útil cuando no sea posible establecer con claridad cuál es la Ley penal más favorable.

### **3. SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL PROCESO DE REVISIÓN**

La disposición transitoria 2.º excluye una serie de supuestos del proceso de revisión. Dichos supuestos, que se relacionan a continuación, fueron también estudiados en profundidad en las Circulares de la Fiscalía General del Estado 1/1996 y 1/2004 a cuyo contenido hemos de remitirnos.

El primer supuesto se recoge en el apartado 1.º de la citada disposición que, en relación con la revisión de sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, establece que 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.

Es decir, con independencia de que se hayan modificado los límites máximo y mínimo de la pena establecida en el tipo penal tras la reforma que analizamos y aun cuando, en consecuencia, la nueva pena resulte en abstracto más beneficiosa, si la pena privativa de libertad impuesta antes de la modificación legislativa es también imponible de acuerdo con la nueva legislación, no habrá lugar a la revisión de la sentencia.

Dicha valoración debería hacerse, en todo caso, atendiendo al marco punitivo establecido taxativamente en la norma penal y no al que resulte de las posibilidades de ejercicio del arbitrio judicial que se reconozcan en la nueva regulación. A este respecto, visto lo establecido en el inciso 2.º del apartado 1.º de disposición transitoria 2.ª de la Ley Orgánica 5/2010, que reproduce íntegramente el inciso 2.º del apartado 1.º de la disposición transitoria 5.ª de la Ley Orgánica 10/1995, debe reiterarse el razonamiento que, en relación con este apartado,

efectuó la Circular 1/1996 de la Fiscalía General del Estado según la cual “si la pena impuesta en la sentencia susceptible de revisión podría imponerse también con arreglo al nuevo Código Penal, será inviable la revisión sin duda alguna y sin que tenga relevancia alguna el dato de que con arreglo al nuevo Código Penal se hubiese podido imponer una duración de pena inferior haciendo uso de la discrecionalidad”

Del apartado 2.º resulta que tampoco serán objeto de revisión 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 “...si el penado se encuentra en período de libertad condicional” o aquellas sentencias en “...que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código y a la presente reforma, corresponda exclusivamente pena de multa”.

El apartado 3.º exime de revisión “...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” ello sin perjuicio de que la nueva legislación sea tenida en cuenta, de resultar más favorable, si se iniciara la ejecución, en el caso de las penas suspendidas, y en términos generales en lo que afecta a la aplicación de la agravante de reincidencia.

Por último, para los supuestos de indulto total o parcial, el apartado 4.º dispone que “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”.

#### **4. SUPUESTOS QUE SERÁN OBJETO DE REVISIÓN**

Procederá la revisión en cualquier caso de las sentencias relativas a conductas que hayan quedado despenalizadas.

También habrá lugar a la revisión de la sentencia en aquellos supuestos en que, efectuada la labor comparativa, resultara que la pena efectivamente impuesta excede a la que correspondería imponer en aplicación de los preceptos de la nueva legislación penal.

En estos casos, los Sres. Fiscales, al evacuar el informe favorable a la revisión, cuidarán de solicitar la concreta pena que consideren procedente en atención a las características y circunstancias del caso concreto tal y como quedan recogidas en los hechos declarados probados en la sentencia, a fin de dar cumplimiento a la doctrina del Tribunal Constitucional, expresada en la sentencia 155/2009, de 25 de junio, (en el mismo sentido SSTC 205/2009, de 23 de noviembre de 2009 y 70/2010 de 18 de octubre) que, al analizar el deber de correlación, como manifestación del principio acusatorio, entre la acusación y el fallo en lo concerniente a la pena a imponer, aclara y perfila la propia doctrina constitucional, preexistente en esta materia, afirmando que:

«Con la perspectiva constitucional que nos es propia resulta preciso replantear la cuestión y avanzar un poco más en la protección de los derechos de defensa del imputado y en la preservación de la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, en el sentido de estimar que, solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano

judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantías constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso.» de forma que “...el alcance del deber de congruencia entre la acusación y el fallo por lo que respecta a la pena a imponer por el órgano judicial en los términos definidos en este fundamento jurídico se cohonesto mejor, a la vez que también la refuerza en su debida dimensión constitucional, con la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, que, como ya hemos señalado, constituye uno de los fundamentos de la exigencia de aquel deber de congruencia como manifestación del principio acusatorio.

Criterio acorde con el expresado por el Tribunal Supremo en Acuerdo adoptado por el Pleno no jurisdiccional el 20 de diciembre de 2006, donde se razonaba que: «El Tribunal sentenciador no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa», precisando en el Pleno celebrado, el día 27 de noviembre de 2007 que: »el anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 20 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto”.

En definitiva, los Sres. Fiscales se pronunciarán en su dictamen acerca de la procedencia de llevar a cabo la revisión de la sentencia y, en caso afirmativo, indicarán la pena concreta que debe imponerse en cada caso en atención a las circunstancias que se consideran probadas y a las valoraciones que, en relación con la individualización de la sanción, se efectúen en la resolución objeto de revisión.

En estos supuestos los Sres. Fiscales tendrán especial cuidado en priorizar la revisión de las causas que, con motivo de la revisión efectiva de la pena impuesta, den lugar a la inmediata o próxima excarcelación del penado, a fin de que dicha excarcelación pueda llevarse a efecto en la fecha que corresponda una vez entre en vigor la reforma del Código Penal.

## **5. ANÁLISIS DE LOS SUPUESTOS DE LA LEY ORGÁNICA 5/2010 QUE HAN DE DAR LUGAR A LA APERTURA DEL PROCESO DE REVISIÓN**

### **5.1. Delitos de Robo**

La Ley modifica el art. 242 introduciendo en su apartado 2.º el tipo complejo de robo con violencia en casa habitada que había sido suprimido después de la entrada en vigor del Código Penal de 1995.

La modificación va a afectar al régimen concursal que, desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, se viene aplicando para los supuestos de robo con violencia o intimidación cometidos en casa habitada.

