

en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, y en forma de oficio, en el que se hará constar:

- 1) Expresión de la Presidencia que requiere fecha del acuerdo para requerir y Comisión de Investigación ante la que se ha de comparecer.
- 2) Nombre y apellidos de los requeridos y señas de su domicilio.
- 3) Lugar, día y hora en que haya de comparecer el requerido, con apercibimiento de las responsabilidades en que pudiera incurrir en caso de incomparecencia.
- 4) Objeto del requerimiento y testimonio que haya de ser prestado.

#### Art. 3

El requerimiento conforme a lo previsto en el artículo anterior, que dejara voluntariamente de comparecer ante una Comisión de Investigación, incurrirá en un delito de desobediencia previsto y penado en el Código Penal.

#### Art. 4

Sin perjuicio de las responsabilidades penales anteriores, el Presidente de la Cámara podrá dirigirse al Gobierno al efecto de que el requerido que no hubiese comparecido sea conducido por la fuerza pública a la presencia de la Comisión de Investigación correspondiente.

#### Art. 5

Lo previsto en esta Ley no será de aplicación a los supuestos establecidos en el Título V de la Constitución.

## **CIRCULARES Y CONSULTAS DE LA FISCALIA DEL T. S.**

### **a) CIRCULARES**

#### CIRCULAR NUMERO 1/1982

#### **FUNCIONES DEL MINISTERIO FISCAL EN RELACION CON LAS SITUACIONES DE PRISION PROVISIONAL**

La realidad social nos muestra la existencia de un considerable número de presos preventivos, situación que si, por regla general, responde a decisiones absolutamente justas, dados la entidad de la infracción y el tenor de la Ley, en otras ocasiones la medida cautelar adoptada podrá ser susceptible de revisión, atendiendo, bien a una proporción cuyos términos sean el tiempo transcurrido en esa situación y la gravedad de la posible pena a solicitar, o al hecho de que la antijuricidad de una determinada conducta sea considerada socialmente menos relevante, aun teniendo una penalidad paralela a otras infracciones tenidas por más graves. Para conseguir un equilibrio estable entre libertad-prisión y reducir los

indeseables excesos en la duración de la medida cautelar de prisión preventiva, es básico que tal medida cautelar, singular y limitada, tanto en su adopción como en su duración (artículo 17.4 de la Constitución), sólo se extienda a los supuestos previstos *ex lege*, dado que también es un derecho fundamental la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución), que si bien tiene la naturaleza de *iuris tantum*, es lo cierto que únicamente se desvirtúa en juicio contradictorio con pruebas legales sobre la culpabilidad.

De otro lado, para la vigencia del principio constitucional de que los procesos han de desarrollarse sin dilaciones indebidas (artículo 24.2), es imprescindible una especial vigilancia en la tramitación de las causas con procesados privados de libertad, hasta conseguir una solución inmediata y justa a través de la aceleración de los trámites, para lo que el Ministerio Fiscal no sólo debe ajustar su actuación a las normas procesales ordenadoras, sino que, en cuanto defensor del mantenimiento de la legalidad, cooperará con su impulso a su efectivo cumplimiento por los órganos de la Administración de Justicia y por las partes. Mas, en esta línea, la realidad de una Justicia penal eficaz, con ser importante, no se reduce sólo a evitar que los procesos se prolonguen en el tiempo; tampoco debe desconocerse que la consecuencia punitiva inherente a las infracciones ha de ser congruente con el comportamiento delictivo y se acomodará a las exigencias del tiempo en que ha de ser aplicada.

De esta manera, en tres órdenes distintos de actividades deberá cumplir el Ministerio Fiscal sus funciones en garantía de una estricta Justicia penal. Una es la dirigida a impedir, merced a una interpretación flexible y no rigorista, que las situaciones de prisión provisional se extiendan más allá del marco legal; otra, la encaminada a velar por la observancia de los trámites, que dará agilidad a los procedimientos y a instar el carácter preferente y de urgencia para las causas con presos preventivos, y, en fin, la que se proyecta en una fase posterior del proceso, y conforme a la cual deberá solicitar la aplicación de beneficios legales, y, en particular, el indulto autorizado por el artículo 2.º, párrafo segundo, del Código penal cuando se observe una manifiesta desproporción entre la conducta anti-jurídica y la sanción penal, ponderando su eventual desvaloración social y la previsible racionalización de las penas.

1. En los procesos penales, la alternativa libertad-prisión de los inculcados debe concentrarse exactamente en la forma prevista de modo flexible por la Ley. Por ello, incondicionadamente primará el criterio de una interpretación restrictiva de las conductas integradoras de estructuras punibles capaces de determinar la medida cautelar de prisión provisional, con lo que esta situación impeditiva del ejercicio del derecho constitucional a la libertad se reducirá siempre al máximo, respetando el ámbito de las normas reguladoras. El Ministerio Fiscal, defensor caracterizado de los valores que representan la legalidad y los derechos y libertades públicas, ahora que aumenta en forma alarmante la población penal preventiva, debe velar por la aplicación y observancia de los preceptos específicos en dirección única a la Justicia, impidiendo la consolidación de

estados contrarios a los principios inspiradores de un Estado democrático del Derecho. En esta dirección están las Circulares de esta Fiscalía 4/1978, de 23 de mayo; 6/1978, de 18 de diciembre, y 2/1980, de 14 de mayo, en las que, tras analizar los artículos 503-505 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, expresaban que la actividad del Ministerio Fiscal debería centrarse, de un lado, en evitar a toda costa las prisiones provisionales injustificadas o excedentes del tiempo estrictamente indispensable y, de otro, en promover o instar las que procedan valorando la naturaleza del delito, la pena asignada al mismo y los antecedentes del inculpaado.

