

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 1/1996, de 23 de febrero, sobre el régimen transitorio del Código Penal de 1995. (Revisión de sentencias).

Referencia: FIS-C-1996-00001

I. INTRODUCCIÓN

La entrada en vigor del nuevo Código Penal se producirá una vez transcurra el período de seis meses de *vacatio legis*, según establece la disposición final séptima de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre (publicada en el «Boletín Oficial del Estado» de fecha 24 de noviembre de 1995). A tenor de la interpretación jurisprudencial sobre el art. 5 del Código Civil, que establece que el cómputo del plazo fijado en meses se hará «de fecha a fecha», la entrada en vigor del nuevo Código tendrá lugar el día 25 de mayo de 1996 (sentencia de la Sala Tercera del Tribunal Supremo de fecha 21 de diciembre de 1987, que a su vez se apoya en otros muchos precedentes jurisprudenciales).

La presente Circular trata de dar respuesta a los problemas más centrales que se suscitan en orden a la aplicación de aquellas disposiciones del nuevo Código Penal que resulten más favorables, aunque centrándose en los temas relativos a la revisión de sentencias que ganen firmeza antes de su entrada en vigor. No se trata de resolver todas las abundantes cuestiones puntuales que pueden plantearse, sino de marcar las orientaciones generales que han de presidir la tarea de revisión.

II. LEGISLACIÓN MÁS FAVORABLE Y PERIODO DE VACATIO

La primera cuestión a dilucidar estriba en determinar si las disposiciones del nuevo Código, en la medida en que resulten más favorables, pueden ya aplicarse durante el período de *vacatio* fijado por el legislador, es decir durante el tiempo comprendido entre la publicación del Código (24 de noviembre de 1995) y su efectiva entrada en vigor (25 de mayo de 1996). Tanto en la jurisprudencia como en la doctrina se encuentran respuestas divergentes sobre este tema.

La postura afirmativa, a tenor de la cual estarían ya vigentes y habrían de ser aplicadas desde su publicación en el «Boletín Oficial del Estado» aquellas disposiciones del nuevo Código que resultaren más favorables, viene respaldada por diversos argumentos que pueden ordenarse así:

Primero.- Una línea jurisprudencial señaló que el plazo suspensivo de *vacatio legis* era aplicable solamente a las normas imperativas o prohibitivas, pero no regía respecto de las permisivas. Estas podrían ser aplicadas desde el momento mismo de su publicación (sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 18 de mayo 1907, 17 de marzo de 1922, 25 de mayo de 1925 y de 29 de marzo de 1957, entre otras). Tal doctrina, sin embargo, fue revisada por el citado Tribunal a raíz de la modificación en 1974 del art. 1 del Código Civil. El inciso «las leyes obligarán» que aparecía en la redacción anterior y que sustentaba la citada interpretación fue sustituido por la locución «entrarán en vigor» (art. 2 del Código Civil) con el propósito de evitar aquella exégesis. Además, en cualquier caso, dicha doctrina no sería fácilmente trasladable al caso que nos ocupa pues no se da una exacta correspondencia entre el concepto de leyes permisivas y el de leyes penales más favorables.

Segundo.- El art. 24 del Código Penal vigente señala que «Las leyes penales tienen efecto retroactivo en cuanto favorezcan al reo de un delito o falta, aunque al publicarse aquéllas hubiera recaído sentencia firme y el condenado estuviere cumpliendo la condena». El precepto refiere expresamente la retroactividad al momento de la publicación y no al de la entrada en vigor (aunque para esta postura dichos momentos coinciden en aquello que sea favorable al reo). Pese a ello, la jurisprudencia penal dictada alrededor de tal precepto se decanta por la tesis negativa: así, la sentencia de 13 de marzo de 1976 de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, esencial por clarificadora en esta materia, ha declarado que «mientras dure la *vacatio legis* entre la publicación del texto legal y su plena vigencia, no resulta posible otorgar eficacia retroactiva en beneficio del reo, según el art. 24 del Código Penal, pues hasta que no se alcance el día de la entrada en vigor, no vinculan a los tribunales al no poseer existencia legal completa, y que surge con la llegada del día siguiente después de los veinte días que deben transcurrir entre la publicación y la producción de efectos normales». Parecida argumentación se recoge en las sentencias del Tribunal Supremo, todas de la Sala 2ª, de 4 de junio de 1965, 4 y 12 de febrero de 1966, 5 de octubre de 1966, 14 de junio de 1976, 7 de febrero de 1979 y 7 de abril de 1980. El nuevo Código Penal, en su art. 2.2º sanciona legalmente esta interpretación jurisprudencial al disponer: «...tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo aunque al *entrar en vigor* hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviere cumpliendo la condena».

Tercero.- La Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1983, de 1 de julio, recaída a propósito del régimen transitorio de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, sostuvo que las normas penales más favorables deben ser aplicadas de manera que sus consecuencias positivas se reflejen en la realidad, sin los cortes o soluciones de continuidad que ocasiona el plazo de *vacación legal*. Ahora bien, el criterio entonces sostenido no tuvo que vencer el contenido literal de alguna disposición transitoria como las que establece el nuevo Código Penal, que claramente apuntan a la solución contraria, como se razonará seguidamente.

En efecto, a diferencia del Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprobaba y promulgaba el Código Penal según la autorización otorgada por la Ley de 19 de julio de 1944, que en su art. tercero declaraba la aplicabilidad inmediata, sin esperar al transcurso del período de *vacatio*, de las nuevas normas en cuanto fuesen favorables, las disposiciones transitorias del nuevo Código Penal conducen inequívocamente a entender que, al menos en este caso, por voluntad expresa del legislador, las normas del nuevo Código Penal, sean o no favorables, no pueden ser aplicadas hasta la finalización del plazo de *vacatio*.