No será procedente la revisión en los supuestos en que la sentencia haya estimado que el delito de robo con

violencia y el allanamiento de morada se encuentran en concurso medial ya que, en aplicación de lo previsto en el art. 77, la pena más grave en su mitad superior coincide con la pena prevista en el nuevo apartado 2.º del art. 242. Por el contrario, los Sres. Fiscales informarán favorablemente a la revisión de las sentencias condenatorias en los supuestos de concurso real de ambos delitos, penados separadamente en atención a lo dispuesto en el art. 73 del Código Penal, siempre que la suma de las penas impuestas por cada uno de ellos supere los cinco años de prisión, al resultar en ese caso más beneficiosa para el penado la nueva regulación.

## **5.2. Delitos de Estafa**

Las modificaciones introducidas en el art. 250 por Ley Orgánica 5/2010 determinan la necesidad de iniciar el proceso de revisión cuando la pena impuesta sea superior a tres años y se haya impuesto en aplicación de lo previsto en el apartado n.º 3.º del art. 250 vigente hasta el 23 de diciembre de 2010, referido a los supuestos en que el delito “Se realice mediante cheque, pagaré, letra de cambio en blanco o negocio cambiario ficticio”, o en atención a la especial gravedad de la defraudación recogida en el reformado n.º 6 del referido artículo.

Con la reforma desaparece del Código Penal la cualificación del delito de estafa contenida en el apartado 3.º del art. 250 del Código Penal y, en lo que se refiere a la especial gravedad en atención al valor de lo defraudado, se configura, en el nuevo apartado 5.º del art. 250, como circunstancia independiente en orden a cualificar el delito de estafa únicamente cuando el valor de la defraudación supere los 50.000 €. Los demás conceptos agravatorios que, junto con el valor de lo defraudado, integraban el número 6 del art. 250 se recogen, con idéntico contenido que en su redacción anterior, en el número 4 del nuevo art. 250 del Código Penal.

En aquellos supuestos en los que, conforme a los hechos declarados probados en la Sentencia, la cualificación del delito obedeció a la aplicación del supuesto n.º 3 del art. 250 o a la apreciación de la especial gravedad prevista en el n.º 6 si, en éste último caso, el valor de lo defraudado no superaba la cantidad de 50.000 €, los Sres. Fiscales deberán informar favorablemente a la revisión, reconduciendo la calificación del hecho al tipo básico del art. 248 en relación con el art. 249, siempre que la pena impuesta supere los tres años y una u otra circunstancia hayan sido las únicas consideradas por el Juez o Tribunal para aplicar el tipo agravado del art. 250, vigente en la fecha de comisión de los hechos.

## **5.3. Delitos contra la Propiedad intelectual e industrial**

La Ley Orgánica 5/2010 de reforma del Código Penal ha añadido un nuevo párrafo a los apartados 1.º del art. 270 y 2.º del art. 274 en virtud del cual se otorga al juez la facultad de atenuar la pena en los casos de distribución al por menor, rebajándola a multa de 3 a 6 meses o trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días, en atención a las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias que agravan el delito, previstas en los arts. 271 y 276 respectivamente. Además se configura una nueva figura de falta, incardinada en el art. 623.5, cuando la cuantía del beneficio no excede de 400 €.

No plantearán problemas de aplicación de derecho transitorio los nuevos tipos atenuados pues, debido a su carácter facultativo, no resulta procedente en base a los mismos la revisión de sentencias de conformidad con lo

dispuesto en el primer inciso del párrafo 2.º del apartado 1.º de la disposición transitoria segunda según la cual, en las revisiones de sentencias, se tendrá en cuenta la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial.

Por el contrario, y en lo que se refiere a la delimitación entre el delito y la falta en atención a la cuantía del beneficio, los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta que el establecimiento de un límite cuantitativo mínimo en la definición del delito no obedece, como ha ocurrido históricamente en otros supuestos, a problemas relacionados con la pérdida del valor adquisitivo de la moneda, sino que dicho límite cuantitativo se configura como un nuevo elemento del tipo determinante de la calificación jurídica de los hechos.

Habrà de reconocerse que la referencia al beneficio resulta imprecisa y que existen serias dificultades para proceder a su determinación, dificultades que probablemente no hubieran surgido si el criterio delimitador se hubiera fijado en el valor de los objetos falsificados o en el perjuicio causado a los titulares de los derechos defraudados. Del beneficio obtenido por el sujeto activo del delito, que debe interpretarse como ganancia obtenida con la actividad delictiva, a calcular sobre la base de los efectos intervenidos, no habrá constancia en la mayoría de las Sentencias que van a ser objeto de revisión, si bien, en cualquier caso, los supuestos a revisar quedarían limitados a los tipos básicos del art. 270.1 y 274.2 dado que los modificados arts. 270 y 274, y el propio art. 623.5, excluyen de la consideración como falta, con independencia de la cuantía del beneficio, todos aquellos supuestos en que se hayan apreciado respectivamente las circunstancias agravatorias de los arts. 271 o 276 del Código Penal.

En atención a lo expuesto los Sres. Fiscales procederán a revisar todas las sentencias condenatorias dictadas al amparo del art. 270.1 y 274.2, y cuando, a partir de los hechos declarados probados en la sentencia, no resulte acreditado la obtención de un beneficio económico superior a 400 € o cuando claramente resulte que es inferior a esta cantidad, solicitarán que los hechos sean declarados falta y, en consecuencia, que se imponga la sanción correspondiente a dicha calificación jurídica.

Por lo que se refiere a las causas en trámite o asuntos pendientes de enjuiciamiento en que no se haya cuantificado el beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, se calificarán como falta cuando no existiera otra forma de determinar el importe del beneficio antes de la celebración del juicio oral.

En tal sentido, en los procedimientos incoados por hechos acaecidos con anterioridad a la entrada en vigor del Código Penal que sean trasladados al Ministerio Fiscal para calificación, los Sres. Fiscales, al amparo de lo previsto en el art. 780.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, instarán, con carácter previo a evacuar este trámite conferido, la práctica de prueba pericial dirigida a determinar la cuantía del beneficio. En los supuestos ya calificados, pendientes de juicio oral, se solicitará del Juez de lo Penal, al amparo de lo previsto en el art. 785.1 párrafo 2.º inciso 2.º en relación con el art. 781.1 párrafo 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que acuerde la práctica de prueba pericial dirigida a cuantificar el beneficio obtenido o que hubiera podido obtener el acusado, en atención a que este nuevo elemento del tipo, introducido en la reforma operada por Ley Orgánica 5/2010 en los delitos contra la propiedad intelectual y contra la propiedad industrial, va a ser determinante de la calificación jurídica de los hechos a enjuiciar.