La realidad normativa de la prisión provisional no ha cambiado tras promulgarse la Ley de 22 de abril de 1980, y técnicamente tal figura jurídico-procesal sigue cumpliendo la función propia de aseguramiento insita en toda medida cautelar personal: excluir el peligro de la ineficacia de resoluciones judiciales por ausencia del imputado en el proceso y garantizar la posibilidad práctica de ejecución de las penas privativas de libertad. En definitiva, con ella se asegura tanto la presencia del inculpaado durante la instrucción y el juicio oral obstaculizando la suspensión de éste como la efectividad del cumplimiento de la sanción penal probable. Pero una vez acordada no es permanente, sino sustituible e incluso eliminable. De una parte, es modificable por medio de la constitución de garantías patrimoniales (fianza) configuradoras de otra medida cautelar alternativa de menor entidad (libertad provisional), pero que persigue también garantizar la comparecencia en los actos procesales para los que sea citado el inculpaado. Y, de otra, puede extinguirse en cuanto se haga compatible el reconocimiento constitucional de una prisión provisional con límites temporales (artículo 17.4), basada en un juicio de probabilidad sobre la existencia de una resolución condenatoria para el procesado, con el principio de la presunción de inocencia (artículo 24.2 de la Constitución), pues nunca existe la seguridad de que la sentencia definitiva impondrá una pena ni cuál será, en su caso, la entidad de la impuesta. Si, conforme al primero de estos principios, al procesado antes de la sentencia irrevocable de condena, se le da el trato de un condenado, pero sin la posibilidad de gozar de beneficios penitenciarios inherentes al cumplimiento de la pena (artículo 25.2 de la Constitución), a tenor del segundo, al simple procesado se le presume inocente, con lo que la afirmación abstracta de culpabilidad anterior a la sentencia, cuyo contenido siempre es incierto, no puede por sí sola dar lugar a efectos jurídico-penales.

Se hace, por tanto, necesaria la conciliación de estos principios que se nos presentan como esencialmente contrapuestos, pues si se considera únicamente el de la presunción de inocencia, resultaría inconcebible la prisión provisional en cuanto representa un cumplimiento anticipado de la pena privativa de libertad correspondiente a una conducta culpable y punible. Más valor debe atribuirse a la presunción de no culpabilidad, de carácter incondicionado, que a la medida cautelar de prisión provisional, siempre condicionada y limitada por un plazo cuyo máximo será determinado por la Ley (artículo 17.4 de la Constitución), pero sin que pueda rebasar la mitad del *quantum* de la pena correspondiente al delito impu-

tado (artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Luego si la presunción de inocencia es de grado y radio mayor que la temporal prisión preventiva carente de firmeza, la extensión que en la práctica deba darse a ésta alcanzará los caracteres de excepcional, por lo que el pronunciamiento positivo sólo deberá producirse cuando la conducta a enjuiciar claramente esté en el grupo de las que por su gravedad son excluyentes de cualquier otro tipo de medida aseguratoria. Pero además la adopción de la prisión provisional responde a una determinada situación de hecho que el órgano jurisdiccional consideró existente en el momento de pronunciarse sobre ella, mas la situación inicialmente dada puede sufrir alteraciones a lo largo del proceso que deben conducir a la modificación de la medida constituida. La prisión provisional, como todas las medidas cautelares, está sometida al principio *rebus sic stantibus*, razón por la cual la variación de los presupuestos implica, si no la extinción, sí la variación de la medida y su sustitución por otra: la libertad provisional, ya sea acompañada de garantías patrimoniales o de comparecencias con periodicidad variable, según el mayor o menor riesgo de fuga u ocultación.

Excluidos los supuestos en que sea manifiesta la procedencia de la prisión provisional obligatoria, el Ministerio Fiscal, en trance de revisar la situación de los presos preventivos, deberá ponderar circunstancias de diversa naturaleza, referidas unas al hecho, otras al autor, e incluso las de carácter técnico-jurídico, mas sin olvidar tampoco el posible desvalor social del comportamiento delictivo. De modo meramente enunciativo, se concretan éstas:

a) La mayor o menor posibilidad de que la persona sujeta a prisión provisional sea condenada, atendido el dato fáctico del conjunto de las pruebas practicadas y la consideración jurídica de la inexistencia actual de un sistema de indemnizaciones por prisión provisional seguida de sobreseimiento o de sentencia absolutoria; como el derecho a indemnización a cargo del Estado por daños que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia (artículo 121 de la Constitución) no está desarrollado, se desconoce si su ámbito comprendería la hipótesis a que nos referimos.

