

# CIRCULARES, CONSULTAS E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

M.<sup>a</sup> CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Universidad de Alcalá

## Circulares

### CIRCULAR 1/2010, SOBRE EL TRATAMIENTO DESDE EL SISTEMA DE JUSTICIA JUVENIL DE LOS MALOS TRATOS DE LOS MENORES CONTRA SUS ASCENDIENTES

#### I. INTRODUCCIÓN

En el ámbito del Derecho penal juvenil los malos tratos familiares protagonizados por los menores están proliferando últimamente de forma que como mínimo cabría calificar de preocupante. Ya la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2004, de 26 de noviembre subrayaba como apunte criminológico, *el dato constatable de la incidencia que en el ámbito del Derecho penal juvenil tienen los malos tratos familiares protagonizados por los menores, en la mayoría de los casos adolescentes varones, hacia sus progenitores, normalmente la madre.*

Haciéndose eco de esta realidad y tratando de escudriñar sus causas, la conclusión n.º 21 de las adoptadas en el seno de la Reunión sobre violencia doméstica de Fiscales españoles e iberoamericanos celebrada en Madrid los días 16 a 18 de octubre de 2002 destacaba que *entre las causas de la violencia de adolescentes contra sus progenitores se encuentran las siguientes: una sociedad permisiva que educa a los niños en sus derechos, pero no en sus deberes, donde ha calado de forma equívoca el lema «no poner límites» y «dejar hacer», abortando una correcta maduración, así como el hecho de que hay padres que no sólo no se hacen respetar, sino que menoscaban la autoridad de los maestros, la policía o de otros ciudadanos cuando en defensa de la convivencia reprenden a sus descendientes.*

En efecto, las causas de estos comportamientos violentos radican en deficiencias del proceso educativo de sus autores, más que en otras causas habitualmente asociadas a la delincuencia juvenil como puedan ser las relacionadas con la marginalidad. La etiología de estos comportamientos suele corresponder a la ausencia de unos patrones o reglas de conducta adecuados en el núcleo familiar, sin imposición de lími-

tes y normas, generando carencias educativas (teoría de la laxitud) o a una desacertada combinación de estilos educativos sancionadores y permisivos, que dan lugar en ocasiones a que el menor no acepte ningún control. No se trata de un fenómeno asociado exclusivamente a las denominadas *broken families*, ni a familias desestructuradas, no siendo por ello infrecuente que el menor maltratador esté integrado en familias con nivel económico y social medio y alto.

Desde el punto de vista sociológico se ha apuntado que este tipo de maltrato se da fundamentalmente en casos de adolescentes masculinos en familias monoparentales, que se han criado solo con su madre y hacia la que adoptan posturas patriarcales y machistas.

No obstante, se está detectando una evolución en el perfil del menor maltratador desde el punto de vista del sexo: mientras que sigue siendo mayoritariamente la madre la víctima, cada vez se tiende a una mayor equiparación entre el número de victimarios hijos e hijas.

Suelen detectarse ciertas peculiaridades en este tipo de criminalidad. Se trata normalmente de adolescentes cuyos padres sienten la imposibilidad absoluta de enfrentarse a las situaciones que se han generado, y que pasan de comportamientos desobedientes a comportamientos claramente agresivos y violentos hacia sus padres y entorno más inmediato. Aunque existen menores maltratadores que cometen otros delitos, la mayoría circunscriben su actividad delictiva a la violencia en el ámbito doméstico para con los miembros de su entorno familiar. Es por ello esencial la existencia de recursos específicos para estos menores que permitan también un tratamiento individualizado y focalizado hacia la singular problemática que presentan.

Deben en todo caso discriminarse los supuestos en los que el menor incurre en conductas de maltrato propiamente delictivas, de aquellas otras que, reflejando un conflicto o crisis familiar, no son susceptibles de tipificación penal y correlativamente impiden cualquier intervención desde el ámbito de la justicia juvenil. Son frecuentes las denuncias que relatan problemas conductuales atípicos (inasistencia a los centros de enseñanza, incumplimiento de los horarios establecidos por los progenitores, ausencia absoluta de disciplina en el seno del hogar, fugas etc...). Estos supuestos, que podrían englobarse dentro del grupo de comportamientos etiquetados por la doctrina anglosajona bajo la categoría de *status offenders* y que permitían la intervención del sistema de reforma en los modelos tutelares, han sido definitivamente desterrados de nuestra justicia juvenil tras la derogación de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores.

En estos casos debe optarse por la derivación hacia las instituciones de protección de menores, evitando la confusión entre la esfera sancionadora educativa y la esfera protectora.

Por otra parte, no es infrecuente que los ascendientes víctimas de maltrato acudan a la Fiscalía en demanda de orientación, sin voluntad de formular denuncia y judicializar el conflicto. Dado que algunas Comunidades Autónomas disponen de programas para abordar, al margen del proceso penal, los problemas de agresividad de los adolescentes hacia sus ascendientes, las Secciones de Menores deberán disponer de toda la información sobre estos programas extrajudiciales a fin de orientar en su caso a quienes puedan ser sus destinatarios.

El fenómeno de los malos tratos de los menores hacia sus ascendientes suele venir precedido de un proceso dilatado en el tiempo y que en sus primeras fases se integra por conductas que aun no teniendo relevancia penal, ponen de manifiesto una situación de riesgo que debe ser abordada desde los servicios sociales e instituciones de protección de menores, y en el que las intervenciones a través de terapias familiares pueden tener una eficacia preventiva indiscutible.

La intervención terapéutica en las primeras fases puede evitar las posteriores actuaciones –siempre más traumáticas– desde el sistema de Justicia Juvenil. Por ello, cuando un menor de edad inferior a los 14 años sea denunciado por la comisión de estos hechos, ha de tenerse en cuenta que, pese a la exención legal de responsabilidad penal, puede concurrir un importante factor de riesgo que debe atenderse desde el sistema de protección con todos los recursos que en cada territorio autonómico estén disponibles y en la idea de que las intervenciones precoces son siempre más eficaces. Así, en todo caso antes de archivar las diligencias por ser el denunciado menor de 14 años, se informará a los padres o representantes legales de la existencia de programas extrajudiciales de posible aplicación y se ponderará la necesidad de remitir testimonio a la Entidad Pública de protección para la valoración y remedio de la situación de riesgo apreciada.

Queda al margen de la presente Circular el tratamiento de los supuestos de violencia de género en la jurisdicción de menores, teniendo en cuenta que tal manifestación delictiva, cuya incidencia en la jurisdicción especial es mucho menor, presenta unos perfiles que hacen aconsejable su tratamiento diferenciado. Igualmente, por las mismas razones, no se abordan otras manifestaciones de violencia doméstica como puede ser el maltrato entre colaterales.

## II. EL PRINCIPIO DE CELERIDAD EN LA TRAMITACIÓN DE LOS EXPEDIENTES

El principio de celeridad es uno de los principios nucleares en la ordenación del sistema de justicia juvenil. Por las propias características de los destinatarios del proceso de menores, éste debe ser especialmente ágil y breve.

En tanto la Justicia de menores tiene por objeto educar, la necesidad de conectar temporalmente la consecuencia jurídica (medida) con el hecho cometido (delito o falta) es esencial. No puede demorarse el proceso, pues ello usualmente genera el incumplimiento de los objetivos perseguidos e intervenciones inútiles o incluso contraproducentes. La filosofía socializadora que inspira el Derecho penal de menores impone la necesidad de celeridad. El transcurso del tiempo es vivido en la psique del menor de forma radicalmente distinta. Las dilaciones en este proceso especial son mucho más perturbadoras que en el proceso de adultos.