En lo que atañe a los delitos contra la propiedad industrial también planteará cuestiones de derecho transitorio la modificación del último inciso del apartado 1.º del art. 274, en lo que se refiere a los supuestos de importación, sin respetar los derechos de propiedad industrial de productos.

La Ley Orgánica 15/2003 introdujo el citado inciso a través del cual, al establecer que “Igualmente, incurrirán en la misma pena los que importen intencionadamente estos productos sin dicho consentimiento, tanto si éstos tienen un origen lícito como ilícito en su país de procedencia; no obstante, la importación de los referidos productos de un Estado perteneciente a la Unión Europea no será punible cuando aquéllos se hayan adquirido directamente del titular de los derechos de dicho Estado, o con su consentimiento”, criminalizaba las conductas consistentes en importaciones paralelas extracomunitarias (en relación con países de la Unión Europea se produce un agotamiento del derecho de distribución tras la primera venta o comercialización realizada por el titular) realizadas sin la autorización del titular de los derechos de distribución en España.

Con la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 estos supuestos, hasta ahora típicos, quedan despenalizados y por tanto fuera del ámbito de protección de la norma penal y ello sin perjuicio de su sanción administrativa conforme a la legislación de marcas o de competencia desleal. En atención a lo cual los Sres. Fiscales procederán a revisar aquellas sentencias condenatorias recaídas por conductas relativas a la importación, desde países extra comunitarios, de productos auténticos, de origen lícito, respecto de los que un tercero ostenta el derecho de importación o distribución en España.

#### **5.4. Fraude de subvenciones públicas**

De las modificaciones que han sido introducidas en el Título XIV del Código Penal, en el ámbito de los delitos contra la Hacienda Pública, tan solo las introducidas en los apartados 1.º y 2.º del art. 308 hacen necesario iniciar un proceso de revisión de las sentencias condenatorias que hayan sido dictadas a su amparo, ya que en los demás casos lo que se produce, tras la reforma, es un incremento de la pena prevista para estos comportamientos delictivos por lo que, en ningún caso, la nueva regulación resultará más favorable al reo.

En lo que a dichos apartados 1 y 2 del art. 308 del Código Penal se refiere, la Ley Orgánica 5/2010 ha incrementado el límite máximo de la pena a imponer en los supuestos de obtención de subvenciones, desgravaciones o ayudas de las Administraciones públicas falseado las condiciones requeridas para su concesión u ocultando las que se lo hubieren impedido, y en aquellas conductas típicas consistentes en desarrollar una actividad subvencionada con fondos de las Administraciones Públicas incumpliendo las condiciones establecidas alterando los fines para los que fue concedida la subvención.

Sin embargo, al tiempo, se ha modificado el importe mínimo de la cantidad defraudada que exige el tipo penal en ambos casos ya que, frente a los 80.000 € previstos en el reformado art. 308, el límite inferior se fija ahora en 120.000 €, parificándolo con la cuantía mínima prevista para los delitos fiscales. En consecuencia, con la fecha de entrada en vigor de la nueva Ley, aquellas conductas defraudatorias de cantidades que no superen los 120.000 € quedan despenalizadas.

De conformidad con el criterio establecido para supuestos similares en la Circular 1/2004, los Sres. Fiscales

habrán de informar favorablemente a la revisión cuando de los hechos declarados probados resulte que la cantidad defraudada no supera la suma de 120.000 €.

En lo que concierne a las causas en trámite, se solicitará el archivo cuando versen sobre cuantías que no alcancen el nuevo mínimo típico. Tanto en este caso como en el anterior, los Sres. Fiscales instarán, al tiempo que se solicita el archivo, la remisión del correspondiente testimonio a la autoridad administrativa a los efectos procedentes, en aquellos supuestos en que los hechos despenalizados pudieran constituir infracciones administrativas.

### **5.5. Delitos contra la salud pública**

El art. 368 sufre dos modificaciones de diferente calado, por un lado se rebaja el límite máximo de la pena privativa de libertad a imponer en los supuestos referidos a sustancias que causan grave daño a la salud de nueve a seis años de prisión, manteniéndose la pena de multa prevista para estos supuestos, así como las penas correspondientes a los delitos relativos a sustancias que no causan grave daño a la salud, en idénticos términos a los de su actual regulación. Por otro lado se introduce un nuevo párrafo en el citado artículo que otorga a los tribunales la facultad de imponer la pena inferior en grado a las señaladas en atención a la escasa entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable, facultad que no será aplicable cuando concurren las circunstancias agravantes de los arts. 369 bis y 370.

Ningún problema plantea este nuevo párrafo 2.º del art. 368 pues, conforme a lo establecido en el primer inciso del párrafo 2.º del apartado 1.º de la disposición transitoria segunda de la Ley, el proceso de revisión de las sentencias firmes pendientes de ejecución, o de aquellas en que el penado se encontrara cumpliendo condena, se ha de efectuar aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. Como ya se ponía de relieve en la Circular 1/2004 “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 más 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”.

La significativa reducción de la pena máxima prevista en el nuevo art. 368 para los delitos cometidos con sustancias que causan grave daño a la salud, impone iniciar el proceso de revisión de la totalidad de las sentencias condenatorias recaídas por estos supuestos, debiendo los Sres. Fiscales informar favorablemente a la revisión siempre que la condena sea superior a 6 años de privación de libertad o cuando la pena impuesta en atención al hecho y sus circunstancias exceda del marco punitivo correspondiente a ese mismo hecho y esas mismas circunstancias en la nueva regulación.

La modificación antedicha incide también en los supuestos agravados del art. 369 por cuanto en el mismo se establece pena privativa de libertad superior en grado a la prevista en el artículo anterior. En razón de ello, para los supuestos de sustancias que causan grave daño a la salud, la pena privativa de libertad prevista por la Ley pasa a ser de 6 años y 1 día a 9 años de prisión al modificarse a la baja tanto el límite mínimo como el máximo de la sanción.

Además, el actual contenido del art. 369 también se altera en la nueva Ley. De un lado se han suprimido las circunstancias agravantes n.º 2.º y n.º 10.º del apartado 1, relativas respectivamente a la pertenencia del culpable a una organización o asociación que tiene por finalidad la difusión de estas sustancias y a los supuestos en los que el culpable introduce o saca ilegalmente las referidas sustancias o productos del territorio nacional o bien favorece la realización de tales conductas. De otro lado se suprime el apartado 2.º del art. 369.