b) Si la sanción penal previsible, contenido de la futura sentencia, se halla virtualmente cumplida. Para el desenvolvimiento y construcción de esta circunstancia habrá de tenerse en cuenta la efectiva duración de la medida cautelar en función de la pena asignada al delito en el Código penal vigente. A la integración del eventual *quantum*, junto a los índices del artículo 61 del Código penal, contribuirán otros baremos: los beneficios reductores de la pena previstos en nuestro ordenamiento, la edad de los imputados, la cualidad o no de delincuentes primarios y particularmente en los delitos contra la propiedad, si el hecho dado se encuentra próximo a los límites cuantitativos correspondientes a una pena inferior.

c) Que la función cautelar o de aseguramiento de la ejecución es menos intensa cuando las posibles penas a imponer sean de menor gravedad o las circunstancias personales del autor hagan presumible que no se sustraerá a la acción de la Justicia.

d) El desvalor social del comportamiento que se incrimina, en principio, al que se halla en situación de prisión provisional, según criterios de rigurosa actualidad, que, por una parte, evolucionan como la realidad social misma y, por otra, pueden influir de modo decisivo en la condena que en definitiva se imponga. Y ello en razón de que el Fiscal, en el proceso penal, representa y defiende el interés social, de donde se infiere la ineludible necesidad de tener presente en todo momento su entidad como elemento conformador de la valoración jurídica de la conducta que ha de llevar a cabo, de suerte que, sin perder de vista las exigencias legales, tal valoración deberá estar siempre inspirada en la naturaleza y entidad de aquel interés. Otra cosa supondría ajustar la actuación del Fiscal a criterios formalistas de modo exclusivo, que no se acomodarían a la esencia de la función, pudiéndose mencionar, entre los factores que ayudarían a apreciar la aminoración del desvalor social del hecho incriminado, los mismos que posteriormente se enuncian al examinar la actuación del Ministerio Fiscal en relación con las peticiones de conmutación de penas.

Circunstancias de la naturaleza de las reseñadas u otras análogas que puedan estar presentes en los múltiples y heterogéneos casos de la vida real al tiempo de la instrucción o de la calificación, servirán para instar la modificación de la prisión provisional que, para unificar criterios, se resolverá consultando directamente al Fiscal Jefe o sometiéndolo a la consideración de la Junta de Fiscalía.

Nótese, sin embargo, que no se trata de generalizar o de solicitar, sin más, la libertad para quienes se hayan privados preventivamente de ella, sino de prestar la máxima atención en cada caso al análisis de las circunstancias, individualizándolas con la mayor precisión posible a través de las pruebas, y si se concluye que la situación es legalmente inmodificable lo procedente será interesar la aceleración de los siguientes trámites.

2. Pero el Ministerio Fiscal no sólo debe garantizar que los efectos limitativos del derecho a la libertad queden reducidos a los estrictos supuestos legales y por un tiempo que en ningún caso superará el máximo previsto (artículo 504 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), sino que su actividad se extenderá también a promover el derecho de gracia, para lo que se halla expresamente legitimado.

Si las peticiones de indulto por el Ministerio Fiscal vienen siendo realmente excepcionales, sin perder del todo ese carácter, deberán solicitarse cuando se trate de corregir el rigor de la ley en supuestos específicos de manifiesta falta de correlación entre el contenido de la acción delictiva y la pena, o para evitar que se produzcan situaciones injustas, como acontece con algunos tipos delictivos en crisis, pero con penalidad desproporcionada según una valoración social o las tendencias modernas de la jurisprudencia y la doctrina científica. En estos casos el Ministerio Fiscal deberá solicitar del Tribunal el uso de la facultad singular que concede el artículo 2.º, párrafo segundo, del Código penal, a cuyo efecto, en un otrosí de su escrito de calificación, podrá hacerlo constar razonadamente, o bien, con preferencia, lo solicitará «in voce» del Tribunal en el acto del juicio oral, una vez formado un criterio definitivo sobre la cuestión.

3. En orden a la aceleración de los trámites, existan o no personas sujetas a la medida cautelar de prisión preventiva, es obligado recordar ahora el Real Decreto-Ley de 26 de enero de 1979 sobre protección de la seguridad ciudadana, cuyo contenido alcanza a buena parte de delitos de robo, ya sean violentos, intimidatorios o con fuerza en las cosas, de utilización ilegítima de vehículos de motor, coacciones o amenazas. En estos procedimientos las previsiones serán:

— Al recibir los autos para la instrucción de lo actuado y calificación de los hechos (artículo 797 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) solicitará, si no lo hubiere acordado ya el Tribunal, que aquél trámite sea único o común, con la consiguiente exposición o manifestación de los autos en Secretaría por el plazo legal para que coetáneamente sea evacuado por las distintas representaciones. Es patente la economía de tiempo que con ello se consigue en sumarios instruidos por infracciones con pluralidad de partícipes, cada uno de los cuales normalmente tiene distinta representación legal. Con la observancia de estas normas no cabe la posibilidad de que se produzcan retenciones de diligencias, con resultados paralizantes.

— Resultando irreformables las resoluciones del instructor en estos procedimientos singulares, deberá utilizarse el recurso de apelación directo en los supuestos expresamente autorizados por la Ley, pero de manera especial en los que, resultando improcedente, se hubiera acordado la libertad de los procesados; a estos efectos el Ministerio Fiscal, dentro del limitado plazo de veinticuatro horas de la notificación del auto, efectuará la personación en el mismo escrito de interposición, con acompañamiento de la documentación que, en su caso, puede constituir el soporte, a fin de que se sustancie dentro de los breves términos que establece el artículo 787 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

A las anteriores consideraciones deberá atenderse el Ministerio Fiscal, cuya conocida diligencia dará lugar al más exacto y rápido cumplimiento de esta circular.