La disposición transitoria primera del nuevo Código Penal indica: «Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de este Código se juzgarán conforme al cuerpo legal y demás leyes especiales que se derogan. *Una vez que entre en vigor el presente Código, si las disposiciones del mismo son más favorables* para el reo, se aplicarán éstas». El tenor literal de esta disposición despeja cualquier duda, pues menciona el momento de la entrada en vigor y no el de la publicación y además admite expresamente que las disposiciones favorables entran en vigor pasado el período de *vacatio* y no desde la publicación («una vez que entre en vigor el presente Código, si las disposiciones del mismo son más favorables para el reo...»).

A igual entendimiento se llega con la lectura de la disposición transitoria novena del nuevo Código: «En las sentencias dictadas conforme a la legislación que se deroga y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, *una vez transcurrido el período de vacatio*, las siguientes reglas...». Se recuerda expresamente, por tanto, la necesidad de esperar a que transcurra el período de *vacatio* en la revisión de las causas penales que se hallen pendientes de recurso.

La solución que se acoge -no vigencia de las disposiciones más favorables en el tiempo de *vacatio legis*- es la más respetuosa con la seguridad jurídica. No es descartable por vía de hipótesis que en el período de *vacatio*, sobre todo si es tan prolongado como el del nuevo Código, pueda producirse una reforma de la Ley (valga como ejemplo la reciente Ley Orgánica 5/1995 del Tribunal del Jurado, reformada en período de *vacatio* por la Ley Orgánica 8/1995); o incluso su derogación, lo que, de haberse seguido la tesis que se rechaza, provocaría una situación de inseguridad jurídica. Dicha inseguridad, aun siendo conceptualmente igual, era

menor en el caso de la Ley Orgánica 8/1983 cuyo plazo de *vacatio* se cifraba en veinte días, frente a los seis meses de la nueva legislación.

En consecuencia, durante el período de *vacatio legis* los preceptos del nuevo Código, aun cuando sean más favorables para el reo, no han entrado en vigor y no procederá su efectiva aplicación. Esto no impide, como se verá, el empleo de una serie de mecanismos que permitan adelantar durante el plazo de *vacatio* el trabajo de revisión de sentencias, aunque la ejecución de lo revisado se dejará en suspenso hasta la fecha de entrada en vigor del nuevo Código.

III. APLICACIÓN RETROACTIVA DEL NUEVO CÓDIGO PENAL

De acuerdo con lo expuesto, la aplicación efectiva del nuevo Código Penal no se llevará a cabo hasta su entrada en vigor. Todos los hechos acaecidos con posterioridad al 24 de mayo de 1996 deberán ser enjuiciados con arreglo a las nuevas normas penales.

Las disposiciones del nuevo Código Penal tendrán eficacia también retroactiva en cuanto resulten más favorables, tal y como ordena su art. 2.2. Ese efecto retroactivo alcanza a dos situaciones distintas:

1. A los hechos definitivamente enjuiciados antes del 25 de mayo, siempre y cuando los aspectos penales de la sentencia no estén totalmente ejecutados y las disposiciones del nuevo Código sean más favorables. En tales casos procede la revisión de la sentencia dictada (disposiciones transitorias tercera a sexta).

2. A los hechos sucedidos con anterioridad a su entrada en vigor pero enjuiciados con posterioridad, siempre y cuando las normas del nuevo Código Penal sean más favorables que las del derogado. En esos supuestos procederá la aplicación directa de las nuevas normas penales (disposición transitoria primera, inciso final y disposición transitoria novena).

En ambos casos se hace indispensable una comparación entre los dos Cuerpos Legales para decidir cuál es la legislación más favorable. La forma de comparación presenta matices distintos según se trate de uno u otro supuesto, lo que aconseja su tratamiento por separado. En esta Circular se analizarán exclusivamente los problemas derivados de la operación de revisión de sentencias, sin perjuicio de adelantar algunas cuestiones comunes con la denominada operación de aplicación directa, que no puede jugar más que a partir de la entrada del nuevo Código Penal y que será objeto de tratamiento en una próxima y distinta Circular.

IV. LA DETERMINACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE: REGLAS COMUNES

La labor de comparación ha de regirse por los siguientes principios:

a) *Apreciación global de las dos legislaciones para la comparación*

Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado comparando el resultado de la «aplicación de las normas completas de uno u otro Código», según señala la disposición transitoria segunda. Se plasma así legalmente un criterio que había sido reiteradamente recordado por la jurisprudencia en múltiples sentencias (26 de octubre de 1990, 22 de junio de 1991 y 30 de octubre de 1992, por citar sólo algunas): para determinar la norma más favorable, la elección entre la ley antigua y la nueva ha de hacerse de manera global, en bloque, en su totalidad, sin que sea admisible ni asumible, como más beneficiosa, la aplicación «troceada» tomando de cada bloque lo que favorezca y rechazando lo que perjudique, 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». Este mismo axioma se acogía en la Circular de la Fiscalía General del Estado 2/1983, de 1 de julio.

De este principio se desprende que tratándose de penas conjuntas impuestas por unos mismos hechos no cabe la revisión de una de las penas impuestas, dejando subsistentes las demás. Por tanto, aunque desaparezca en el nuevo Código Penal la pena accesoria de suspensión de derecho de sufragio activo, esa pena subsistirá para todos aquellos penados a

los que no se revise la sentencia. Igual sucede con las penas de multa conjuntas: no cabe mantener la pena privativa de libertad del Código Penal derogado y al mismo tiempo sustituir la pena pecuniaria conjunta por la prevista en el nuevo Código Penal por resultar más beneficiosa.