En lo que atañe a las circunstancias previstas en el apartado 1.º del art. 369 que se mantienen tras la reforma, la modificación en el ordinal asignado a las mismas determina que, a la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010, queden recogidas bajo los ordinales 1 a 8. En los supuestos referidos a sustancias que causan grave daño a la salud, habrá de efectuarse la revisión de todas las sentencias condenatorias pendientes de ejecución o en las que el penado se encuentre cumpliendo condena, para adaptarlas a la nueva regulación que resulta en todos los casos más favorable.

Las modificaciones penológicas introducidas en estos supuestos, conforme a lo previsto en los arts. 131 y 133 del Código Penal, afectarán también a la prescripción de los delitos y de las penas impuestas cuando sean superiores a 10 años de prisión. Como ya se dijera en la Circular 1/2004, reiterando criterios que fueron establecidos con anterioridad en la Consulta 6/1995 de la Fiscalía del Tribunal Supremo y en la Circular 2/1996 de la Fiscalía General del Estado, “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”.

La supresión de la agravante n.º 2.º, no implica que la pertenencia a una organización delictiva carezca de entidad para cualificar el delito agravándolo, por el contrario, esta circunstancia recibe en la nueva regulación un tratamiento individualizado merecedor de un mayor reproche penal que las circunstancias recogidas en el art. 369. Se configura por tanto como una agravación de 2.º grado en el nuevo art. 369 bis que, para los supuestos de sustancias y productos que causan grave daño a la salud establece una pena 9 a 12 años de prisión y multa del tanto al cuádruplo de valor de la droga objeto del delito, y para los demás casos una pena de 4 años y 6 meses a 10 años de prisión y multa del tanto al cuádruplo del valor de la droga.

No obstante, en los supuestos referidos a sustancias que causan grave daño a la salud, el límite máximo de la pena a imponer, en aplicación del nuevo art. 369 bis, es inferior al que correspondería conforme a lo dispuesto en el antiguo art. 369 del Código Penal cuyo marco penal superior alcanza los 13 años y 6 meses de prisión. En consecuencia los Sres. Fiscales informarán favorablemente a la revisión de aquellas sentencias, referidas a sustancias que causan grave daño a la salud, en las que habiéndose apreciado la concurrencia de la circunstancia prevista en el art. 369.1.2.º, la pena impuesta en atención al hecho y sus circunstancias exceda del marco punitivo aplicable en iguales circunstancias en la nueva legislación. Por el contrario no procederá la revisión en las sentencias condenatorias impuestas en aplicación de esta circunstancia por delito cometido con sustancias que no causan grave daño a la salud dado que el nuevo art. 369 bis agrava ostensiblemente la pena en estos supuestos al fijar la privación de libertad entre los 4 años y 6 meses y los 10 años de prisión.

En el párrafo 2.º del nuevo art. 369 bis se imponen penas superiores en grado a las antedichas a los jefes,

encargados o administradores de la organización. Supuesto que se encuentra regulado en el apartado 2.º del art. 370 del Código Penal vigente hasta el 23 de diciembre de 2010 previendo para los mismos pena superior en uno o dos grados a la prevista en el art. 368. En aplicación de lo dispuesto en el nuevo apartado 2.º del art. 369 bis, en estos casos, una vez entre en vigor la reforma, cuando se trate de sustancias causantes de grave daño a la salud, la pena máxima a imponer privativa de libertad será de 18 años de prisión, razón por la cual los Sres. Fiscales informarán favorablemente a la revisión de las sentencias condenatorias recaídas por hechos de esta naturaleza cuando, en aplicación de lo establecido en el modificado art. 370.2 del Código Penal, se hubiera impuesto pena que supere el marco punitivo a imponer en atención a las circunstancias concurrentes en el supuesto examinado.

Al regularse en el nuevo art. 369 bis tanto las conductas cometidas por los que pertenecen a una organización delictiva como la agravación penológica para los jefes, encargados o administradores de las mismas, se reforma también, de forma coherente, el número 2 del art. 370, del Código Penal. Este artículo, a la entrada en vigor de la nueva Ley, se referirá exclusivamente a la agravación de la pena que corresponde imponer a los jefes, administradores o encargados de "otras actividades organizadas o cuya ejecución se vea facilitada por la comisión del delito", supuesto que constituye la circunstancia agravante n.º 2.º del reformado art. 369.1 (circunstancia 3.º del mismo artículo en el Código Penal vigente hasta el 23 de diciembre) y que, según la interpretación proporcionada por la Fiscalía General del Estado en la Circular 2/2005, debe entenderse referida a la participación en otras actividades delictivas organizadas, siendo de aplicación cuando el sujeto activo pertenece a una organización dedicada a actividades criminales distintas a las de tráfico de drogas pero en cuyo ámbito de actuación, de forma secundaria o paralela, se cometen delitos contra la salud pública o bien, o se favorece la realización de tales delitos.

Los restantes supuestos agravados previstos en el art. 370 quedan también afectados por la reforma ya que la pena prevista para los mismos se fija en atención a las establecidas en el art. 368 para el tipo básico. En consecuencia, los Sres. Fiscales informarán favorablemente a la revisión de las sentencias condenatorias cuando fueron impuestas por delitos que causan grave daño a la salud. En estos casos, al señalar en su informe la concreta pena a imponer, habrán de tener en cuenta tanto el marco punitivo determinado por los hechos y circunstancias reconocidos en los hechos declarados probados en la resolución objeto de revisión, como el criterio seguido por el Tribunal sentenciador en orden a elevar en uno o dos grados la pena prevista para el tipo básico en el art. 368, de forma que, en el primer caso, no podrá superarse la pena de 9 años de prisión y en el segundo la de 13 años y 6 meses de prisión, máximos legales correspondientes de acuerdo con la nueva legislación.