Madrid, 4 de noviembre de 1982.

CIRCULAR DE 1 DE JULIO DE 1983 DE LA FISCALIA GENERAL DEL ESTADO, SOBRE LA LEY DE REFORMA DEL CODIGO PENAL, 8/83, DE 25 DE JUNIO (\*)

MEDIDAS DE EJECUCION INMEDIATA ANTE LA PUBLICACION DE LA LEY ORGANICA 8/1983, DE 25 DE JUNIO, DE REFORMA URGENTE Y PARCIAL DEL CODIGO PENAL

Los problemas acuciantes a los que pretende hacer frente la Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, exigen una inmediata decisión sobre la incidencia de los nuevos preceptos respecto de las causas ya senten-

---

(\*) Aunque no esté comprendida en la memoria de la F. T. S. de 1983, la insertamos por su interés para la reforma de 1983.

ciadas y los procedimientos en tramitación, tanto durante su «vacatio» como desde el momento de la entrada en vigor.

La Ley Orgánica no establece una disposición expresa sobre la entrada en vigor, rigiendo la norma general del art. 2-1 del Título Preliminar del Código Civil, que señala el plazo de veinte días a partir de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

El período de «vacatio» tiene como finalidad que las leyes puedan ser conocidas y valoradas por aquéllos a los que van destinadas y alcanza su plena justificación cuando se trata de normas sancionadoras que establecen nuevos tipos delictivos o agravan los existentes. No obstante, razones de política criminal aconsejan aplicar estos principios a la luz de las previsibles ventajas que la nueva ley pueda originar.

Las normas penales más favorables, cuya retroactividad está legalmente sancionada, deben ser aplicadas de manera que sus consecuencias positivas se reflejen en la realidad, sin los cortes o soluciones de continuidad que ocasiona el plazo de vacación legal. Es incongruente que la ley penal más favorable, que regirá por la vía de la retroactividad todos los hechos realizados durante el plazo de «vacatio», no pueda alcanzar los efectos beneficiosos que se desprenden de su propio contenido, desde el mismo momento de su publicación, dilatando innecesariamente una realidad penal y penitenciaria cuya solución no puede demorarse y a la que hace referencia la Exposición de Motivos de la propia Ley.

Si con su aplicación inmediata se consigue una rápida y efectiva tutela judicial y, al mismo tiempo, se satisfacen los objetivos a los que se pretende dar respuesta, no existen obstáculos para admitir la vigencia funcional de la ley a partir de su promulgación, por lo menos en lo relativo a la modificación de la situación personal de los beneficiados por sus disposiciones.

La necesidad de resolver las cuestiones urgentes que pueden solucionarse con la aplicación de la presente ley —fundamentalmente la excarcelación de los penados o presos que se vean favorablemente afectados por la reforma— obliga a poner en marcha las actuaciones necesarias para la rápida resolución de los casos que afecten directamente a la libertad personal, dejando para un momento ulterior su aplicación generalizada a todos los demás supuestos innovados por la reforma.

Los aspectos doctrinales de la nueva Ley Orgánica necesitan un más profundo análisis para lo que serán necesarias las aportaciones que las distintas Fiscalías puedan ofrecer, según sus propias reflexiones y experiencias. Por ello se requiere la colaboración de todos para que, señalando los principales puntos teóricos y prácticos que se hayan observado durante su aplicación, se pueda llegar a una interpretación homogénea de todas las cuestiones que plantea la Reforma Urgente y Parcial del Código Penal.

## I. CUESTIONES PROCESALES

El amplio panorama abarcado por la Reforma Urgente y Parcial del Código Penal incide sobre la mayoría de los procedimientos penales que constituyen la actividad usual de nuestros Juzgados y Tribunales, por lo que es necesario contemplar toda la gama de posibilidades que pueda presentarse durante el tiempo en que necesariamente durará el ensamblaje entre la realidad penal y penitenciaria regida por el derecho anterior y las situaciones que se vayan acogiendo a la nueva normativa, en general más beneficiosa.

Las disposiciones transitorias tienden a conseguir estas finalidades, tanto en los procedimientos terminados como en los que están en tramitación. Los supuestos principales que pueden plantearse se clasifican y examinan en diversos apartados.

### A. Causas terminadas por sentencia.

La Disposición Transitoria de la Ley Orgánica establece normas para rectificar las sentencias firmes no ejecutadas y las que no sean firmes por estar pendientes de recurso. Su alcance y extensión será analizado a continuación.

#### 1. *Sentencias firmes no ejecutadas.*

La expresión, no ejecutadas, que emplea el legislador debe entenderse en un sentido amplio abarcando todas aquellas causas que han alcanzado sentencia firme y las que no hubieren llegado a su archivo definitivo, tanto si no hubiere comenzado su ejecución como si ésta estuviere ya iniciada.

La determinación de los supuestos más beneficiosos que se deriven de la aplicación de las nuevas disposiciones plantea, en algunos casos, problemas de incierta resolución. El legislador se inclina por la aplicación taxativa del contenido de la norma cuando inequívocamente se desprenda de su lectura condiciones más ventajosas (descriminalización de conductas, reducción de tipos o disminución de penas), restringiendo la aplicación retroactiva cuando el beneficio para el reo viniere determinado por la posibilidad del ejercicio del arbitrio judicial que concedan las nuevas normas.