La disposición transitoria segunda aclara esta norma general en lo relativo a la redención de penas por el trabajo que sólo será aplicable a quienes resulten condenados con arreglo al Código que se deroga. En consecuencia no podrán redimir penas por el trabajo quienes, bien por aplicación directa del nuevo Código, bien por revisión de la sentencia anterior, cumplan una pena impuesta de acuerdo con la nueva normativa penal. Es más, en los casos de revisión de la sentencia, no se podrá tener en cuenta tampoco a efectos de cumplimiento el tiempo ya redimido y habrá que efectuar la liquidación con arreglo íntegramente al nuevo Código Penal. Este criterio que se desprende de las normas transitorias del nuevo Código Penal es expresamente ratificado por la disposición transitoria primera del Reglamento Penitenciario aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero.

b) Comparación en concreto

La tarea de comparación ha de hacerse en concreto; es decir, no fijándose exclusivamente en las penas que en abstracto puedan corresponder al hecho enjuiciado, sino tomando en consideración todas las circunstancias concurrentes y, en particular, los distintos beneficios penitenciarios que existen en una y otra legislación. Esta regla puede hacer especialmente compleja la tarea de comparación en algunos supuestos y presenta una problemática diferente según se trate de revisar sentencias en ejecución o de aplicación directa del nuevo Código Penal a hechos sucedidos antes de su entrada en vigor. Por eso en este momento no puede añadirse nada más a la enunciación de este principio general que se desarrollará más adelante.

c) Regla específica en relación con los arrestos de fin de semana

Finalmente el nuevo Código Penal apunta una regla singular en su disposición transitoria octava referida al arresto de fin de semana, pena de nueva planta que no tiene un equivalente específico en la legislación anterior. La comparación en esos casos habrá de hacerse de acuerdo con la normativa específica que se contiene en la mentada disposición transitoria.

V. INICIACIÓN DEL TRÁMITE DE REVISIÓN

Conforme se ha razonado ya la efectividad de la revisión ha de posponerse a la fecha de entrada en vigor del nuevo Código Penal. Esa consideración no obsta, sin embargo, a que con anterioridad y durante el período de *vacatio* puedan ir realizándose los trámites oportunos para permitir que de hecho el día de entrada en vigor del nuevo Código Penal puedan tener plena efectividad las revisiones que procedan. El legislador ha querido que durante los seis meses de *vacatio* se vaya adelantando todo el trabajo preparatorio de la revisión, de modo tal que se decida en este tiempo cuáles son las causas que no precisan de revisión y cuáles la precisan y, en este caso, se efectúen los cálculos comparativos de liquidación de las penas por el sistema anterior y por el nuevo. Todos estos trámites deben realizarse desde el momento de la publicación del Código en el «Boletín Oficial del Estado», sin perjuicio de que no pueda ejecutarse lo así resuelto mediante auto sino desde su entrada en vigor. A esta solución se llega desde la lectura de las disposiciones transitorias tercera y cuarta.

De cualquier forma todo lo que sigue a continuación es aplicable tanto a las revisiones que se realicen en período de *vacatio* como a aquellas que puedan llevarse a cabo posteriormente por diversos motivos (condenas inmediatamente anteriores a la fecha de entrada en vigor del nuevo Código Penal; revocaciones de libertad condicional o de suspensiones de condena; condenas anteriores que empiezan a cumplirse tras la entrada en vigor del Código Penal, revisiones que sufran alguna dilación...).

Los señores Fiscales, durante el período de *vacatio legis*, atenderán de forma prioritaria a la revisión de aquellas ejecutorias en las que la rectificación deje sentir sus efectos en un plazo anterior o no muy posterior a la entrada en vigor del nuevo Código.

En cuanto a la iniciación de la revisión de ejecutorias es preciso diferenciar si la pena que se revisa es privativa de libertad o de algún otro derecho.

1. En casos de penados que se hallen cumpliendo penas privativas de libertad, la labor de revisión precisará que, con carácter previo, se una a la ejecutoria la liquidación de condena que habrá de remitir el Director del Centro Penitenciario.

Conforme a la disposición transitoria tercera: «Los Directores de los establecimientos penitenciarios remitirán a la mayor urgencia, a partir de la publicación del nuevo Código Penal, a los Jueces o Tribunales que estén conociendo de la ejecutoria, relación de los penados internos en el Centro que dirijan, y liquidación provisional de la pena en ejecución, señalando los días que el reo haya redimido por el trabajo y los que pueda redimir, en su caso, en el futuro conforme al art. 100 del Código Penal que se deroga y disposiciones complementarias».

Se trata pues de una liquidación que remite el Centro Penitenciario al Juez o Tribunal que esté conociendo de la ejecutoria en la que se señala el día de liquidación definitiva de la pena impuesta al reo partiendo del disfrute de la redención de penas por el trabajo durante todo el tiempo de extinción. La liquidación habrá de ser individualizada para cada penado y deberá contener mención de las redenciones ya obtenidas así como un cálculo de las previsibles redenciones de futuro.

Esa liquidación tiene como finalidad proporcionar a los órganos judiciales los datos necesarios para fijar uno de los términos de comparación: la duración efectiva de la pena impuesta con arreglo a la anterior legislación.

Los casos de pluralidad de condenas dada su específica problemática, se analizarán en un apartado posterior.

2. En las ejecutorias en las que se estén cumpliendo penas distintas de las privativas de libertad, como quiera que no se contará con la liquidación que remiten los Centros Penitenciarios (D.T. 3ª) habrán de adoptar los señores Fiscales las medidas que en cada caso se estimen oportunas para, en relación con los diferentes órganos jurisdiccionales, proceder a detectar aquellas ejecutorias precisadas de revisión. Esta puede iniciarse de oficio o a instancia del penado o del Ministerio Fiscal.