La supresión de la agravante n.º 10 del art. 369 dará lugar a la revisión de todas las sentencias condenatorias que, de forma exclusiva, por no concurrir cualesquiera otros de los supuestos recogidos en el art. 369.1, hayan dado lugar a la aplicación de dicho precepto, ya se trate de sustancias que causen grave daño a la salud, ya de sustancias que no causen grave daño a la salud. En estos casos se habrá de reconducir la pena a la señalada en el tipo básico del art. 368 en la redacción dada por la Ley Orgánica 5/2010, cuyos límites máximos son respectivamente de 6 años de prisión y multa del tanto al triple del valor de la droga y de 1 a 3 años de prisión y

multa del tanto al duplo en los casos de sustancias no causantes de grave daño a la salud.

## **5.6. Delitos contra la seguridad vial**

La Ley Orgánica 5/2010 ha modificado las penas previstas en los supuestos típicos regulados en los arts. 379 y 384. También ha suprimido el apartado 3 del art. 381 cuyo contenido pasa a integrar el nuevo art. 385 bis del Código Penal que, referido a la regulación del comiso de los vehículos de motor o ciclomotores utilizados en los hechos, tendrá un mayor ámbito de aplicación por cuanto se refiere a todos los delitos de este capítulo y no solo al previsto en el art. 381, haciendo expresa remisión a lo previsto tanto en el art. 127 como al 128 del CP. Por último, la reforma añade un nuevo art. 385 ter que, para los supuestos regulados en los arts. 379, 383, 384 y 385, otorga a los Jueces o Tribunales la facultad de rebajar en un grado la pena de prisión en atención a la menor entidad del riesgo causado y a las demás circunstancias del hecho, razonándolo debidamente en la sentencia que se dicte.

Las modificaciones introducidas en los arts. 379 y 384 plantean cuestiones de derecho transitorio pues se ha pasado de una única alternativa a la pena privativa de libertad a una nueva situación, en atención a la cual se ofrece al juzgador una doble alternativa a la pena de prisión, bien sea pena pecuniaria, bien sea pena de trabajos en beneficio de la comunidad.

La cuestión relativa a la revisión de sentencias habrá de plantearse desde una perspectiva diferente según el supuesto de que se trate, distinguiendo aquellos casos en que el Juzgador optó por la pena privativa de libertad de aquellos otros en los que impuso la pena alternativa a la prisión integrada anteriormente y de forma conjunta por multa y trabajos en beneficio de la comunidad.

La razón de ello radica en que en el primer supuesto ya se contemplaba la posibilidad de optar por una pena alternativa a la privativa de libertad y el juzgador no estimó oportuno, en atención a las circunstancias reflejadas en los hechos declarados probados en la sentencia, su imposición. En el mismo sentido se pronunció la Fiscalía General del Estado en la Circular 1/2004 que, apoyándose en la precedente Circular 1/1996 sobre derecho transitorio, razonaba, al analizar los supuestos en los que tras la reforma se introducía una previsión alternativa de pena no privativa de libertad no contemplada anteriormente, que “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”.

Por el contrario, si en la sentencia se optó por la pena alternativa a la prisión y se impuso pena de multa y de trabajos en beneficio de la comunidad será procedente la revisión de la sentencia ya que, tras la reforma, solo es posible imponer una u otra y no las dos conjuntamente. La determinación de la alternativa más favorable exige la audiencia del reo y se hará teniendo en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del código vigente hasta el 23 de diciembre de 2010 y del resultante de la modificación legislativa.

Se da la circunstancia de que los marcos punitivos de ambas penas permanecen inalterados tras la reforma, lo que evidencia la voluntad del legislador de rebajar la respuesta penal sancionadora, sin pretender acumular en cada una de las opciones la totalidad de la carga punitiva que, antes de la reforma, representaban conjuntamente los dos tipos de pena, razón por la cual, los Sres. Fiscales, una vez efectuada la opción por cualquiera de estas, instaran que se mantenga la concreta cuantía que se hubiera impuesto en sentencia a fin de no frustrar la finalidad de atenuación de la respuesta penal a estas conductas perseguida por el legislador.

En la labor de revisión podrán plantearse diversos supuestos que requieren a su vez distintas soluciones:

En aquellos casos en que una de las dos penas impuestas conjuntamente haya sido ejecutada en su integridad al momento de la revisión, y la otra se encuentra en ejecución o pendiente de ejecutar habrá de solicitarse que ésta última quede sin efecto, dando por cumplida la pena impuesta por el delito. La misma solución habrá de darse a aquellos supuestos en que una de las penas impuestas hubiere prescrito, por transcurso del plazo legalmente establecido, y la otra estuviere en ejecución o pendiente de ser ejecutada.

Cuando ambas penas están pendientes de ejecución deberá revisarse la sentencia optando por una de las dos alternativas y dejando la otra sin efecto. En estos casos los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta que, conforme a lo dispuesto en el art. 49 del Código Penal, los trabajos en beneficio de la comunidad no pueden ser impuestos sin consentimiento del penado. Por esta razón si en el trámite de audiencia al reo éste se niega a realizar trabajos en beneficio de la comunidad, necesariamente habrá de optarse por la imposición de la pena de multa. Para el caso en que el reo se incline por la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, su opinión debe ser convenientemente valorada pero, no será vinculante, y habrá de considerarse en unión de otros factores, especialmente en lo que concierne a la posibilidad real de hacer efectiva dicha pena, lo que podría llegar a determinar que el informe, apartándose del criterio del reo, solicite del Juez la imposición de la pena de multa.

Para los supuestos en que ambas penas se hayan ejecutado parcialmente, la opción, efectuada en trámite de revisión, entre una y otra, deberá acompañarse de la oportuna compensación de la parte que haya sido satisfecha o cumplida de la pena que va a quedar sin efecto. A tal fin, aun cuando en el Código Penal no está prevista la posibilidad de sustituir los trabajos en beneficio de la comunidad por pena de multa, como criterio orientativo, podrán utilizarse las equivalencias previstas en los arts. 53 y 88.1 del Código Penal, entendiéndose que, a estos solos efectos, cada día de trabajos equivaldrá a dos cuotas multa. De forma que, si se opta por la pena de multa habrá de computarse como parte del pago los trabajos ya efectuados y si se opta por los trabajos en beneficio de la comunidad se tendrán en cuenta los pagos parciales de la multa ya satisfechos para reducir correlativamente la pena de trabajos en beneficio de la comunidad pendiente de cumplimiento. Todo ello de acuerdo con las reglas de conversión establecidas en el art. 88.1 del Código Penal.