Ya el art. 22 del Reglamento de la antigua Ley de Tribunales Tutelares de Menores disponía al respecto que *las actuaciones se practicarán en el plazo más breve posible y se pondrá especial empeño en emplear fórmulas sencillas y sumarias*. Este principio es asumido en el art. 40 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989 que exige que «la causa será dirimida sin demora...»; en el punto 32 de las Reglas de Beijing que postula que los casos se «tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias»; en la Recomendación n.º 87(20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa que se propone «asegurar una justicia de menores más rápida, evitando retrasos excesivos, para que ella pueda tener una acción educativa eficaz» y en el art. 10.2 b) del Pacto Internacional de 19 diciembre 1966 de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que «los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento».

Recientemente insiste en esta idea el punto 14 de la Recomendación (2003) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa *sobre nuevas formas de la delincuen-*

*cia juvenil y el papel de la justicia juvenil*, subrayando la necesidad de combinar la celeridad con los requerimientos del proceso debido.

En la misma línea se sitúa la Observación General n.º 10(2007) del Comité de Derechos del Niño, en su punto 52. Tal principio –pese a no ser expresamente asumido– tiene un claro reflejo en la LORPM, que regula de forma estricta los plazos para las distintas actuaciones procesales. La Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2000 ya declaraba al respecto que [...] *el proceso penal que tiene por sujeto pasivo al menor de edad exige una actitud institucional que huya de la conformista aceptación de que los plazos legales resultan, al fin y a cabo, inexigibles*.

Además del respeto a los plazos legalmente previstos, la fase de instrucción debe ser muy breve y simplificarse al máximo, y ello pese a que la LORPM no establece ningún límite temporal expreso para su sustanciación.

Si estas consideraciones son aplicables a cualquier procedimiento sustanciado conforme a la LORPM, cuando los hechos investigados son relativos a violencia doméstica, deben alcanzar la máxima exigibilidad. En efecto, en este tipo de delitos habitualmente la denuncia es el corolario de una larga cadena de hechos que desembocan en situaciones familiares insostenibles necesitadas de una intervención inmediata.

A fin de preservar la celeridad en la tramitación deberá reflejarse en la carátula inicial que el delito investigado se refiere a violencia doméstica y las Sras./Srs. Fiscales imprimirán la mayor agilidad a todos los trámites y fases procesales, instando también a los Equipos Técnicos a la elaboración más pronta posible del informe previsto en el art. 27.1 de la LORPM.

Esta necesidad de intervención inmediata debe tener también reflejo en la utilización de medidas cautelares en protección de la víctima. Cuando ésta toma la decisión –ciertamente difícil– de denunciar a un ser querido, lo hace como *última ratio* y en la confianza de que va a obtener –al menos– protección de la Autoridad Pública. Defraudar esas moderadas expectativas puede generar la inhibición de la víctima ante ulteriores requerimientos para que colabore con la Administración de Justicia.

### III. FASE DE INSTRUCCIÓN

#### III.1 **Iniciación. Recepción de la *notitia criminis***

Además de los supuestos de denuncias expresas de progenitores o vecinos podrá venirse en conocimiento de este tipo de hechos por la recepción de partes médicos de los hospitales.

Suele ser relativamente frecuente que se presenten sucesivas denuncias ante la reiteración de hechos violentos. Ello puede –y debe– generar una investigación de los nuevos hechos delictivos, siendo necesario como regla general que se tramiten en el mismo expediente, para facilitar una respuesta global armónica y coherente con la problemática que presente el menor.

En cuanto al momento procesal a partir del cual no será posible acumular hechos, es de interés el texto del Proyecto de LORPM, que daba pautas claras al respecto: «se incoará un expediente por cada menor expedientado, en el cual se incluirán todos los hechos realizados por el mismo, así como los hechos conexos cometidos durante la instrucción. De igual modo se tramitarán las diligencias en el Juzgado de Menores». Parece claro que lo más conveniente al interés del menor es que, en la medida de lo

posible, en el mismo procedimiento se acumulen los distintos hechos que le sean imputados, con el fin de dar una respuesta conjunta y proporcionada. La fragmentación y multiplicación de procedimientos es sin duda indeseable. Estos principios sin embargo deben compatibilizarse con la necesidad de racionalizar la tramitación de los procedimientos, por lo que ha de llegar un momento procesal a partir del cual debe cesar la posibilidad de acumular. Tratando de alcanzar una solución equilibrada, ponderando los intereses en conflicto, deberá dejarse abierta la posibilidad de acumular durante toda la instrucción. Finalizada ésta, ya no debe retrotraerse el procedimiento, pues se generarían retrasos y posibles indefensiones en cuanto a la concreción de la imputación. En todo caso, para unificar la respuesta educativo-sancionadora deberá, en fase de ejecución, si el nuevo expediente desemboca en una nueva sentencia condenatoria, promoverse un incidente de acumulación.

No cabe duda que la solicitud de adopción de una orden de protección frente a un menor por presuntos malos tratos, pese a su ineficacia para abrir el procedimiento previsto en el art. 544 ter LECrim, ajeno al ámbito de la LORPM, será perfectamente admisible como vehículo transmisor de la *notitia criminis* a efectos de abrir el procedimiento de menores.

En los supuestos en los que el menor sea detenido, la previsión de notificación inmediata al Fiscal del hecho de la detención y del lugar de custodia, contenida en el art. 17.3 LORPM, adquiere toda su significación. Esta notificación tiene en general una extraordinaria importancia, pues a su través puede –y debe– el Fiscal controlar la legalidad de la detención, de modo que si considera que, a la vista de la escasa gravedad del delito cometido o de las circunstancias personales, familiares o sociales del menor lo procedente es la inmediata puesta en libertad, debe ordenarlo así a la Fuerza actuante, sin dilatar tal decisión al momento de la puesta a disposición.

Pues bien, en los supuestos de detención por violencia contra los ascendientes, el Fiscal que reciba la notificación deberá exigir de la Fuerza actuante que le comunique todos los datos relevantes de los que se ha hecho acopio, a fin de instar la puesta a disposición o la libertad del detenido. Si los hechos tienen suficiente entidad será conveniente, como pauta general, ordenar a la Fuerza actuante la puesta a disposición del menor. Esta puesta a disposición traerá también importantes beneficios, en relación con la rápida tramitación del expediente y a fin de calibrar la conveniencia de adoptar una medida cautelar, a cuyos efectos será también conveniente realizar una instrucción acelerada en la propia guardia, oyendo en declaración no sólo al menor detenido sino también a los familiares afectados y posibles testigos de los hechos.

## III.2 Medidas cautelares

### III.2.1 Ideas generales

La tendencia en pro de los derechos de la víctima en el proceso penal de menores, ya patente en la redacción original de la LORPM e incrementada en la reforma introducida por LO 15/2003, de 25 noviembre, ha recibido un nuevo impulso con la reforma operada por LO 8/2006, de 4 de diciembre, hasta el punto de que el fortalecimiento de ésta es la clave de bóveda de la modificación legal.

Esta tendencia tiene también traducción específica en cuanto a la tutela cautelar. La reforma 8/2006 dispone en su Exposición de Motivos que *se incorpora como causa para adoptar una medida cautelar el riesgo de atentar contra bienes jurídicos de la víctima, y se establece una nueva medida cautelar consistente en el alejamiento de la víctima o su familia u otra persona que determine el juez.*

En efecto, el art. 28 LORPM, en su nueva redacción incorpora como específica finalidad de la tutela cautelar en el proceso penal de menores *el riesgo de atentar contra los bienes jurídicos de la víctima*.