VI. LA COMPARACIÓN A EFECTOS DE REVISIÓN

Una vez que en la ejecutoria conste la nueva liquidación remitida por el Centro Penitenciario o, si la pena no fuere privativa de libertad sin necesidad de la misma, se dará traslado al Ministerio Fiscal para que -conforme a la disposición transitoria cuarta- «informe sobre si procede revisar la sentencia y, en tal caso, los términos de la revisión».

a) *Sentencias no revisables en ningún caso*

Hay una serie de supuestos en que no será procedente en ningún caso la revisión, es decir ni siquiera se procede a efectuar la comparación entre las dos legislaciones a fin de decidir cuál de ellas sea más favorable. Conviene indicarlos:

- Cuando exista auto de remisión condicional de la pena o se haya alcanzado ya el período de libertad condicional. No obstante, si con posterioridad se revocara la suspensión o la libertad condicional procedería entonces la revisión, antes del cumplimiento efectivo de la pena (disposición transitoria quinta, párrafo penúltimo).

- Cuando al delito le corresponda exclusivamente pena de multa conforme a ambas legislaciones, aun siendo diferentes las cuantías (párrafo final de la disposición transitoria quinta). Esta disposición puede extenderse a los casos en que la pena única impuesta sea la de multa y el nuevo Código Penal señale para tal infracción como penas alternativas la multa junto con otra privativa de libertad.

- Cuando la pena hubiere sido completamente ejecutada, y ello con independencia de que la ejecución de la totalidad del fallo de la sentencia se haya concluido o, por el contrario, resten por ejecutar algunos otros pronunciamientos de la sentencia (párrafo 1º de la disposición transitoria sexta).

- Cuando la pena en ejecución se cumpla por el reo con anterioridad al 25 de mayo de 1996 o cuando antes de dicha fecha el reo vaya a alcanzar la libertad condicional (disposición transitoria quinta, párrafo penúltimo).

- Cuando la ejecución de la pena esté suspendida por resolución del Tribunal Constitucional al conocer del recurso de amparo interpuesto (art. 56 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional).

- Cuando, por haberse sustituido la pena impuesta por la expulsión del extranjero condenado (art. 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985), la pena no se esté ejecutando (art. 89 del nuevo Código Penal).

En los casos de reos sustraídos a la acción de la justicia tampoco es obligada la revisión hasta que no sean habidos. No obstante en este punto conviene excepcionar aquellos casos en que la condena se refiera a un hecho despenalizado en la nueva legislación penal, supuestos en que se impone la revisión y el archivo de la ejecutoria, salvo que estén pendientes de cumplimiento los aspectos civiles.

b) Forma de efectuar la comparación

Fuera de los casos antes enumerados será procedente efectuar la comparación punitiva entre las dos legislaciones a fin de decidirse por la más favorable.

1. Los términos de la comparación

La referida liquidación remitida por el Centro Penitenciario tiene como finalidad proporcionar los datos necesarios para fijar uno de los términos de la comparación, dado que ésta ha de hacerse no en atención al valor nominal de la pena impuesta, sino tomando en consideración su duración efectiva, por lo que no basta con conocer la sentencia.

Por eso, cuando se haya concedido un indulto parcial, habrá que atender al tiempo efectivo resultante tras el indulto (párrafo 2º de la disposición transitoria sexta).

En la medida en que esa liquidación contemple el tiempo ya cumplido no presenta ningún problema: habrán de computarse en ella todos los días extinguidos teniendo en cuenta la redención ya ganada por el interno, tanto la ordinaria (art. 100 del Código Penal y art. 66 del Reglamento de los Servicios de Prisiones) como la extraordinaria (art. 71 del citado Reglamento).

Pero en cuanto en esa liquidación ha de efectuarse igualmente un cálculo de futuro la cuestión se torna más ardua: no es fácil aventurar la fecha de extinción de la condena en la medida en que la misma dependerá de circunstancias muy aleatorias (como la eventual concesión de redenciones extraordinarias del art. 71 del Reglamento de los Servicios de Prisiones), o al menos inciertas (no cumplimiento de los requisitos para alcanzar la libertad condicional; o pérdida de los beneficios de la redención de penas por el trabajo).

Ante esta situación que causa cierta perplejidad se entiende que las reglas han de ser las siguientes:

- a) Hasta el momento de la liquidación habrá de estarse a la situación real: tiempo efectivamente redimido.

- b) En el cálculo de futuro se estará a la situación que, al menos legalmente, puede considerarse más común: abono de la redención ordinaria prevista en el art. 100 del Código Penal (un día por cada dos de trabajo) al que alude expresamente la disposición transitoria tercera.

- c) En el caso de que exista imposibilidad de redimir, se estará a la fecha de cumplimiento sin redención.

Fijada la probable fecha de extinción definitiva de la pena privativa de libertad con arreglo a la legislación que se deroga y obtenida así la duración efectiva de la pena impuesta (lapso de

tiempo entre la fecha de inicio y la probable fecha de extinción definitiva), se obtendrá ya el primer referente para la comparación que es la duración efectiva y no la duración nominal.

El otro término de comparación es de más fácil obtención: bastará con comprobar con arreglo al nuevo Código Penal qué pena privativa de libertad máxima se hubiese podido imponer teniendo en cuenta todas las circunstancias del hecho.

A efectos de reincidencia se atenderá a lo dispuesto en la disposición transitoria séptima.