Para concluir este apartado habrá que tenerse en cuenta que la facultad conferida a los Jueces y Tribunales por el art. 385 ter, no dará lugar a la revisión de las sentencias firmes por aplicación de lo dispuesto en el primer inciso del párrafo 2.º de la disposición transitoria segunda, por idénticas razones que las ya expuestas al tratar similares situaciones derivadas de la reforma efectuada en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial,

en los arts. 270 y 274 y en los delitos contra la salud pública en el apartado 2.º del art. 368.

### **5.7. Delitos de falsificación tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje**

Las modificaciones introducidas en el art. 387 eliminan la equiparación al concepto de moneda de las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago así como los cheques de viaje.

La falsificación de tales instrumentos de pago se regulan a partir del 23 de diciembre de 2010 de forma autónoma, en la nueva sección 4.º del Capítulo II del Título XVII, bajo la rúbrica “De la falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje”, en cuyo único art. 399 bis se tipifican los supuestos de falsificación de tarjetas de crédito o débito y cheques de viaje, distinguiendo, en otros tantos apartados, tres supuestos de hecho: la falsificación propiamente dicha, la tenencia destinada a distribución o tráfico y el uso de tales instrumentos de pago a sabiendas de su falsedad.

El nuevo art. 399 bis prevé, tanto para los supuestos de falsificación como para los de tenencia, pena privativa de libertad de 4 a 8 años de prisión. Los supuestos de uso doloso de estos instrumentos de pago se castigarán con pena de 2 a 5 años de prisión.

Las cuestiones derivadas del derecho transitorio se plantean en primer lugar en los casos de falsificación propiamente dicha sobre tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje. La pena prevista para tales conductas, en el primer inciso del art. 386 en relación con el art. 387, vigentes hasta el 23 de diciembre de 2010, es de 8 a 12 años de prisión y multa del tanto al décuplo del valor aparente de la moneda, por lo que, la comparación con las penas establecidas en el nuevo art. 399 bis determinará la necesaria revisión de todas las sentencias condenatorias dictadas al amparo de los citados preceptos, en ejecución o pendientes de ejecución, y la modificación oportuna, una vez entre en vigor la reforma, de todos los escritos de acusación ya formulados por hechos de esta naturaleza.

Habrá que tener en cuenta que, aun cuando el art. 387 del Código modificado venía equiparando a la moneda metálica las tarjetas de crédito, las de débito y las demás tarjetas que puedan utilizarse como medio de pago, así como los cheques de viaje, en el nuevo artículo 399 bis se excluye del objeto material de las conductas que tipifica cualquier referencia a las demás tarjetas que pudieran utilizarse como medios de pago.

Esta categoría, que fue asimilada a las tarjetas de crédito o débito a través de la reforma operada en el art. 387 por Ley Orgánica 15/2003, se ha considerado aplicable a las tarjetas expedidas por comercios y grandes almacenes, así como a las emitidas para pago de autopistas o a las tarjetas regalo entre otras, documentos, que sin ser tarjetas de crédito o débito emitidas por un banco, funcionan como auténticos medios de pago que permiten incluso la obtención de crédito o pagos aplazados con o sin intereses.

Al no integrarse estos instrumentos de pago en los supuestos previstos en el art. 399 bis, habrá que considerar que las conductas falsarias que recaigan sobre estos tipos de tarjeta deberán encuadrarse a efectos punitivos en el marco de las falsedades en documento mercantil, cuya previsión penológica en el nuevo Código Penal, de 6

meses a 3 años de prisión y multa de 6 a 12 meses, al ser notablemente inferior a las penas del art. 386 hará precisa la revisión de las sentencias condenatorias pendientes de ejecución o en ejecución al 23 de diciembre de 2010 y a la adaptación correspondiente de los escritos de acusación que se hubieren formulado por hechos de esta naturaleza.

Para las causas seguidas por tenencia para distribución o tráfico de tarjetas de crédito, débito o cheques de viaje, el inciso 2.º del art. 386 del Código Penal vigente hasta el 23 de diciembre de 2010 dispone una pena inferior en uno o dos grados a la señalada en el inciso 1.º para los supuestos de falsificación. En trámite de revisión de sentencias habrá que distinguir aquellos casos en que el Juez o Tribunal impuso pena inferior en dos grados, en que la normativa vigente hasta el 23 de diciembre de 2010 es notoriamente más beneficiosa para el reo, de aquellos en que se impuso pena inferior en un grado. En este supuesto, dado que la pena privativa de libertad es la misma que la prevista en el nuevo art. 399 bis, pero desaparece la pena de multa, los Sres. Fiscales procederán siguiendo las pautas que para similar supuesto han fijado al tratar las modificaciones introducidas en el art. 188 n.º 3.º

Si la tenencia para distribución o tráfico se refiere a otros medios de pago se procederá a la revisión de la sentencia reconduciéndola al art. 393 siempre y cuando el supuesto pueda subsumirse en alguna de las conductas típicas descritas en el mismo, que castiga al que, a sabiendas de su falsedad, presentare en juicio o, para perjudicar a otro, hiciere uso de un documento falso de los comprendidos en los artículos precedentes. En los restantes casos, en trámite de revisión, procederá dejar sin efecto las penas impuestas, al haber sido despenalizadas tales conductas.

## **6. EFECTOS COMUNES DERIVADOS DE LA DESPENALIZACIÓN DE CONDUCTAS O DE LA REDUCCIÓN DE LA PENA IMPONIBLE POR LAS MISMAS**

Según se desprende de los supuestos anteriormente analizados, algunas de las modificaciones operadas en los preceptos del Código Penal por Ley Orgánica 5/2010, van a determinar bien la despenalización de hechos que hasta su entrada en vigor constituían infracción penal, bien la reducción de la pena legalmente establecida para el delito, bien la degradación de la infracción penal a falta. Tales modificaciones, en cuanto más beneficiosas para el reo, al tiempo que producen unos efectos inmediatos en relación con el cumplimiento efectivo de la pena impuesta, que se concretarán en la fase de revisión de sentencias, van a extender también sus efectos en otros procedimientos que se sigan contra las mismas personas ya que serán determinantes en orden a valorar extremos tales como la concurrencia de la agravante de reincidencia o la posibilidad de suspensión de la condena. Además, en determinados supuestos, tales efectos se dejarán sentir en la cancelación de antecedentes penales o en los plazos de prescripción previstos para la infracción de que se trate.