La imperiosa necesidad de dar en estos supuestos de violencia familiar una respuesta rápida –sin perjuicio de la necesidad de analizar cada caso concreto– hace generalmente aconsejable adoptar una medida cautelar.

Incluso podría decirse que en los supuestos de malos tratos habituales la tutela cautelar, pese a su carácter instrumental, es más importante que la tutela declarativa que pueda otorgarse en la sentencia de fondo, pues en los primeros momentos del procedimiento, cuando el maltratado se decide a dar el paso y denunciar los hechos, el riesgo de que las agresiones se intensifiquen se incrementa considerablemente, por lo que las primeras medidas de protección pueden ser vitales.

Con la presentación de la denuncia el conflicto familiar adquiere una nueva dimensión. Los niveles previos de tensión emocional se alteran y a menudo se incrementan como consecuencia de las primeras intervenciones de las instancias públicas. Este factor debe igualmente ser valorado, a la hora de promover la adopción de una u otra medida cautelar.

A tales efectos puede acudirse a una pluralidad de medidas cautelares, cuya concreta selección habrá de tamizarse a través del principio del superior interés del menor y de las necesidades de protección de las víctimas.

Es importante subrayar que las medidas cautelares no privativas de libertad no están sometidas a un plazo límite de duración, pudiendo prolongarse hasta la sentencia sin necesidad de prórroga expresa. Por tanto, estas medidas podrán mantenerse –y ello debe ser lo usual– durante toda la instrucción y fase de enjuiciamiento, así como durante la fase de impugnación si la sentencia es condenatoria, hasta la firmeza de la misma. Todo ello ha de entenderse sin perjuicio de dejarlas sin efecto en cualquier momento anterior en cuanto se desvanezcan los indicios o los factores socioeducativos y familiares que motivaron su adopción, a cuyo fin será esencial un riguroso control de las vicisitudes de la causa.

La especificidad de esta modalidad de tutela cautelar, no orientada a neutralizar el riesgo de fuga sino a iniciar una inaplazable intervención educativa con el menor, hace de todo punto improcedente la fijación en la resolución judicial de plazos breves de extensión temporal. Es más, la predeterminación temporal de la duración de la medida cautelar en medio abierto resulta incompatible con su carácter cautelar, provisional e instrumental y con su especial dimensión educativa.

A los efectos de un adecuado control de la medida cautelar impuesta debe mantenerse la vigencia del mandato que se contenía en la Instrucción 2/2000, de 27 diciembre sobre *aspectos organizativos de las Secciones de Menores de los Fiscales ante la entrada en vigor de la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores*. Entonces se estableció la necesidad de llevanza de un Libro de menores sujetos a medidas con el fin de asegurar el control de los menores contra los que se acuerde medidas cautelares durante la tramitación del expediente, impliquen o no privación de libertad, así como la necesidad de que el Fiscal instructor, responsable del seguimiento de la situación personal del menor, dé tramitación preferente al expediente con menor sometido a medidas y refleje en la carátula inicial la medida cautelar adoptada.

Por otro lado, la víctima de violencia doméstica en el proceso penal de menores tendrá derecho a estar informada de los actos procesales –y por ende de la adopción de medidas cautelares y de su cese– cuando puedan afectar a su seguridad. Establece expresamente el párrafo quinto del art. 4 LORPM que *«el secretario judicial deberá comunicar a las víctimas y perjudicados, se hayan o no personado, todas aquellas*

*resoluciones que se adopten tanto por el Ministerio Fiscal como por el Juez de Menores, que puedan afectar a sus intereses».*

### III.2.2 La libertad vigilada

Como tuvo ocasión de pronunciarse la Fiscalía General del Estado en su Consulta 3/2004, de 26 de noviembre *sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores* «cabe imponer el alejamiento del menor maltratador respecto de la víctima como regla de conducta de la medida cautelar de libertad vigilada, orientada ésta globalmente al interés del menor dentro del contexto del proceso educativo del mismo» y «la medida cautelar de libertad vigilada acompañada de la regla de conducta consistente en el alejamiento respecto de la víctima no estará temporalmente limitada, pudiendo mantenerse durante todo el curso del proceso hasta la sentencia firme, sin perjuicio de la obligación de los Fiscales de evitar su prolongación innecesaria, instando su alzamiento tan pronto desaparezca la causa justificadora de las mismas.»

Tras la reforma 8/2006 expresamente se acoge dentro de la regulación de la medida de libertad vigilada una cláusula para evitar el efecto «desamparo» que esta medida pudiera arrastrar al alejar al menor de su núcleo familiar, por lo que puede decirse que la Ley sigue admitiendo el alejamiento a través de las reglas de conducta de la libertad vigilada.

En los casos en los que el menor sujeto a la medida de libertad vigilada –cautelar o definitiva– sea destinatario a su vez de un acogimiento residencial acordado por la Entidad Pública de Protección de Menores, puede ser aconsejable que a través de las reglas de conducta de la medida de reforma se le imponga la obligación de residir en el centro de protección. De esta forma se refuerza el respeto en el cumplimiento de la medida tutelar. Deberá en todo caso quedar claro que tal regla de conducta tendrá su vigencia subordinada al mantenimiento de la medida de protección por la Entidad Pública competente.

Otras reglas de conducta que pueden ser especialmente aconsejables serán las de obligación de seguir una terapia familiar, o una terapia de desintoxicación, en su caso; la obligación de acudir al centro educativo o a talleres y las reglas tendentes a lograr una debida estructuración del ocio y tiempo libre.

### III.2.3 Alejamiento

Cabrá también optar por el alejamiento *strictu sensu*, pues el nuevo art. 28 LORPM dispone que las medidas cautelares «podrán consistir en [...] prohibición de aproximarse o comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez».

La medida del mismo nombre imponible en sentencia dibuja con mayor nitidez sus contornos, y así el art. 7 dispone en su letra i) que esta medida impedirá al menor acercarse a las víctimas «en cualquier lugar donde se encuentren, así como a su domicilio, a su centro docente, a sus lugares de trabajo y a cualquier otro que sea frecuentado por ellos. La prohibición de comunicarse con la víctima, o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impedirá al menor establecer con ellas, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual».

Para dar una solución a los efectos de desamparo o de riesgo que pudiera generar esta medida se establece que si la misma *implicase la imposibilidad del menor de continuar viviendo con sus padres, tutores o guardadores, el Ministerio Fiscal deberá remitir testimonio de los particulares a la entidad pública de protección del menor, y*

*dicha entidad deberá promover las medidas de protección adecuadas a las circunstancias de aquél, conforme a lo dispuesto en la Ley Orgánica 1/1996.*

En este punto la Circular 1/2007, de 26 de noviembre, *sobre criterios interpretativos tras la reforma de la Legislación Penal de Menores de 2006* considera con carácter general preferible articular el alejamiento a través de la libertad vigilada, al entender que ésta «tiene un mejor anclaje con los principios inspiradores de la LORPM, pues adoptado bajo el paraguas de la libertad vigilada podrá revestirse de unos contenidos educativos de los que carece el puro y simple alejamiento».