Por otra parte, para la determinación en el nuevo Código Penal de la pena superior o inferior en grado -cuestión en la que conviene detenerse para despejar dudas ya suscitadas- habrá que estar a lo dispuesto en los arts. 70 y siguientes del nuevo Código Penal, en operación similar a la prevista respecto de la pena de multa en el art. 76 del Código aún vigente. El art. 70.1 del nuevo Código Penal al indicar que se subirá de grado «partiendo de la cifra máxima señalada por la ley para el delito de que se trate y aumentando a ésta la mitad de su cuantía, constituyendo la suma resultante su límite máximo», se refiere con la expresión «cuantía» a la cifra máxima de la pena y no a la extensión de la misma (así, v. gr., si partiendo de la pena de uno a cuatro años de prisión se trata de subir de grado, la expresión cuantía está aludiendo a la cifra de cuatro años y no a la duración de tres años que existe entre los límites mínimo y máximo de la pena que se trata de subir de grado, por lo que el límite máximo de la pena superior será de seis años). Lo mismo cabe decir respecto de la expresión «cuantía» que emplea para la rebaja de grado el art. 70.2 del nuevo Código (siguiendo con el mismo ejemplo -pena de uno a cuatro años de prisión-, el límite mínimo de la pena inferior en grado será de seis meses).

En casos de condenas impuestas con arreglo a la legislación especial la comparación se hará con las nuevas penas que introduce en tales leyes la disposición transitoria undécima.

2. El resultado de la comparación

Obtenidos ya los dos términos para el cotejo, la operación puede arrojar los siguientes resultados:

a) 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. Así se desprende con claridad del párrafo segundo de la disposición transitoria quinta.

Hay una excepción a esta consideración: si el nuevo Código establece como alternativa una pena no privativa de libertad, sí que será posible la revisión. Eso no significa que sea necesariamente obligada la revisión, aunque así pudiera desprenderse del inciso final del párrafo segundo de la disposición transitoria quinta. Hay que entender que si también en el viejo Código existía esa 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. Y, si en supuestos distintos del que se acaba de apuntar, se llega a la revisión, no significa esto que sea preceptiva la imposición de la pena alternativa a la privativa de libertad: se valorarán en cada caso las circunstancias concretas para determinar si, en uso de la discrecionalidad, sería procedente o no imponer esa pena alternativa no privativa de libertad. Otro entendimiento no tendría sentido: sería tanto como decir que para las revisiones solamente deberá tenerse en cuenta la pena alternativa menos grave, lo que carece de lógica.

b) Igual criterio -no revisión- hay que postular para aquellos casos en que la duración efectiva de la pena impuesta (computando en su caso la futura redención ordinaria) no excede de la que podría imponerse aplicando la normativa del nuevo Código Penal, aunque la duración nominal de la pena sobrepase el máximo imponible con arreglo al nuevo Código. En principio, tampoco en esos casos procederá la revisión. Tampoco será relevante aquí que con arreglo al nuevo Código Penal se hubiese podido imponer en uso de la discrecionalidad una duración de pena inferior. Para concluir la improcedencia de la revisión basta con constatar que la duración de la pena impuesta sería también imponible con arreglo a la nueva normativa. Es de destacar que el inciso penúltimo del párrafo 2º de la disposición transitoria quinta se refiere a la

«duración de la pena impuesta», con lo que quiere subrayar que se trata de comparar no la pena nominalmente impuesta en la sentencia, sino su duración real. En otro caso hubiese hablado sencillamente de «pena impuesta». Por eso, en tales hipótesis, el informe del Fiscal será en principio contrario a la revisión.

No obstante, en estos casos (pena nominal superior a la imponible con arreglo al nuevo Código Penal; pero con duración real inferior por el juego de los beneficios de la redención) nada impedirá al juzgador tener en cuenta, en la forma que luego se dirá, la posibilidad de que el penado desee someterse al nuevo Código Penal, manifestando su renuncia a los beneficios de la redención (renuncia que es admisible, incluso aunque la redención ya esté aprobada judicialmente tal y como han entendido los Jueces de Vigilancia en sus criterios de actuación), lo que hará especialmente aconsejable su audiencia. De otra parte deberá igualmente tomarse en consideración la necesidad de que la duración efectiva de la pena no pueda exceder nunca (por una eventual pérdida de los beneficios de la redención) de la pena que sería imponible de conformidad con el nuevo Código Penal. Sobre estas cuestiones se incidirá más adelante.

c) Si de la confrontación resulta que la duración efectiva de la pena, obtenida de la forma antes descrita, excede de la que podría imponerse aplicando las disposiciones del nuevo Código Penal, procederá la revisión de la sentencia dictada, sustituyéndose la pena impuesta por la que pueda resultar procedente aplicando las disposiciones del nuevo Código Penal. La nueva pena se fijará en estos casos, lógicamente, haciendo uso de la discrecionalidad e imponiéndola en la extensión que se considere adecuada en atención a «las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho» (art. 66.1ª del nuevo Código Penal). Una vez sea efectiva tal revisión, a la entrada en vigor del nuevo Código Penal, si la nueva pena impuesta lo permite y la anterior no lo consentía por su duración, nada impide que puedan ser aplicados los beneficios de la suspensión de la ejecución de penas privativas de libertad (arts. 80 y siguientes del nuevo Código Penal).

Siendo varias las penas impuestas por el hecho (pena privativa de libertad y multa, por ejemplo) habrá que sustituir ambas penas por las señaladas en el nuevo Código Penal. Si como sucede en los delitos contra la Salud Pública (arts. 368 y 377) el nuevo Código Penal fija la multa en atención a un dato (el valor de la droga) que puede no obrar en las actuaciones, será necesario solicitar el correspondiente dictamen para que el juzgador pueda determinar la cuantía de la nueva pena pecuniaria que habrá de sustituir a la anterior.