A este respecto, los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta que similares efectos producen las sentencias que, habiendo recaído por hechos que merecen un tratamiento más beneficioso tras la reforma, no fueron objeto de revisión por aplicación de las reglas de exclusión establecidas en la disposición transitoria 2.º de la Ley, ya que la mencionada disposición transitoria, en su apartado 3.º, al tiempo que excluye del proceso de revisión las sentencias con pena ejecutada o suspendida, dispone que ello será “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”

En lo que se refiere a la aplicación de la agravante de reincidencia, en palabras de la Circular 1/2004, las condenas, ya ejecutadas, recaídas 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. En estos casos, cuando el examen de la hoja histórico penal permita suponer que los hechos objeto de condena han sido despenalizados o degradados a falta, los Sres. Fiscales habrán de recabar testimonio de la sentencia controvertida con el fin de proceder a su examen en orden a determinar si las modificaciones introducidas por la reforma del Código Penal afectan a los hechos enjuiciados despenalizándolos o transformándolos en falta.

A propósito de los supuestos de despenalización generados por la modificación de la cuantía mínima exigible para la comisión del delito, como ocurre con el fraude de subvenciones públicas regulado en el art. 308, debe indicarse, reiterando los argumentos esgrimidos por las Circulares 2/1996 y 1/2004, que no existe ninguna disposición transitoria en la Ley Orgánica 5/2010 que permita sostener la irrelevancia en materia de reincidencia del carácter retroactivo de los efectos favorables de la nueva regulación sobre la base de que se trata de una modificación determinada por la pérdida del poder adquisitivo de la moneda.

Los Sres. Fiscales, cuando los hechos sentenciados hayan quedado despenalizados o se transformen en falta con motivo de la reforma, cuidarán de solicitar del Juez o Tribunal sentenciador que oficie al Registro de Penados y Rebeldes con el fin de dejar sin efecto la anotación de la condena y hacer cesar sus efectos negativos.

En estos mismos supuestos, de despenalización o degradación a falta del hecho enjuiciado, es indudable la incidencia que tendrá la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010 en orden a la concesión del beneficio de suspensión de condena. Efectivamente las modificaciones aludidas pueden ser determinantes de la concurrencia del primer requisito exigido por el art. 81.1 del Código Penal para la concesión de este beneficio, concretado en que el condenado haya delinquido por primera vez. En consecuencia, las condenas ya ejecutadas o que no fueron revisadas por aplicación de las exclusiones previstas en la disposición transitoria 2.º de la Ley Orgánica 5/2010, recaídas sobre hechos que a la entrada en vigor de la nueva Ley resultan despenalizados o degradados a falta, no impedirán la posible concesión de los beneficios de suspensión de las penas privativas de libertad conforme a lo dispuesto en los arts. 80 y siguientes del Código Penal, por lo que habrá que considerar al sujeto como delincuente primario si no existieran otros antecedentes que determinen la aplicación de la reincidencia. Así lo proclamaba ya, con toda lógica, la Instrucción de 30 de agosto de 1928 de la Fiscalía del Tribunal Supremo, con criterio plenamente vigente y reiterado con posterioridad por las Circulares de la Fiscalía General del Estado 2/1996 y 1/2004.

En lo que atañe a la prescripción habrá de recordarse que la Fiscalía General del Estado, al amparo de una consolidada jurisprudencia, ha venido destacando la naturaleza sustantiva que ostenta este Instituto en cuanto causa que extingue la responsabilidad criminal, (Consulta 6/1955 de la Fiscalía del Tribunal Supremo y

Circulares 2/1996 y 1/2004 de la Fiscalía General del Estado). Tal naturaleza determina que el principio de retroactividad de la ley penal más favorable alcance también a la prescripción, de modo que si las modificaciones introducidas en alguno de los preceptos del Código Penal, por Ley Orgánica 5/2010, comportan una reducción del plazo de prescripción de los delitos o de las penas establecidas en los mismos, será procedente acordar la prescripción aun cuando el plazo establecido tras la reforma transcurra en su totalidad antes de su entrada en vigor.

Para concluir este apartado hemos de hacer mención expresa a la causa de exención de responsabilidad regulada en el apartado 11 del nuevo art. 177 bis que tipifica el delito de trata de seres humanos. La aplicación de este precepto no debe plantear otras cuestiones derivadas de la aplicación del derecho transitorio por cuanto se trata de un delito de nuevo cuño sin precedente en el Código Penal vigente hasta la entrada en vigor de la Ley Orgánica 5/2010.

El apartado 11 del art. 177 bis exime de responsabilidad penal a la víctima de trata por las infracciones penales que cometa en la situación de explotación siempre que concurren determinadas circunstancias que en el precepto se especifican, a tenor de este precepto “la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado” .

Esta disposición, en línea con las recomendaciones recogidas en el Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos, en cuyo art. 26 expresamente se dispone que “Las Partes deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello”, permitirá salvar los obstáculos que se han venido planteando, por no concurrir la totalidad de los requisitos necesarios, para la aplicación de las eximentes de estado de necesidad o miedo insuperable en conductas penales cometidas por las víctimas de trata en las situaciones que se describen en el nuevo art. 177 bis apartado 11.

El nuevo precepto dará lugar a la revisión de las sentencias condenatorias por delitos cometidos por las víctimas de trata cuando de los hechos declarados probados en la sentencia resulte el delito se cometió en la situación de explotación y concurren los presupuestos recogidos en este apartado.

## **7. CAUSAS EN TRÁMITE**

### **7.1. Cuestiones de carácter general**

Aun a riesgo de resultar reiterativos, ya que alguna de las cuestiones que se plantean en este apartado ha sido puntualmente tratada en alguno de los apartados anteriores, conviene recordar a los Sres. Fiscales las principales pautas de actuación que fueron fijadas en las Circulares 2/1996 y 1/2004 de la Fiscalía General del Estado, para su aplicación respecto de aquellos hechos que, habiendo sido cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma del Código Penal, están siendo investigados en procesos en trámite pendientes

de calificación o de celebración de juicio oral, o en causas en las que habiendo recaído sentencia la misma no ha adquirido firmeza por encontrarse en fase de recuso. Aun cuando con carácter general la Ley aplicable será la vigente en el momento de comisión de los hechos, se excepcionan de esta regla los supuestos en que la nueva regulación resulte más favorable.