En otro punto, la misma Circular 1/2007 considera que *el contenido del alejamiento cautelar puede integrarse bien por la prohibición de aproximarse, bien por la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el Juez, bien por ambas... Si en el caso concreto se considera que el alejamiento cautelar debiera tener otros contornos (v.gr. prohibición de residencia) habrá de articularse a través de la medida cautelar de libertad vigilada.*

Las peticiones de alejamiento de los familiares, tanto en la modalidad cautelar como en la medida definitiva, deberán incorporar una cláusula para facilitar las terapias familiares, pieza básica en la ejecución de las mismas. A tal fin, cuando se solicite el alejamiento, ya como medida autónoma, ya como regla de conducta de la libertad vigilada, deberá simultáneamente interesarse que en la resolución acordándolo se haga constar que la medida no excluirá los contactos del menor con la familia cuando los técnicos encargados de la ejecución los consideren convenientes con el fin de desarrollar terapias familiares.

#### III.2.4 Convivencia con grupo familiar o educativo

Un buen número de Fiscalías en sus respectivas Memorias coinciden en señalar la gran efectividad de esta medida tanto en su dimensión cautelar como propiamente sancionadora-educativa para los supuestos de delitos de violencia doméstica cuando es necesario extraer al menor del domicilio, si no procede el ingreso en régimen de internamiento.

Esta medida, de nuevo en sus dos dimensiones, puede combinarse con la de alejamiento, de modo que a la vez que se pacifica la crisis familiar, se dota a las víctimas de un instrumento protector.

La convivencia con grupo familiar puede articularse, cuando las circunstancias familiares lo permiten, colocando al menor en un hogar distinto dentro de su familia extensa, lo que, para determinados supuestos puede ser una solución de fácil ejecución, eficaz a los fines perseguidos y escasamente traumática tanto para el menor como para su familia nuclear.

Cuando no es posible o adecuada la convivencia con grupo familiar dentro de la familia de los menores, la medida puede articularse por medio de pisos de convivencia, recursos residenciales a medio camino entre la libertad y el internamiento en centro, normalmente integrados en la vecindad, en los que tras un período de observación, se establece un programa de actividades en las que se incluye la educación reglada, de una u otra índole, y el tratamiento psicológico adecuado a la problemática del menor, en el que también se integra posteriormente al núcleo familiar.

A la adopción de esta medida cautelar deben hacerse extensivas las pautas que para el alejamiento cautelar se impartieron desde la Fiscalía General del Estado en la Consulta 3/2004, de 26 de noviembre, *sobre la posibilidad de adoptar la medida cautelar de alejamiento en el proceso de menores*: «no puede desconocerse que como norma general, por las implicaciones de la medida y su complejidad y con la finalidad de valorar adecuadamente el interés del menor, será aconsejable la celebración de comparecencia». La celebración de esta comparecencia viene, en este caso, especial-

mente indicada, además, por la necesidad de calibrar *la predisposición mostrada por el menor para la convivencia y, en su caso, la opinión de los representantes legales* (art. 19.3 Real Decreto 1774/2004, de 30 de julio, por el 17 que se aprueba el Reglamento de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en adelante RLORPM).

Aunque la voluntad conforme del menor no es exigencia legal para la imposición de la convivencia, su concurrencia será decisiva en el éxito de una intervención de fuerte contenido terapéutico. Por ello, a la hora de optar por esta medida y para optimizar un recurso generalmente escaso, las Sras./Sres. Fiscales valorarán debidamente el grado de asentimiento del menor.

### III.2.5 Internamiento cautelar

La medida de internamiento, tanto en su vertiente cautelar como en su modalidad de medida definitiva, debe utilizarse como *ultima ratio*.

Esto no obstante, al igual que ha ocurrido con la reforma de la prisión provisional en el proceso penal de adultos, tras la nueva redacción que la LO 8/2006 ha dado al art. 28 LORPM cabe adoptar la medida cautelar con fundamento en la protección de la víctima. En efecto, la Circular 1/2007 opta por una exégesis flexible del nuevo art. 28 LORPM, declarando que *interpretando sistemáticamente los apartados primero y segundo del nuevo art. 28, y de conformidad con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre los fines de las medidas cautelares, puede entenderse que serán fines susceptibles de ser perseguidos con el internamiento cautelar el de evitar nuevos atentados contra bienes jurídicos de la víctima*.

En todo caso la aplicación de la medida cautelar de internamiento, especialmente en su modalidad de cerrado, habrá de restringirse conforme a los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, subsidiariedad y provisionalidad, que si rigen en el proceso penal en general, en el especial de menores aún tienen mayor rango y operatividad.

### III.2.6 Otras medidas

Si bien debe partirse de que no cabe aplicar las disposiciones del art. 544 ter LECrim al proceso penal de menores, ni en cuanto al procedimiento ni en cuanto a las medidas cautelares susceptibles de ser acordadas (vid. Consulta 3/2004), las eventuales lagunas derivadas de esta interpretación pueden colmarse con la aplicación del art. 158 CC para *apartar al menor de un peligro o de evitarle perjuicios*, pues de acuerdo con el párrafo último de dicho precepto todas las medidas que contempla *podrán adoptarse dentro de cualquier proceso civil o penal o bien en un procedimiento de jurisdicción voluntaria*. Además debe recordarse que el contenido de estas medidas puede ser muy amplio, no estando *a priori* cerrado, pues se introduce al final una cláusula *–disposiciones que considere oportunas– de numerus apertus*.

Cabe también en los supuestos en los que se detecta la imposible convivencia del menor con los padres, si no procede una medida cautelar propiamente penal, promover una guarda judicial con ingreso del menor en un centro de acogida, conforme a los arts. 158 y 172.2 CC.

## III.3 Diligencias de investigación

No ha de olvidarse que si el menor es detenido, su declaración no deberá tener lugar con asistencia de sus representantes legales (art. 17.2 LORPM), si éstos son los

denunciantes, pues concurriría una situación de flagrante conflicto de intereses, debiendo suplirse tal asistencia conforme a las vías ordinarias.

Desde una perspectiva criminológica, las Sras./Sres. Fiscales habrán de tener presente que en el supuesto ordinario de recepción de la *notitia criminis*, esto es, la denuncia de los progenitores-víctimas de los malos tratos, deberán desplegar toda la sensibilidad requerida en el tratamiento de unas personas que normalmente, cuando dan el paso de denunciar a sus descendientes, se encuentran totalmente desbordadas, derrotadas e impotentes, conscientes de su fracaso como padres y con un dolor insondable por denunciar a su hijo.

Ilustrativa resulta la observación contenida en la Memoria de la Fiscalía General del Estado correspondiente a 2001, que reseñaba cómo para estos casos alguna Fiscalía había propuesto hablar de «padres desamparados.» Es en estas situaciones donde la función que el EOMF asigna al Fiscal de velar por la protección procesal de las víctimas (art. 3.10) adquiere sus más altas cotas de exigibilidad.

#### III.4 Principio de oportunidad y soluciones extrajudiciales

En primer lugar debe partirse de que difícilmente cabrá aplicar el desistimiento del art. 18 LORPM, teniendo en cuenta que normalmente concurrirá violencia o intimidación, –lo que ya excluye la posibilidad de su utilización– y además a la vista de que en estos casos precisamente es la corrección en el ámbito familiar la que falla estrepitosamente.

La reparación extrajudicial no debe descartarse *a priori*, pues, acompañada de algunas obligaciones para el menor, en supuestos con pronóstico favorable, puede ser una solución idónea, siempre susceptible de ser revocada si el denunciado incumple sus obligaciones o incurre en nuevas conductas de maltrato.

En ocasiones estará especialmente indicado el compromiso de asistencia del menor y de su grupo familiar a psicoterapia, bien sea al Centro de Salud Mental que le corresponda o a otra institución privada, siempre que pueda constatarse la efectiva asistencia y la progresión o regresión en la evolución de las relaciones domésticas.