d) Puede suceder en algún supuesto que la duración efectiva de la pena impuesta y en ejecución sea ligeramente superior a la que pudiera imponerse con arreglo al nuevo Código. En esos casos, en principio procederá la revisión. Sin embargo conviene ser especialmente cautos cuando pueda preverse que la eventual obtención de redenciones extraordinarias (a través de las cuales se puede llegar a redimir un día por cada día de trabajo, y, excepcionalmente, más tiempo) rebajaría en tal medida la duración de la pena que haría más beneficioso el cumplimiento conforme al régimen derogado. En tales casos adquiere una especial significación la audiencia al reo para que manifieste su opinión al respecto, indicando si prefiere seguir cumpliendo conforme al régimen derogado y con posibilidad de redención, tanto ordinaria como extraordinaria, o considera más beneficiosa una pena de duración nominal inferior impuesta con arreglo al nuevo Código. Como se razonará más adelante, si se mantiene la pena del Código Penal que se deroga, su duración efectiva no podrá sobrepasar nunca el máximo de penalidad establecido en el nuevo Código Penal.

e) Evidentemente procederá igualmente la revisión cuando la conducta en virtud de la cual se dictó la condena haya quedado despenalizada. Los eventuales pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil, sin embargo, deberán ser ejecutados en todo caso sin que queden afectados por la despenalización (sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 1982).

f) Cuando estemos ante penas conjuntas que en el nuevo Código Penal quedan reducidas a una única penalidad pueden surgir dificultades (en este sentido, por ejemplo, la pena de privación del permiso de conducir desaparece en el nuevo delito de robo y hurto de uso de vehículos, frente a su antecedente inmediato). Habrán de resolverse particularizadamente y en atención a las circunstancias concretas, sin perjuicio de que el órgano judicial pueda tomar

también en consideración, junto al dictamen del Fiscal, la opinión que al respecto manifieste el reo.

Si la pena conjunta impuesta era una privativa de libertad junto con la pena de multa [art. 546 bis a) del Código Penal], frente a la exclusiva pena privativa de libertad del nuevo Código Penal (art. 298.1) la cuestión se simplifica pues será un parámetro ajustado adicionar al tiempo de privación de libertad los días de arresto sustitutorio fijados para el caso de impago de la multa y tomar esa duración total como punto de referencia para efectuar el cotejo: si la duración efectiva total es imponible con arreglo al nuevo Código Penal, aunque sea como pena privativa de libertad única, no será revisable la condena.

Cuando se acuerde por el juzgador la revisión, tal y como ya se ha razonado, la misma no tendrá efectividad hasta la entrada en vigor del nuevo Código Penal. Ahora bien, si de la revisión resulta la despenalización o una rebaja de la duración de la pena que determinaría la excarcelación inmediata si el nuevo Código Penal hubiese entrado en vigor, será factible interesar del Juez o Tribunal la proposición de un indulto (art. 20 de la Ley de Indulto), solicitando simultáneamente la suspensión de la ejecución de la condena (art. 202 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y Consulta 2/1994 de esta Fiscalía General que sirven de apoyo para anticipar la solución que acoge el art. 4.4 del nuevo Código Penal).

VII. AUDIENCIA DEL REO Y DE SU LETRADO

Viene contemplada en la disposición transitoria cuarta de la Ley en términos parcialmente distintos de los establecidos en la disposición transitoria segunda para los supuestos no de revisión, sino de aplicación directa de las nuevas disposiciones. La audiencia al reo es preceptiva siempre que efectivamente se proceda a la revisión de la sentencia. Y no es necesaria, aunque nada la impide si así lo acuerda el órgano judicial, en los casos en que no se revisa la sentencia por considerarse más beneficiosa la legislación anterior.

Hay que distinguir los siguientes supuestos:

1. No procede dar audiencia al reo en los casos en que el Ministerio Fiscal dictamine en el sentido de que no procede la revisión por tratarse de alguno de los supuestos que se enumeran en el apartado VI. a) de la presente Circular. Si el órgano jurisdiccional estuviere conforme con tal criterio, podrá dictar directamente un auto declarando la improcedencia de la revisión, sin previa audiencia del reo.

2. En aquellos otros casos en los que tras el cotejo se comprueba que la duración real de la pena en ejecución es imponible con arreglo al nuevo Código y, por tanto, no procede la revisión, no es obligada la audiencia al reo. No obstante existen supuestos en que será conveniente oírle para que el juzgador forme criterio sobre el primero de los términos de la comparación: la fijación de la duración real de la pena impuesta con arreglo al viejo Código, en la que será de gran utilidad recabar la opinión del penado acerca de la redención de penas por el trabajo u otros beneficios penitenciarios con los que debe contarse a fin de transformar el quantum de pena nominalmente impuesta en la duración real de esa pena. Es especialmente aplicable esto a los casos antes apuntados en que la pena impuesta, aunque no su duración real, excede de la imponible con arreglo al nuevo Código Penal; y a aquellos otros en que las futuras posibles redenciones extraordinarias podrían determinar una rebaja sustancial de la duración efectiva inicialmente fijada (no se olvide que con estas redenciones un año de reclusión efectiva puede llegar a equivaler a setecientos noventa y ocho días de condena).

Que no es obligado dar traslado al reo y a su Letrado en los casos en que el Fiscal informa negativamente la revisión y el órgano judicial comparte ese criterio se desprende de la disposición transitoria cuarta: «Una vez haya informado el Fiscal, procederán (los Jueces y Tribunales) también a oír al reo, notificándole los términos de la revisión propuesta, así como a dar traslado al Letrado que asumió su defensa en el juicio oral, para que exponga lo que estime más favorable para el reo». Se trata pues de oírles respecto de la proposición de revisión apuntada por el Fiscal, a fin de despejar cualquier duda acerca de lo que a juicio del reo deba entenderse como más favorable. En los casos examinados en los dos apartados anteriores el Fiscal no habrá formulado ninguna propuesta de revisión.

Todo lo dicho ha de entenderse sin perjuicio de que contra el auto que declare la no revisabilidad de la condena en ejecución, auto que habrá de ser notificado al reo, pueda interponer por medio de su Letrado los pertinentes recursos.