Conviene recordar en este punto las posturas doctrinales que sostienen que la comparación para determinar la ley más favorable debe establecerse entre los preceptos íntegros de las leyes en concurrencia, sin que quepa construir una tercera norma tomando fraccionadamente aspectos parciales del precepto nuevo y del derogado.

Algunos supuestos que se plantean:

#### a) *Causas en las que no se haya iniciado la ejecución.*

Se practicará la revisión de las sentencias para acomodarlas a la nueva normativa, solicitando que se practique, urgentemente, liquidación de condena y se acuerde todo lo necesario para su cumplimiento. La revisión

deberá tener en cuenta la posibilidad de solicitar la aplicación de la condena condicional, cuando sea procedente, con arreglo a las normas nuevas que la regulan.

En los casos en que se haya concedido la condena condicional deberá efectuarse la revisión cuando los hechos a los que se haya aplicado estén descriminalizados o sean constitutivos de falta.

b) *Causas en las que se ha iniciado el cumplimiento de la condena.*

Será reclamadas con carácter preferente y urgente para acomodar la pena y sus modalidades de cumplimiento a lo que resulte de las normas reformadas.

c) *Causas en las que se haya cumplido la pena sin haber alcanzado el archivo definitivo (pendientes, por ejemplo, las responsabilidades civiles).*

Se procederá a la revisión de estas causas en los supuestos en que la reducción de la pena pueda afectar a otras condenas que, un mismo reo, tuviere pendientes de cumplimiento. También se llevará a efecto su rectificación cuando de alguna otra manera favorezca al reo.

d) *Sentencias ya ejecutadas.*

La Disposición Transitoria no hace referencia a las sentencias ya ejecutadas como venía siendo habitual en los casos de las últimas modificaciones de cuantías.

Dados los términos del art. 24 del Código Penal, no se hace precisa su revisión por el Tribunal sentenciador, pero sí habrá de tenerse en cuenta la nueva legalidad para valorar sus efectos futuros sobre otros procesos penales, tanto en los supuestos de descriminalización del hecho penado cuando en los casos en que, por ser constitutivos de falta o merecer una pena más benigna conforme a la nueva legalidad, no deban servir de base a una declaración de reincidencia.

2. *Sentencias no firmes por estar pendientes de recurso.*

La Disposición Transitoria es, en este aspecto, suficientemente clara y apenas necesita comentario.

La regla 2.ª del párrafo cuarto, anticipa la entrada en vigor de la ley en los supuestos de recursos de casación aún no formalizados, cuyo plazo vena durante el período de «vacatio», permitiendo invocar las infracciones legales que se aleguen conforme a los preceptos reformados.

Respecto a los recursos de casación que estuvieren sustanciándose en el momento de entrada en vigor de la ley, la regla 3.ª parece referirse exclusivamente a los interpuestos por infracción de ley, sin alterar la tramitación de los que se hubiesen articulado por quebrantamiento de forma.

La Sala remitirá la causa al Ministerio Fiscal y a las partes personadas para que indiquen si concurren motivos de casación por infracción de ley,

al amparo de las nuevas normas, solicitando, en su caso, lo que se estime pertinente respecto de la modificación de la situación personal cuando se vea afectada por los nuevos motivos alegados.

Los supuestos que se planteen durante la tramitación de los recursos de apelación, están claramente contemplados en la ley, reiterándose la necesidad de solicitar la urgente modificación de las situaciones de privación de libertad, en los casos en que sea procedente.

#### B. Causas en tramitación

El legislador sólo contempla, en su disposición transitoria, los aspectos que hemos examinado, sin hacer referencia a aquellas causas que se encuentran en tramitación. Es necesario, por tanto, contemplar las disposiciones legales utilizando criterios interpretativos que puedan aplicarse a los procedimientos iniciados por hechos realizados antes de la publicación de la reforma del Código Penal, y en los que todavía no ha recaído sentencia o resolución definitiva, distinguiendo los diversos supuestos que puedan plantearse:

##### a) *Causas que entran para calificar en el plazo de «vacatio legis»:*

Tendrán carácter preferente y urgente las causas con preso. Razones de economía procesal aconsejan permitir la aplicación de la nueva normativa, procediéndose a interesar las libertades que la modificación de la penalidad de los hechos perseguidos determinen, teniendo en cuenta los términos de la Instrucción núm. 1 del presente año. Las mismas razones de economía procesal permiten realizar las calificaciones, aplicando la ley más favorable para evitar los indeseables retrasos a que podía conducir una posterior rectificación. La regla 2.ª de la Disposición Transitoria, ya mencionada, permite llegar a esta resolución lógica y racional.

##### b) *Causas que entren para calificar después del período de «vacatio»*

Especial atención merecen, en estos casos, la problemática que puedan plantear los delitos contra la propiedad y la salud pública por la profunda modificación que han experimentado en su nueva regulación y la fijación como pena base de la de arresto mayor.