Los mecanismos de justicia restaurativa pueden aplicarse en las manifestaciones leves o iniciales de malos tratos. En todo caso en estos supuestos habrá de trasladarse a los menores incursos en expedientes por malos tratos el mensaje nítido de que cualquier otro rebrote será objeto de una respuesta de mayor intensidad; simultáneamente habrá de hacerse saber a la víctima que no ha de dudar en poner en conocimiento de la Fiscalía cualquier ulterior conato violento, trasladándole la confianza en las instituciones.

En caso de reincidencia deberá incorporarse al nuevo expediente testimonio de lo actuado en el anterior que hubiera desembocado en la reparación extrajudicial. Los hechos respecto de los que se llevó a cabo la reparación no podrán ser tenidos en cuenta a la hora de elaborar las alegaciones ni para graduar la respuesta educativo sancionadora en el nuevo expediente, pero podrán ser un elemento a valorar para calibrar la situación familiar y para contextualizar los nuevos hechos.

La utilización de la conciliación en supuestos de escasa entidad exige que exista un ambiente de calma y un deseo común de poner fin a la situación.

No habrá de acudirse a la misma si se detecta una situación de fuerte desequilibrio entre los afectados. Por ello, no deberá utilizarse ni cuando el menor maltratador no exteriorice su firme propósito de cesar en sus actos ni cuando el maltratado, por el daño sufrido y por la razonada falta de esperanza en la mediación, se encuentre psicológicamente inhabilitado para tomar parte en el proceso.

La opción por la utilización de las soluciones extrajudiciales en estos casos, ciertamente residual por las propias dimensiones del conflicto subyacente, deberá en todo caso ir precedida por un riguroso estudio de las circunstancias psico socio educativas del menor y de su familia.

#### IV. CALIFICACIÓN JURÍDICA DE LOS HECHOS

Debe aquí especialmente hacerse un recordatorio a la reciente Consulta n.º 1/2008 conforme a la que *en el supuesto de que las conductas tipificadas en los artículos 153.2.º y 173. 2.º se cometan contra ascendientes, descendientes y hermanos, por naturaleza, adopción o afinidad, propios o del cónyuge o conviviente, entenderán como requisito necesario para la calificación de los hechos como delito que exista convivencia entre el autor y la víctima. Cuando no concurra dicho requisito los hechos a que se refiere el mencionado artículo se calificarán como falta.*

#### V. FASE DE AUDIENCIA

Si los denunciados-testigos son los progenitores del menor contra el que se dirige el procedimiento, no podrán estar presentes desde el inicio de la audiencia como acompañantes y representantes del menor (art. 35.1 LORPM), sino que habrán de aguardar fuera de la sala hasta tanto depongan como testigos.

#### VI. MEDIDAS IMPONIBLES

Desde la perspectiva de la finalidad esencialmente educativa de la intervención de la Justicia Juvenil, la idea-fuerza que preside el contenido de las medidas a imponer a menores incurso en violencia doméstica es la del respeto a los bienes jurídicos de sus ascendientes y la exclusión radical de la violencia o la intimidación como formas de solución de conflictos.

Debe también partirse de la necesidad de que el informe del Equipo Técnico sea especialmente completo y riguroso, constatando la situación familiar y del menor no sólo en el momento del hecho sino la evolución seguida y situación en el momento del enjuiciamiento, a fin de que pueda orientar la más acertada selección de la medida a imponer. A estos efectos, la percepción directa del Fiscal, a través de la intermediación en la declaración del menor y de sus familiares puede ayudar a comprender el problema (y su posible solución) en toda su dimensión.

La nueva regulación del art. 153.2 CP, tipo básico en el tratamiento de la violencia familiar, elevando a la categoría de delito infracciones antes consideradas faltas, posibilita en estos casos la imposición de medidas tales como la de libertad vigilada con la obligación de no acercarse a determinada persona o lugar, en una duración suficiente para asegurar la efectividad del tratamiento, bien la medida de convivencia con grupo educativo.

Recordemos que este tipo castiga a los que por cualquier medio o procedimiento causaren a otro de los familiares y asimilados mencionados, menoscabo psíquico o

una lesión no definidos como delito en este Código, o golpear o maltratar de obra a otro sin causarle lesión.

En estos casos la pena prevista para el maltratador adulto es la prisión de tres meses a un año o de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a ochenta días y, en todo caso, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de un año y un día a tres años.

En este contexto, debe tenerse presente que en teoría cabría imponer a un menor por este delito incluso internamiento en centro cerrado, pues conforme al art. 9.2.b) LORPM tal medida tendría acomodo pese a ser delito menos grave si en los hechos se han empleado en su ejecución violencia o intimidación en las personas. Sin embargo, debe en estos casos tenerse presentes las limitaciones derivadas del principio de proporcionalidad, expresamente asumido por el apartado segundo del art. 8 LORPM, con el *plus* derivado de que la pena prevista para los adultos en el Código Penal se acompaña de la alternativa de trabajos en beneficio de la comunidad. Ello debe llevar a una aplicación excepcional de las medidas de internamiento en estos supuestos, y en todo caso a una limitación de un año en su imposición.

Tales consideraciones no son trasladables ni a la medida de convivencia con otra persona, familia o grupo educativo (que no debe ser considerada como privativa de libertad) ni a las de libertad vigilada o alejamiento.

Incluso cuando se aplique la medida de internamiento, el programa individualizado de su ejecución debe abordar el conflicto familiar subyacente y las estrategias para tratar de superarlo.

Cualquiera que sea la medida que se imponga, puede ser combinada con la de privación de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas, ya que, conforme al art. 3.1 de la Ley 1/1970, de 4 de abril, *de Caza* «el derecho a cazar corresponde a toda persona mayor de catorce años que esté en posesión de la licencia de caza y cumpla los demás requisitos establecidos en la presente Ley».

En la mayoría de los supuestos, los menores maltratadores no suelen cometer actos delictivos fuera de su entorno familiar, por lo que generalmente será aconsejable acudir a medidas no privativas de libertad como la convivencia con grupo familiar o educativo, libertad vigilada o alejamiento, siendo adecuado para muchos de estos supuestos complementar tales medidas con la de tratamiento terapéutico de tipo ambulatorio. A tales efectos debe recordarse que tras la reforma 8/2006 no existen obstáculos para imponer más de una medida por un mismo hecho.

La medida de libertad vigilada sin alejamiento puede ser una opción cuando el deterioro familiar no haya alcanzado un grado tal que impida la convivencia en la propia familia, aunque esta opción debe ser rigurosamente fundamentada, teniendo en cuenta que si la situación es grave puede contribuir a la cronificación del problema que pretende solucionar.

Todo lo expuesto no empece para que en supuestos de habitualidad o extrema violencia, puedan aplicarse otras medidas.

Lo que no resulta aconsejable es que, ante la ausencia de recursos *ad hoc* y con el fin de articular alguna respuesta retributiva, se acuda a las medidas de internamiento en centros de reforma cuando éstos no sean adecuados para la intervención socioeducativa que la situación concreta demanda.

La experiencia demuestra que este tipo de menores requieren recursos específicos para su educación y socialización. En los supuestos de carencia de tales recursos, sin perjuicio de optar por utilizar alguna alternativa avalada por el Equipo Técnico, esta circunstancia habrá de ponerse en conocimiento del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, a fin de que se practiquen las gestiones precisas ante las autoridades respectivas para subvenir a las necesidades detectadas (art. 18.3 EOMF). En caso de

que las gestiones sean infructuosas, tales deficiencias habrán de comunicarse al Fiscal de Sala Coordinador de Menores.