3. Será obligada la audiencia en caso de que el Fiscal dictamine en el sentido de que es procedente la revisión, proponiendo los términos de la misma, o cuando el órgano judicial estime que puede ser procedente la revisión, pese al dictamen negativo del Fiscal. En esos supuestos deberá acordarse el traslado al reo (así se desprende de la ya transcrita disposición transitoria cuarta).

Es aconsejable que tal audiencia, en aras de la economía procesal y a fin de evitar engorrosos y dilatorios traslados, se efectúe mediante la remisión por el Juzgado de la documentación necesaria -entre la documentación se acompañará cuando menos la sentencia, la liquidación de la condena y el informe del Fiscal- al Centro Penitenciario, confiriendo un plazo prudencial para que el penado pueda indicar por escrito lo que conviniere a su derecho. Tal solución cuenta además con la ventaja de proporcionar al penado un mayor margen de estudio, reflexión o consulta acerca de la conveniencia o no de la revisión que el que tendría con el traslado físico al órgano sentenciador a fin de celebrar entonces una comparecencia oral.

El traslado al Letrado que actuó como Defensor en juicio será igualmente un traslado para la emisión de dictamen escrito.

El auto que se dicte acordando la revisión o su improcedencia deberá ser notificado a las partes en el proceso: Fiscal, reo, y también, pese al silencio de la Ley sobre este punto, acusaciones personadas por cuanto ostentan legitimación activa para recurrirlo.

Cuando se trate de pena privativa de libertad el auto de revisión habrá de ser puesto en conocimiento del Centro Penitenciario.

VIII. RECURSOS PROCEDENTES FRENTE A RESOLUCIONES DICTADAS EN REVISIÓN

El legislador ha omitido toda mención a la impugnabilidad de las resoluciones dictadas revisando pronunciamientos condenatorios por aplicación de la nueva legislación en sus aspectos más beneficiosos. La laguna ha de ser integrada.

Por pura coherencia tales autos de revisión de una condena penal por la promulgación de una ley más favorable deben gozar del mismo régimen de recursos que la sentencia revisada. Así se disponía expresamente en la disposición transitoria de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, que establecía el recurso de casación o de apelación según que el auto de revisión fuese dictado por una Audiencia o por un Juzgado, ciñendo la admisibilidad de la casación al motivo previsto en el párrafo 1º del art. 849 de la LECrim.

Las dudas interpretativas que podrían suscitarse ante la ausencia de toda previsión por parte del legislador deberán zanjarse concediendo frente a dichos autos los mismos recursos que contra la sentencia revisada. Puede invocarse como apoyo de esta postura la aplicación analógica de la disposición transitoria de la citada Ley Orgánica 8/1983.

De otra parte, ésta es la solución acogida por la jurisprudencia: cabe citar la sentencia 626/1995, de 5 de mayo, de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (con carácter previo se había estimado el recurso de queja interpuesto contra la denegación del recurso de casación frente a un auto dictado por la Audiencia Provincial en revisión de una sentencia anterior por aplicación de leyes posteriores que podían resultar más beneficiosas).

Los argumentos que se acaban de exponer son suficientes para apartarse de la doctrina en sentido dispar que fijó la Instrucción de la Fiscalía del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1925.

A través de ese recurso no podrán reintroducirse en el debate cuestiones fácticas o jurídicas que ya quedaron debidamente enjuiciadas en la sentencia que ahora se revisa. La impugnación habrá de limitarse a la corrección o no de los aspectos revisados, lo que, en el caso de la casación, se encauzará a través del motivo contemplado en el art. 849.1º. Sin

embargo, no cabe excluir la admisibilidad de un recurso de casación por infracción de precepto constitucional (art. 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial) cuando se haya omitido la audiencia al reo en los casos en que ésta es preceptiva (cuando se haya procedido a la revisión).

Aunque las disposiciones transitorias no hacen mención alguna de otras posibles partes acusadoras, que no actores civiles, elementales principios procesales obligan a concederles legitimación para impugnar la resolución revisora.

IX. MODIFICACIÓN DEL AUTO DE REVISIÓN POR CIRCUNSTANCIAS SOBREVENIDAS QUE PUEDEN ALTERAR LA DURACIÓN DE LA PENA

La comparación de la duración de las penas privativas de libertad se efectúa en lo que a la pena del viejo Código respecta con base en la liquidación enviada desde el Centro Penitenciario, liquidación que contiene previsiones hipotéticas de futuro (v. gr.: puede haberse computado la redención de penas por el trabajo durante todo el tiempo de la condena). Tales previsiones pueden no cumplirse efectivamente (piénsese en la pérdida del beneficio de la redención de penas).

La imprevisión del legislador sobre este particular debe ser suplida mediante una solución interpretativa que sea fiel al principio de legalidad y a la retroactividad de las normas en lo favorable.

De ahí se deduce como criterio básico insorteable que la duración efectiva de la pena impuesta con arreglo al Código derogado no puede superar nunca la barrera de la máxima que podría imponerse con arreglo a la nueva legislación penal. No sería asumible que el penado a quien no se le revisó su condena por considerarse más beneficiosa al computarse la redención de penas, pierda ésta y de hecho venga a cumplir una pena que excede de la máxima señalada en el nuevo Código Penal para tal figura delictiva.

Esta situación exige una respuesta práctica que pasa por entender que ese tope penológico marcado por el nuevo Código Penal opera como límite máximo de cumplimiento de forma parecida al establecido en el vigente art. 70 del Código Penal.