Parece inevitable la revocación, en la mayoría de los casos, para aportar a las actuaciones todos los datos y circunstancias especialmente cualificadores que permiten elevar las penas (art. 344: grave daño a la salud; cantidad de notoria importancia, centros de distribución, etc.), así como las circunstancias a las que se refieren los artículos 506, 516 y 529, algunas de las cuales son de nueva implantación, buscando siempre la solución más favorable, así como ajustando el procedimiento al que sea aplicable a la pena resultante.

c) *Causas calificadas*

a') Por hechos cuya tipificación delictiva se suprime

Aun admitiendo que nos encontramos en fase de juicio oral, la solución más adecuada por razones de economía procesal y de eficacia ante la acumulación de trabajo previsible, será la de acudir a la forma de sobreseimiento libre del núm. 2.º del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. Carece de sentido seguir la tramitación hasta la vista oral para formular la retirada de acusaciones. Las normas que en su día se dictaron para la aplicación de indultos anticipados pueden tener aquí aplicación analógica.

b') Hechos que por aplicación de la nueva normativa sean constitutivos de falta

En este supuesto se encuentran, en principio, todos los casos de hurtos y estafas cuya cuantía sea inferior a 30.000 pesetas, aún cuando existan condenas anteriores por delitos o faltas contra la propiedad, ya que han desaparecido los artículos 515-4.º y 528-4.º del Código Penal.

Procederá el sobreseimiento libre del núm. 2.º del artículo 637 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y su remisión al Juzgado de Distrito competente salvo, subsistiendo otros hechos delictivos deba conocer de ellos el órgano jurisdiccional que ostentaba la competencia.

c') Hechos que se benefician de una tipificación más favorable

La ley no prevé un trámite especial para nueva calificación, por lo que las causas deberán seguir su curso, sin cambio de procedimiento, modificándose las conclusiones en el momento oportuno. Razones de economía procesal así lo aconsejan.

Todo ello sin perjuicio de acordar lo precedente, sobre la situación personal de los acusados, que deberá resolverse interpretando las posibles normas aplicables de la forma más favorable.

Las causas calificadas en las que existan personas declaradas rebeldes continuarán en esta situación hasta que estén a disposición del órgano jurisdiccional respectivo.

## II. CUESTIONES DE CARACTER SUSTANTIVO

La complejidad de las modificaciones introducidas por la Ley Orgánica exige plantear, con carácter complementario, una serie de aspectos sustantivos que influirán sobre las decisiones procedimentales que se adopten con carácter urgente. Nos permitimos llamar la atención de los señores Fiscales sobre algunos de los puntos de mayor incidencia:

### 1. Principio de culpabilidad y delitos cualificados por el resultado

El párrafo segundo del artículo 1.º desde una faceta positiva y el artículo 6.º bis b), en contemplación negativa, consagran plenamente el principio de la culpabilidad de que «no hay pena sin dolo ni culpa».

Este principio, desarrollado en el referido párrafo segundo del artículo 1.º, exigiendo «cuando la pena venga determinada por la producción de un posterior resultado más grave que, al menos, se hubiera causado por culpa» viene a plantear diversas cuestiones. Esta Circular no puede pretender afrontar estos problemas dada su complejidad, pero sí llamar la atención sobre su incidencia sobre los delitos cualificados por el resultado que, aunque formalmente no ha sido modificado por la nueva normativa —artículos 411, párrafo último, 488, párrafo último, y 348— están afectados por el rigorismo del principio de culpabilidad, de tal forma que el resultado, para ser atribuido al autor, tiene que serle reprochado, al menos, a título de culpa, pues, en caso de que no se alcance tal exigencia, no cabría hacerle responsable del resultado y únicamente respondería por la comisión del delito de base hasta donde haya llegado su dolo o culpa.

### 2. La facultad de sustituir el internamiento

Por alguna o algunas de las medidas señaladas en el artículo 8-1.º, en los supuestos de enajenación mental y sordomudez, posibilidad que deben utilizar los señores Fiscales cuando lo estimen más conveniente para el mejor tratamiento del culpable.

### 3. Aplicación de la eximente del art. 8-3.º o de la incompleta del art. 9-1.º

En relación con el precepto anterior cuando concurren los supuestos de hecho que se mencionan en el citado artículo 8.º (alteraciones de la percepción —distinta de la sordomudez— que alteren gravemente la conciencia de la realidad).

### 4. Aplicación del concepto de agresión ilegítima

En los supuestos de defensa de morada y sus dependencias, dada la supresión de las distinciones entre lugar habitado y solitario y día y noche.

### 5. Reincidencia art. 10-15

Bajo el nombre de «reincidencia» se recogen, aunque con modificaciones, las antiguas circunstancias de reiteración —art. 10-14— y reincidencia —art. 10-15—.

La nueva agravante de reincidencia tiene lugar cuando al delinquir nuevamente el culpable haya sido condenado en sentencia firme por:

- un delito comprendido en el mismo capítulo.
- un delito castigado con igual o mayor pena.
- dos o más delitos a los que la Ley anterior señale pena menor.

La primera modalidad supone una importante reducción del ámbito de la antigua circunstancia de reincidencia, ya que ahora la identidad formal

entre ambos delitos debe ser por la inclusión en el mismo capítulo y no en el mismo título; mientras que los supuestos de la segunda y tercera posibilidad de reincidencia repitan los requisitos exigidos en la anterior redacción de la reiteración.