Dando por reproducidas las consideraciones realizadas en el apartado dedicado a las medidas cautelares, debe destacarse como una medida aconsejable, especialmente para supuestos menos graves o incipientes de maltrato familiar, el tratamiento terapéutico, integrado por intervenciones tanto con el menor como con la propia familia, con medidas educativas, psicoterapia y actuaciones de orientación y apoyo.

A la hora de optar por la medida de convivencia en grupo educativo, habrá de tenerse especialmente en consideración si el perfil del menor se adecua a este tipo de medida no privativa de libertad. Debe partirse de que esta medida está especialmente indicada en los supuestos en que la violencia intrafamiliar, sin revestir caracteres especialmente graves, hace inviable por el momento la convivencia en el seno de la familia. Además, el menor destinatario de la misma no debe presentar una especial conflictividad ni –por lo general– estar inmerso en conductas delictivas en otros ámbitos fuera de su entorno familiar. Del mismo modo debe ponderarse que en la mayoría de las Comunidades Autónomas se trata de un recurso escaso.

Esta medida debe imponerse en extensión temporal adecuada para permitir que despliegue su dimensión terapéutica y socializadora. De acuerdo con criterios técnicos comúnmente aceptados, no deberá solicitarse la medida de convivencia con grupo educativo por un período de tiempo inferior a diez o doce meses. Será especialmente conveniente que se solicite junto con la medida de convivencia la de libertad vigilada, a ejecutar tras la finalización de la primera. Si el menor pasa, al finalizar la medida, sin un período transitorio o adaptativo, a integrarse de nuevo en su familia, hábitat donde precisamente se ha generado el conflicto, el riesgo de reincidencia se incrementa. La LORPM atribuyó una nueva función a la libertad vigilada, al concebirla como un último período de la medida de internamiento, partiendo de que no es conveniente que el menor se enfrente directamente a la vida en libertad sin ningún tipo de apoyo o de control. Se configura este segundo período como un puente o un tránsito controlado desde el internamiento hasta la plena reincorporación a su entorno. Este mismo esquema, *mutatis mutandis* sería aplicable a la medida de convivencia en grupo educativo, cuya eficacia práctica demanda la posibilidad de verificar a su término, un seguimiento efectivo de la persistencia de los objetivos logrados. Es por ello muy importante contar, al finalizar el cumplimiento de la medida, con el refuerzo educativo que puede articularse a través de la libertad vigilada, en orden a garantizar, cuando ello es aún posible, la normal reintegración del menor en el seno familiar, y en todo caso, su acceso a la autonomía personal y a la socialización.

Cuando los hechos sean susceptibles de tipificarse como de maltrato habitual (art. 173.2 CP) castigado para mayores de edad con pena de prisión de seis meses a tres años, privación del derecho a la tenencia y porte de armas de dos a cinco años, cabrá aplicar incluso la medida de internamiento en centro cerrado si se ha empleado violencia o intimidación en las personas. Pero esta solución también deberá utilizarse solamente cuando sea estrictamente necesaria y no sea desaconsejada por el informe del Equipo Técnico.

## VII. FASE DE EJECUCIÓN

En primer lugar, en supuestos de medidas privativas de libertad, no cabe descartar la utilización de la suspensión de la ejecución del fallo, pues para determinados supuestos puede ser especialmente educativo y socializador otorgar una segunda

oportunidad al menor maltratador. En estos casos habrá de tenerse especial cuidado a la hora de fijar las condiciones a las que se subordina el beneficio: en primer lugar ha de condicionarse a que el menor no sea condenado en sentencia firme por delito cometido durante el tiempo que dure la suspensión; además el menor debe asumir el compromiso de mostrar una actitud y disposición de reintegrarse a la sociedad, no incurriendo en nuevas infracciones, y finalmente debe como regla general establecerse «la aplicación de un régimen de libertad vigilada durante el plazo de suspensión o la obligación de realizar una actividad socio-educativa, recomendada por el equipo técnico o la entidad pública de protección o reforma de menores en el precedente trámite de audiencia, incluso con compromiso de participación de los padres, tutores o guardadores del menor, expresando la naturaleza y el plazo en que aquella actividad deberá llevarse a cabo» [art. 40.2.c) LORPM].

El inciso final de este precepto ofrece una vía adecuada para promover la necesaria implicación de los progenitores en la resolución del conflicto.

Es conveniente que los programas individualizados de ejecución de las medidas impuestas tengan presente la peculiaridad del delito cometido de modo que se orienten a respuestas educativas o a terapias proyectadas sobre las relaciones familiares. Incluso en ocasiones habrá de contemplar el programa la participación de los familiares o personas afectadas, cuando se haya reiniciado o vaya a reiniciarse la relación subyacente, con el objetivo último de que el restablecimiento de las correspondientes relaciones se lleve a cabo neutralizando el riesgo de recidivas en los comportamientos patológicos del menor. Por ello, las Sras./Sres. Fiscales habrán de promover tales inclusiones en los programas individualizados y habrán de controlar con rigor la efectiva ejecución conforme al programa. Debe recordarse que de acuerdo con el art. 44.2 c) para ejercer el control de la ejecución, corresponde especialmente al Juez de Menores aprobar los programas de ejecución de las medidas y que conforme al mismo precepto, el Fiscal está legitimado para instar tal control (art. 44.2 LORPM).

La ejecución habrá de ser esencialmente dinámica, muy atenta a la evolución del menor durante el desarrollo del cumplimiento de la medida, de manera que puedan, en su caso, activarse los mecanismos derivados del principio de flexibilidad: reducción, cancelación anticipada o modificación (arts. 13 y 51 LORPM). Para ello debe exigirse la rigurosa aplicación del art. 44. d) LORPM, conforme al que para ejercer el control de la ejecución, corresponde especialmente al Juez de Menores conocer de la evolución de los menores durante el cumplimiento de las medidas a través de los informes de seguimiento de las mismas. Del mismo modo habrá de ser exigida la periodicidad en la emisión de los informes prevista en el art. 13 RLORPM e incluso podrán exigirse informes adicionales, como autoriza el apartado cuarto del mismo precepto. Todos estos informes habrán de ser remitidos y estudiados por las Sras./Sres. Fiscales (art. 49 LORPM).

Las Sras./Sres. Fiscales velarán por el adecuado ejercicio de esta atribución jurisdiccional, conforme expresamente autoriza el art. 44.2 LORPM.

La dimensión terapéutica de la medida, cualquiera que sea la que se haya impuesto, debe estar orientada al restablecimiento de la normalidad en las relaciones familiares. A tales efectos es de vital importancia la progresiva recuperación de tales vínculos, con arreglo a la evolución del menor y de la situación familiar. Por ello será conveniente ir acordando paulatinamente los contactos familiares, la menor o mayor intimidad de los espacios en que se producen y su menor o mayor duración.

En relación con las previsiones del art. 51 de la LORPM ha de subrayarse la necesidad de no precipitar la modificación de la medida. Los avances en la terapia familiar deben ser interpretados desde una dimensión global del problema y no necesariamente desde la óptica del menor o de su familia, evitando incurrir en el riesgo de

que progresos no suficientemente consolidados lleven a la finalización anticipada del tratamiento con el consiguiente riesgo de regresión.

En todo caso, en los incidentes de reducción, cancelación anticipada o modificación previstos en el citado artículo, habrá de darse entrada, de haberse personado, a la acusación particular, pues el propio tenor del art. 25 g) LORPM da cobertura a tal intervención.