También en estos supuestos, como ya destacara la Circular 2/1996, habrá de efectuarse la tarea de comparación valorando en conjunto las disposiciones de cada uno de los textos legales. Así, aun cuando en abstracto la pena tipo señalada para la infracción cometida resultara claramente más favorable en uno de los textos legales sometidos a cotejo, los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta la totalidad de las circunstancias concurrentes en el supuesto de hecho de que se trate para efectuar la comparación en atención a la pena específica que correspondería imponer en la aplicación de una u otra legislación.

No entrarán en juego en estos casos, sin embargo, las excepciones a la revisión previstas en la disposición transitoria 2.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica 5/2010, de forma que, respecto de las causas en tramitación, serán de aplicación las facultades discrecionales otorgadas al Juez o Tribunal que, en orden a atenuar la pena se prevén el articulado de uno u otro texto legal. Tal será el caso que, en relación con los preceptos reformados, podrá plantearse respecto de los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, los delitos contra la salud pública y los delitos contra la seguridad del tráfico (arts. 270, 274, 368, 385 ter), a los que anteriormente se ha hecho referencia.

Respecto de las causas seguidas exclusivamente por hechos que resultan despenalizados por la nueva Ley que aun no hayan sido calificadas, los Sres. Fiscales, en aplicación de los criterios establecidos en las Circulares 2/1996 y 1/2004, interesarán el archivo de las diligencias, instando al tiempo, cuando los hechos pudieran ser constitutivos de infracción administrativa competente, que se remita testimonio de lo actuado a la autoridad administrativa a los efectos procedentes. Si en el momento de entrada en vigor de la reforma ya se ha evacuado el trámite de calificación, nada impide solicitar el sobreseimiento libre retirando la acusación (Circular 1/1996)

En los demás supuestos que, sin suponer una despenalización, puedan verse afectados por la reforma, los Sres. Fiscales al evacuar las conclusiones provisionales harán mención expresa, en el apartado correspondiente del escrito de conclusiones, del texto legal que se aplica y solicitarán la pena en atención a sus disposiciones. En los supuestos dudosos se formularán conclusiones alternativas, en atención respectivamente a una y otra normativa, adquiriendo especial importancia, en orden a la determinación de de la Ley penal más favorable, la opinión manifestada por el acusado en el trámite de audiencia.

El trámite de audiencia al reo, en los supuestos anteriormente tratados, resulta preceptivo y se efectuará, en el acto del juicio oral.

En aquellos casos en que la aplicación de la nueva norma se plantea respecto de supuestos pendientes de juicio, calificados conforme al Código Penal vigente hasta el 23 de diciembre, será de aplicación el criterio sostenido por la Circular de la Fiscalía General del Estado 1/1996, de forma que la adaptación al nuevo texto legal se podrá llevar a cabo al inicio del juicio oral, en el trámite que habilita el art. 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, o en el posterior trámite de conclusiones definitivas.

En lo que concierne a las sentencias pendientes de recurso, serán de aplicación las reglas establecidas en la disposición transitoria 3.<sup>a</sup> que a continuación se transcriben. Sus normas reproducen las establecidas en la disposición transitoria 5.<sup>a</sup> de la Ley Orgánica n.º 15/2003 y fueron objeto de análisis en la Circular 1/2004 a cuyo contenido nos remitimos:

“ 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.”

Es decir, el Ministerio Fiscal en el trámite del recurso, o en su caso en el acto de la vista, deberá solicitar la aplicación de la norma más favorable, con independencia de cuál sea su posición procesal inicial en el recurso bien sea de interposición bien sea de impugnación del mismo.

7.2. Especial referencia al delito de hurto configurado a partir de la reiteración de faltas contra la propiedad.

La reforma incide en el supuesto regulado en el inciso segundo del art. 234 reduciendo a tres el número de infracciones, cometidas en el plazo de un año, que pueden ser acumuladas dando lugar a su sanción como delito siempre que el montante total de lo sustraído supere la suma de 400 €.

A los efectos de configurar el delito mediante la acumulación de infracciones la reforma, a simple vista, redundará en perjuicio del reo que, con la comisión de un número menor de infracciones leves puede ser sancionado con las penas previstas para el delito de hurto. Es por ello que en aquellos supuestos en los que parte de las conductas a acumular fueron cometidas antes del 23 de diciembre y otra parte una vez rebasada dicha fecha, habrá de ser aplicada la Ley más favorable exigiendo la coexistencia de cuatro conductas infractoras para configurar el tipo regulado en el apartado 234 inciso 2.º del Código Penal. Este es el criterio que fue establecido en la Circular 2/1996 de la Fiscalía General del Estado, y recordado posteriormente en la Circular 2/2003 sobre la aplicación práctica del nuevo delito consistente en la reiteración de cuatro faltas homogéneas, al indicar que: la nueva norma más perjudicial para el reo, como es la actual reforma, en lo que a la reiteración de faltas se refiere, sólo podrá aplicarse si la totalidad de las conductas que integran el tipo han tenido lugar durante el período de vigencia de la nueva norma.

## **8. RECURSOS CONTRA LAS RESOLUCIONES ADOPTADAS EN EL PROCESO DE REVISIÓN**

La Ley Orgánica 5/2010, al igual que las que abordaron precedentes reformas del Código Penal, no recoge en ninguna de sus disposiciones los recursos que cabe interponer frente a las resoluciones de los Juzgados y Tribunales que deciden sobre el incidente de revisión. Atendiendo a las pautas fijadas en las Circulares de la

Fiscalía General del Estado 1/1996 y 1/2004, que a su vez adoptan la solución acogida en anteriores resoluciones del Tribunal Supremo, así Auto de 14 de marzo de 1984 o Sentencia n.º 626/1995, de 5 de mayo, la resolución que se dicte al respecto será susceptible de los mismos recursos que hubieran cabido contra la sentencia. De forma que, si la resolución fue dictada por el Juez de Instrucción o el Juez de lo Penal, será procedente recurso de apelación. Las resoluciones dictadas por la Audiencia Provincial, serán susceptibles de recurso de casación. En los supuestos competencia del Tribunal Jurado cabrá recurso de apelación y casación.