Especial cuidado debe observarse en la comprobación de la subsistencia de los casos de reincidencia apreciada en virtud del anterior artículo 10-15, dado lo acabado de señalar en el párrafo anterior. No puede olvidarse que en muchos casos cuando, pese a la falta de identidad de capítulo, el delito anterior esté castigado con igual o mayor pena que el nuevo delito, no desaparece la aplicación de la circunstancia de agravación ya que la comparación entre ambas leyes —anterior y nueva— en su totalidad no conduce a la conclusión de que ésta sea más favorable.

La multirreincidencia, tanto la genérica como la específica del artículo 530 —este último precepto cuestionado en su subsistencia por la propia jurisprudencia— desaparece del nuevo texto, dado el tenor del artículo 10-15 y la derogación de la regla sexta del artículo 61.

En cuanto a la prescripción de la reincidencia conviene resaltar que en virtud de la nueva redacción dejarán de computarse a los efectos de la apreciación de la reincidencia tanto las anteriores condenas canceladas como las que hubieran podido serlo, superando con ello la rigorista doctrina jurisprudencia que, en observancia de la anterior literalidad del precepto derogado, impedía tal apreciación.

El artículo 118, en su último párrafo, establece que el Juez o Tribunal sentenciador —que es el que tiene encomendado el enjuiciamiento en que se cuestiona la posible aplicación de los antecedentes penales que pueden originar la reincidencia en el nuevo delito— cuando concurren los requisitos señalados en dicho artículo 118 para la cancelación por solicitud del interesado y éste no la haya instado, previa comprobación de tales circunstancias, no apreciará la agravante y ordenará la cancelación.

#### 6. *Artículos 10-16 y 10-17 (Desprecio del sexo y lugar sagrado)*

La modificación acaecida en estas circunstancias agravantes supone que el «desprecio de sexo» y «lugar sagrado» dejan de tener eficacia para elevar la pena. Consecuentemente, el principio de retroactividad de la Ley más favorable impedirá su apreciación o impondrá su desaparición cuando hayan sido recogidas en sentencia. Debe advertirse que en todos los casos en que el desprecio de sexo haya actuado en forma equivalente al abuso de superioridad y absorbiendo esta última, no cabra aplicar la anterior tesis, pues el nuevo texto sigue conservando la circunstancia 8.<sup>a</sup> del artículo 8 y por tanto el mero cambio de denominación no justifica la revisión.

#### 7. *Efectos de la supresión o modificación de penas*

Desaparece la pena de interdicción civil.

Se limita la pena accesoria de inhabilitación para profesión u oficio a aquellos casos en que éste o aquélla guardan relación con el delito cometido.

Se suprime la pena de privación definitiva del permiso de conducir anteriormente prevista en los artículos 340 bis a) y 565.

El artículo 61-4 limita la posibilidad de imponer la pena en toda su extensión en los casos en que no concurren circunstancias atenuantes o agravantes, proscribiendo la aplicación de la pena en su grado máximo.

#### 8. *Condena condicional*

La reducción de la duración de las penas y la mutación sustancial en la redacción de la reincidencia, incidirán sobre numerosos casos de sentencias cuyas penas estén en ejecución, posibilitando la aplicación de la condena condicional.

La circunstancia 1.ª del artículo 93 amplía notablemente la posibilidad de aplicar la condena condicional al equipararse el condenado rehabilitado a la condición de delincuente primario.

#### 9. *Desaparición de la pena de privación del permiso de conducir con carácter definitivo*

La Ley de reforma deroga el párrafo segundo del artículo 340 bis a) y da una nueva redacción al párrafo sexto del artículo 565 con la consecuencia que se relata en el enunciado de este apartado.

#### 10. *Supresión del delito de conducción sin permiso*

La mayoría de las sentencias firmes y ejecutadas podrán ser canceladas de oficio y las pendientes de ejecución deberán ser revisadas acordando el archivo que se notificará al Ministerio de Justicia para que proceda a la cancelación de los antecedentes.

#### 11. *Tráfico de drogas (art. 344)*

El texto de este precepto es objeto de una profunda reforma, cuyo examen únicamente cabe realizar en este momento en alguna de las cuestiones que origina la incriminación de hechos cometidos bajo la anterior redacción y cuyo castigo esté pendiente en el momento de la entrada en vigor del nuevo artículo.

Pueden detallarse las siguientes cuestiones:

a) Hechos a los que corresponda o estén ya castigados —según el momento procesal— con pena de prisión mayor y multa o con pena privativa de libertad superior (art. 344 párrafos primero y tercero del antiguo texto).

El nuevo precepto impide que se imponga pena superior a prisión mayor y ésta únicamente es procedente cuando concorra alguno de los requisitos señalados en el artículo 344 párrafo segundo —difusión entre menores de dieciocho años, en centros docentes, etc...—.