En relación con la posibilidad de sustituir la medida en medio abierto impuesta en supuestos de quebrantamiento debe recordarse la vigencia de las conclusiones adoptadas en la Circular 1/2009, *sobre la sustitución en el sistema de justicia juvenil de medidas no privativas de libertad por la de internamiento en centro semiabierto, en supuestos de quebrantamiento*.

Especialmente debe tenerse presente que conforme a la reseñada Circular «cuando se imponga la medida de internamiento en régimen semiabierto en sustitución de la medida no privativa de libertad, aunque subsiste la previsión contenida en el art. 50.3 LORPM (remisión de testimonio de los particulares relativos al quebrantamiento), habrá de ponderarse la conveniencia de optar entre la incoación de expediente por tal delito y el desistimiento en las Diligencias Preliminares. Teniendo en cuenta que el quebrantamiento es un delito menos grave en el que no concurre violencia o intimidación en las personas y que ordinariamente los hechos anteriormente cometidos no serán de la misma naturaleza, lo más aconsejable será el desistimiento por cumplirse las exigencias impuestas en el art. 18 LORPM para la aplicación del principio de oportunidad. Es este un recurso legal particularmente recomendable en estos casos en los que el menor infractor ha sido ya objeto de una intervención reforzada mediante el incidente de sustitución».

Si del informe final de ejecución previsto en los art. 53 LORPM y apartado 5 del art. 13 RLORPM se desprendiera que el menor sigue incurso en los factores de riesgo que le llevaron al maltrato doméstico, tales circunstancias habrán de ser comunicadas por el Juzgado a la víctima, a los efectos de que la misma pueda adoptar las medidas de autoprotección que estime oportunas.

Esta garantía adicional para la víctima deriva tanto de la nueva redacción del art. 53.1 LORPM, que prevé la notificación a la víctima del auto de archivo de la causa una vez concluida la ejecución, como de la declaración general de información a las víctimas contenida en el párrafo quinto del art. 4 LORPM.

En estos supuestos de pronóstico negativo, en tanto en cuanto pueden tener impacto en la estructura familiar, generando cuanto menos una situación de riesgo, habrá también de activarse el mecanismo previsto en el art. 53.2 LORPM: *el Juez, de oficio o a instancia del Ministerio Fiscal o del letrado del menor, podrá instar de la correspondiente entidad pública de protección o reforma de menores, una vez cumplida la medida impuesta, que se arbitren los mecanismos de protección del menor conforme a las normas del Código Civil, cuando el interés de aquél así lo requiera*.

## VIII. CONCLUSIONES

1.º Deben discriminarse los supuestos en los que el menor incurre en conductas de maltrato típicas, de aquellos otros que, reflejando un conflicto o crisis familiar, no son susceptibles de subsunción penal y correlativamente impiden cualquier intervención desde el ámbito de la justicia juvenil. En estos casos debe optarse por la derivación hacia las instituciones de protección de menores, evitando la confusión entre la esfera sancionadora educativa y la esfera protectora.

2.º Cuando los ascendientes víctimas de maltrato acudan a la Fiscalía en demanda de orientación, sin voluntad de formular denuncia, se les orientará puntualmente sobre los programas desplegados en cada territorio autonómico para abordar, preventivamente y al margen del proceso penal, los problemas de agresividad de los adolescentes hacia sus ascendientes. La existencia de tales programas se tomará especialmente en consideración a la hora de remitir a la autoridad administrativa de protección de menores, testimonios de las denuncias formuladas contra menores de 14 años por violencia contra sus ascendientes, como indicador de su situación de riesgo.

3.º El principio de celeridad es uno de los principios nucleares en la ordenación del sistema de justicia juvenil. Si tal principio puede entenderse aplicable a cualquier procedimiento sustanciado conforme a la LORPM, cuando los hechos investigados son relativos a violencia doméstica, el mismo debe alcanzar una tonalidad especialmente intensa en cuanto a su riguroso seguimiento, pues en este tipo de delitos habitualmente la denuncia es el corolario de una larga cadena de hechos que desembocan en situaciones familiares insostenibles necesitadas de una intervención inmediata. A fin de preservar la celeridad en la tramitación deberá reflejarse en la carátula inicial que el delito investigado se refiere a violencia doméstica.

4.º La imperiosa necesidad de dar en estos supuestos de violencia familiar una respuesta rápida –sin perjuicio de la necesidad de analizar cada caso concreto– hace generalmente aconsejable adoptar alguna de las medidas cautelares previstas en la LORPM. La concreta selección de la medida a aplicar habrá de tamizarse a través del principio del superior interés del menor y de las necesidades de protección de las víctimas, conforme a los presupuestos y requisitos previstos en los arts. 28 y 29 LORPM.

5.º La solicitud de adopción de una orden de protección frente a un menor por presuntos malos tratos, pese a su ineficacia para abrir el procedimiento previsto en el art. 544 ter LECrim, es perfectamente admisible como vehículo transmisor de la *notitia criminis* a efectos de abrir el procedimiento de menores.

6.º La medida de convivencia con grupo familiar o educativo puede tener gran efectividad tanto en su dimensión cautelar como propiamente sancionadora-educativa para los supuestos de delitos de violencia doméstica cuando es necesario extraer al menor del domicilio, si no procede el ingreso en régimen de internamiento.

7.º Las medidas cautelares no privativas de libertad no están sometidas a un plazo límite de duración, pudiendo prolongarse hasta la sentencia sin necesidad de prórroga expresa. Por tanto, estas medidas podrán durar durante toda la instrucción y la fase de enjuiciamiento, así como durante la fase de impugnación si la sentencia es condenatoria, hasta la firmeza de la misma. Todo ello ha de entenderse sin perjuicio de dejarlas sin efecto en cualquier momento anterior en cuanto se desvanezcan los indicios o los factores socioeducativos y familiares que motivaron su adopción, a cuyo fin se torna esencial el riguroso control de las vicisitudes de la causa. Debe considerarse que la predeterminación temporal de la duración de la medida cautelar en medio abierto es incompatible con su carácter cautelar, provisional e instrumental y con su especial dimensión educativa.

8.º Las peticiones de alejamiento de los familiares, tanto en la modalidad cautelar como en la medida definitiva, deberán incorporar una cláusula para facilitar las terapias familiares, pieza básica en la ejecución de las medidas. A tal fin, cuando se solicite el alejamiento, ya como medida autónoma, ya como regla de conducta de la libertad vigilada, deberá simultáneamente interesarse que en la resolución acordándolo se haga constar la posibilidad de los contactos del menor con la familia cuando los técnicos encargados de la ejecución los consideren convenientes para el desarrollo de terapias familiares.

9.º La aplicación de la medida cautelar de internamiento, especialmente en su modalidad de cerrado, habrá de restringirse conforme a los principios de excepcionalidad, proporcionalidad, subsidiariedad y provisionalidad, que si rigen en el proceso penal en general, en el especial de menores aún tienen mayor rango y operatividad.

10.º La víctima de violencia doméstica en el proceso penal de menores tendrá derecho a estar informada de los actos procesales –y por ende de la adopción de medidas cautelares y de su cese– cuando puedan afectar a su seguridad.

11.º Si el menor es detenido, su declaración no deberá tener lugar con asistencia de sus representantes legales (art. 17.2 LORPM), si éstos son los denunciante, pues concurriría una situación de flagrante conflicto de intereses, debiendo suplirse tal asistencia conforme a las vías ordinarias.

12.º No cabrá aplicar el desistimiento del art. 18 LORPM, teniendo en cuenta que normalmente concurrirá violencia o intimidación, –lo que ya excluye la posibilidad de su utilización– y además a la vista de que en estos casos precisamente es la corrección en el ámbito familiar la que falla estrepitosamente.