En consecuencia, exclusivamente cuando la pena de prisión mayor, que corresponda con arreglo a la antigua redacción pueda ahora mantenerse al encontrarnos ante uno de los actos típicos cometidos con sustancias que causen grave daño a la salud, concurriendo alguno de los elementos del

párrafo segundo del nuevo artículo, no procederá la revisión, que deberá realizarse en los restantes supuestos.

b) El nuevo precepto eleva a categoría legal indiscutible que la posesión de drogas castigada es la que tiene finalidad de tráfico. Este punto había sido suficientemente aclarado por la doctrina mayoritaria y la jurisprudencia interpretativa de la anterior redacción.

c) Notoria dificultad ocasiona la distinción entre sustancias que causen «grave daño a la salud» y aquellas comprendidas en «demás casos». En primer lugar, una interpretación que atienda al bien jurídico protegido en este delito —la salud pública— obliga a reducir los casos comprendidos bajo este segundo supuesto a las sustancias que puedan causar algún daño al bien jurídico protegido, quedando excluidas aquellas otras inocuas e ineficaces en el ataque a la salud pública. En segundo lugar, la apreciación de los supuestos comprendidos en «grave daño a la salud» ofrece dificultades, ya suficientemente resaltadas por la doctrina que ha estudiado la redacción de este precepto bajo la fórmula establecida en el Proyecto de Código Penal de 1980. En los casos en que todavía no haya recaído sentencia, deberá proponerse la práctica de la oportuna prueba pericial que ayudará a determinar la existencia de tal extremo del perjuicio grave a la salud. Cuando la sentencia sea firme, la dificultad para fijar tal cuestión se acrecienta y obligará a que el Tribunal en el oportuno auto, dictado a tenor del párrafo tercero de la disposición transitoria, aclare tal extremo a la luz de los datos comprendidos en la propia sentencia. Puede servir como mero criterio orientador que la heroína debe ser considerado como sustancia que causa tal daño como ha reconocido ya la jurisprudencia y, por el contrario, el hachís carece de tal virtualidad. El reconocido celo de los señores Fiscales les aconsejará sobre la interpretación de esta cuestión y, en los casos procedentes, interpondrán el oportuno recurso de casación contra los autos dictados en revisión de las sentencias.

## 12. *La nueva redacción del artículo 428*

Supera la polémica doctrinal y jurisprudencial sobre el valor del consentimiento, eximiendo de responsabilidad en los supuestos que el mencionado artículo describe.

## 13. *El perdón en los delitos contra la honestidad*

La modificación sustancial de la institución del perdón en esta clase de delitos, tiene carácter restrictivo por lo que deberá aplicarse la disposición más favorable al reo cuando se trate de hechos cometidos antes de la entrada en vigor de la Ley.

La nueva regulación establece distintos criterios según la clase de delito que se contempla:

a) Respecto de los abusos deshonestos, estupro y rapto la eficacia del perdón se limita en el tiempo hasta el momento en que recaiga sentencia en la instancia. Después de este momento procesal el perdón es inoperante sobre la pena impuesta o en ejecución.

b) Respecto de la violación, el último párrafo del artículo 443 señala una distinción con los anteriores delitos negando efectos extintivos de la acción penal al perdón otorgado. La interpretación auténtica que se recoge en la Exposición de Motivos establece que el perdón del ofendido en ningún caso extingue la acción penal.

No obstante sigue vigente la disposición general del artículo 112-5.º, que considera como causa de extinción de la responsabilidad penal, el perdón del ofendido cuando la pena se haya impuesto por delitos solamente perseguibles mediante denuncias o querellas del agraviado. El claro pronunciamiento del legislador al modificar la regulación de los delitos contra la honestidad conduce a considerar prevalente, por el principio de especialidad, la disposición del artículo 443 sobre la genérica del artículo 112-5.º, cuya aplicación quedará reducida a los delitos de calumnia, injuria y abandono de familia.

#### 14. *El perdón en abandono de familia*

El legislador no distingue, dada la naturaleza del delito, entre perdón expreso o presunto ni condiciona su otorgamiento a que se haga antes o después de haberse alcanzado sentencia firme. Concede al perdón el efecto de extinguir la acción penal sin hacer distinción ni referencia a la pena impuesta o en ejecución. Siendo aplicable el artículo 112-5.º, pese a la imprecisión de los términos utilizados por el legislador, habrá de entenderse que sus efectos se extienden a todos los supuestos y alcanzan tanto a los casos de perdón presunto como a los otorgados después de la sentencia.

#### 15. *Delitos contra la propiedad (Robo y hurto)*

Se simplifica la escala de cuantías estableciendo la cifra de 30.000 pesetas como frontera entre el delito y la falta en los supuestos de hurto y estafa y como tope para graduar la pena en los delitos de robo con fuerza en las cosas.

Los antecedentes penales no transforman los hechos que por su cuantía sean constitutivos de falta en delito al desaparecer los antiguos artículos 515-4.º, 528-4.º.

Las modalidades de hurto comprendidas en el antiguo art. 514-2.º están ahora recogidas en el último párrafo del artículo 535. Los supuestos del derogado artículo 514-3.º deben considerarse como un tipo normal de hurto.

Los artículos 506 y 516 contienen relaciones de circunstancias que agravan los delitos de robo y de hurto. Puede destacarse, a mero ejemplo, que cuando las cuantías sean notablemente superiores a las 30.000 pesetas, de manera que los hechos revistan especial gravedad, estaremos en presencia de una circunstancia agravatoria —art. 506-8.º, 516-3.º e igualmente en las estafas según el art. 529-7.º— y que el abuso de superioridad recogido en el apartado 9.º del artículo 506-4.º, del artículo 516 y también repetido para las estafas en el artículo 529-7.º, debe entenderse como el aprovechamiento de las circunstancias de prevalimiento en que se encuentre el autor respec-