13.º Cabrá, residualmente y en los supuestos de menor entidad, aplicarse una reparación extrajudicial pues, acompañada de algunas obligaciones para el menor, en supuestos con pronóstico favorable, puede ser una solución idónea, siempre susceptible de ser revocada si el denunciado incumple sus obligaciones. En todo caso, tal solución deberá ir precedida y avalada por un riguroso estudio de la situación familiar.

14.º Si los denunciante-testigos son los progenitores del menor contra el que se dirige el procedimiento, no podrán estar presentes desde el inicio de la audiencia como acompañante y representantes del menor (art. 35.1 LORPM), sino que habrán de aguardar fuera de la sala hasta tanto depongan como testigos.

15.º Cualquiera que sea la medida que se imponga, puede ser combinada con la de privación de las licencias administrativas para caza o para uso de cualquier tipo de armas.

16.º En la mayoría de los supuestos, los menores maltratadores no suelen cometer actos delictivos fuera de su entorno familiar, por lo que generalmente será aconsejable acudir a medidas no privativas de libertad como la convivencia con grupo familiar o educativo, libertad vigilada o alejamiento, siendo adecuado para muchos de estos supuestos complementar tales medidas con la de tratamiento terapéutico de tipo ambulatorio. A tales efectos debe recordarse que tras la reforma 8/2006 no existen obstáculos para imponer más de una medida por un mismo hecho.

17.º La experiencia demuestra que este tipo de menores requieren recursos específicos para su educación y socialización. En los supuestos de carencia de tales recursos, sin perjuicio de optar por utilizar alguna alternativa avalada por el Equipo Técnico, habrán de ser puestos en conocimiento del Fiscal Superior de la Comunidad Autónoma, a fin de que se practiquen las gestiones precisas ante las autoridades respectivas para subvenir a las necesidades detectadas (art. 18.3 EOMF). En caso de que las gestiones sean infructuosas, tales deficiencias habrán de comunicarse al Fiscal de Sala Coordinador de Menores.

18.º No deberá solicitarse la medida de convivencia con grupo educativo por un período de tiempo inferior a diez o doce meses. Será especialmente conveniente que se solicite junto con la medida de convivencia la de libertad vigilada, a ejecutar tras la finalización de la primera. Si el menor pasa, al finalizar la medida, sin un período transitorio o adaptativo, a integrarse de nuevo en su familia, núcleo donde precisamente se ha generado el conflicto, el riesgo de reincidencia se incrementa. La LORPM atribuyó una nueva función a la libertad vigilada, al concebirla como un último período de la medida de internamiento, partiendo de que no es conveniente que el menor se enfrente directamente a la vida en libertad sin ningún tipo de apoyo o de control. Se configura

este segundo período como un puente o un tránsito controlado desde el internamiento hasta la plena reincorporación a su entorno. Este mismo esquema, *mutatis mutandis* sería aplicable a la medida de convivencia en grupo educativo, pues es conveniente contar, al finalizar la misma, con un refuerzo educativo a través de la libertad vigilada en orden a facilitar la más eficaz socialización del menor en el seno familiar.

19.º Debe partirse de la conveniencia de que los programas individualizados de ejecución de las medidas impuestas tengan presente la peculiaridad del delito cometido de modo que se orienten a respuestas educativas o a terapias proyectadas sobre las relaciones familiares. Las Sras./Sres. Fiscales habrán de promover tales inclusiones en los programas individualizados y habrán de controlar con rigor la efectiva ejecución conforme al programa.

20.º Si del informe final de ejecución previsto en los art. 53 LORPM y apartado 5 del art. 13 del Reglamento 1774/2004, de 30 de julio se desprendiera que el menor sigue incurso en los factores de riesgo que le llevaron a cometer actos de violencia doméstica o, tales circunstancias habrán de ser comunicadas por el Juzgado a la víctima, a los efectos de que la misma pueda adoptar las medidas de autoprotección que estime oportunas.

En estos supuestos de pronóstico negativo, en tanto en cuanto pueden tener impacto en la estructura familiar, generando cuanto menos una situación de riesgo, habrá también de activarse el mecanismo previsto en el art. 53.2 LORPM, comunicando la situación a la Entidad Pública de Protección de Menores.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de abordar eficazmente la problemática derivada de la comisión por menores de delitos de malos tratos contra sus ascendientes, las Sras. /Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Instrucción.

## CIRCULAR 3/2010, 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 artículo 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 artículos 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 artículo 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 artículo 9.3 de la Constitución al establecer *la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables* y que se recoge también en los artículos 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.ª 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.ª, 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 cual es la Ley penal más favorable.

### 3. SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL PROCESO DE REVISIÓN

La disposición transitoria 2.ª 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 la 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 coherente 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 artículo 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 artículo 77, la pena más grave en su mitad superior coincide con la pena prevista en el nuevo apartado 2.º del artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 250 se recogen, con idéntico contenido que en su redacción anterior, en el número 4 del nuevo artículo 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 artículo 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 artículo 248 en relación con el artículo 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 artículo 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 artículo 270 y 2.º del artículo 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 artículos 271 y 276 respectivamente. Además se configura una nueva figura de falta, incardinada en el artículo 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 artículo 270.1 y 274.2 dado que los modificados artículos 270 y 274, y el propio artículo 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 artículos 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 artículo 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 artículo 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 artículo 785.1, párrafo 2.º, inciso 2.º, en relación con el artículo 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 artículo 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 artículo 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 mas favorable al reo.

En lo que a dichos apartados 1 y 2 del artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículos 369 bis y 370.

Ningún problema plantea este nuevo párrafo 2.º del artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 369.

En lo que atañe a las circunstancias previstas en el apartado 1.º del artículo 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 artículos 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 artículo 369. Se configura por tanto como una agravación de 2.º grado en el nuevo artículo 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 artículo 369 bis, es inferior al que correspondería conforme a lo dispuesto en el antiguo artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 368.

En aplicación de lo dispuesto en el nuevo apartado 2.º del artículo 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 la sentencias condenatorias recaídas por hechos de esta naturaleza cuando, en aplicación de lo establecido en el modificado artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 370 quedan también afectados por la reforma ya que la pena prevista para los mismos se fija en atención a las establecidas en el artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 triplo 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 artículos 379 y 384. También ha suprimido el apartado 3 del

artículo 381 cuyo contenido pasa a integrar el nuevo artículo 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 artículo 381, haciendo expresa remisión a lo previsto tanto en el artículo 127 como al 128 del CP. Por último, la reforma añade un nuevo artículo 385 ter que, para los supuestos regulados en los artículos 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 artículos 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 artículo 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 artículos 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 artículo 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 artículo 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 artículos 270 y 274 y en los delitos contra la salud pública en el apartado 2.º del artículo 368.

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

Las modificaciones introducidas en el artículo 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 artículo 399 bis se tipifican los supuestos de falsifica-

ción 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 artículo 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 artículo 386 en relación con el artículo 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 artículo 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.

Habrà que tener en cuenta que, aun cuando el artículo 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 típica 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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 artículo 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, hiciera 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.ª 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 artículo 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 artículo 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 artículos 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 artículo 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 artículo 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 trata de seres humanos, en cuyo artículo 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 artículo 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.º 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 artículo 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 cual 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 artículo 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, redundaría 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 el recurso 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.

Por lo expuesto, las Sras. y Sres. Fiscales en el ejercicio de sus funciones velarán por el cumplimiento de la presente Circular.