De este principio se deriva la necesidad de que en los casos en que no se revise la pena impuesta y una eventual pérdida de los beneficios de la redención ordinaria pudiera suponer una duración de la pena superior a la establecida como límite máximo en el nuevo Código Penal, se solicite del Centro Penitenciario que ponga tales incidencias en conocimiento del órgano judicial. En los supuestos en que suceda así efectivamente -va a resultar una duración efectiva superior a la duración máxima permitida por el nuevo Código Penal-, procederá una nueva revisión en el momento en que se constate la certeza de esos datos. En esa revisión se sustituirá la pena impuesta con arreglo al Código Penal derogado por la pena del nuevo Código Penal. La modificación de los datos que sirvieron de base para decretar la no revisabilidad de la condena, obliga a reconsiderar tal decisión.

A esta finalidad subviene la previsión contenida en el número 2 de la disposición transitoria primera del Reglamento Penitenciario de 1996: «Cuando... los Jueces o Tribunales no hubiesen acordado la revisión de la sentencia por considerar más favorable la liquidación efectuada conforme al Código Penal derogado y, como consecuencia de la pérdida por el interno del beneficio de la redención de penas por el trabajo, resulte que la pena que se está ejecutando pueda ser de duración superior a la que le correspondería por la citada Ley Orgánica 10/1995, el Director del centro penitenciario, de oficio o a solicitud del interno, lo pondrá en conocimiento del Juez o Tribunal».

X. PLURALIDAD DE DELITOS

Los supuestos de personas condenadas por varios delitos suscitan una temática plagada de problemas que merecen un análisis separado y detenido.

a) Concurso ideal

Cuando la sentencia condenatoria contemple un concurso ideal de delitos (art. 71 del vigente Código Penal) habrá que hacer una comparación global. Hay que partir de la pena o penas impuestas (según se haya castigado conjuntamente o por separado) en la sentencia sometida a revisión.

A continuación es preciso, calificando las infracciones con arreglo a la nueva normativa, determinar qué pena máxima hubiera podido corresponder a ese concurso ideal de acuerdo con las reglas introducidas en el art. 77 del nuevo Código Penal que reproduce en lo básico las normas del actual art. 71 aunque con algunas variantes significativas. Si el quantum de la pena o penas efectivamente impuestas se inscribe en el marco penológico del nuevo Código Penal, no habrá lugar a la revisión. Y en el caso contrario, habrá que revisar la sentencia castigando todos los delitos con arreglo a las nuevas disposiciones.

Lo que no es aceptable es formar un concurso ideal calificando unos delitos con arreglo a la legislación que se deroga y otros de acuerdo con la nueva normativa penal.

Existe, no obstante, una excepción a este principio general: los casos de despenalización de alguna de las conductas que integraban el concurso ideal (como puede suceder con algunos supuestos de falsedades ideológicas). Cabe desdoblar en dos vertientes el análisis:

1. Si se castigó por separado, la pena impuesta por la infracción despenalizada ha de revisarse necesariamente, suprimiéndola. A continuación se realizará la comparación con la pena impuesta a la otra infracción que permanece en el nuevo Código Penal, revisándola o no según las reglas generales ya desarrolladas.

2. Si se impuso una pena conjunta (grado máximo del delito más grave), la operación se complica, pues no tendremos punto de referencia. No cabe más que recuperar el marco penal íntegro de la infracción subsistente en ambos textos punitivos y optar por el que sea más beneficioso así comparado y teniendo en cuenta los beneficios derivados de la redención de penas para graduar la gravedad de la pena que correspondiera con arreglo al Código que se deroga. Así se impondrá necesariamente una nueva pena que podrá ser del Código derogado o del nuevo Código Penal, según los casos.

Parece que en este punto puede resultar ilustrativo adornar el desarrollo con algún ejemplo que sirva de ayuda. Si se impuso la pena de seis años de prisión menor y multa por un concurso ideal entre el delito de falsedad de los arts. 303 y 302.4º y un delito de estafa de los arts. 528 y 529.7ª, habrá que suprimir en primer lugar el delito de falsedad. A continuación, habrá que comparar la penalidad establecida en el viejo Código Penal para el delito de estafa subsistente (arresto mayor en su grado máximo, si la circunstancia no estaba cualificada; o prisión menor en toda su extensión); con la pena en abstracto señalada en el nuevo Código Penal (prisión de seis meses a cuatro años y multa -art. 249-; o prisión de uno a seis años y multa -art. 250-). Y, teniendo en cuenta la redención, optar por uno u otro texto. Si como sucede en el ejemplo empleado resulta más beneficioso el Código Penal derogado habrá que revisar la sentencia pero imponiendo una nueva pena con arreglo al Código derogado.

No sería por tanto aceptable:

- Ni partir de la pena impuesta (prisión menor y multa) para concluir que como se puede imponer aplicando el Código de 1995 (art. 250), negar la revisión, dejando así subsistente una pena correspondiente a un concurso formado con un delito despenalizado.

- Ni, concluyendo que en conjunto es más beneficiosa la nueva legislación, imponer directamente por el delito de estafa unas penas que excederían de las imponibles con arreglo al Código Penal que se deroga.

b) Pluralidad de condenas en que no juegan las limitaciones del art. 70.2ª

El cumplimiento de diversas condenas impuestas en una misma sentencia o en sentencias diferentes ha de ser sucesivo según el orden de su gravedad (regla 1ª del art. 70 del vigente Código Penal). En estos supuestos (siempre que no sean aplicables las limitaciones de la regla 2ª del citado art. 70) y en aquellos otros, plenamente asimilables a los anteriores, en que, aun

no habiendo conexidad, un penado ha de cumplir diferentes penas privativas de libertad, la Administración Penitenciaria enlaza las diversas condenas impuestas en diversos procesos a los efectos que establece el art. 59 c) del Reglamento Penitenciario vigente. Las penas han de ser cumplidas en su integridad, aunque se conectan unas con otras a efectos de fijar un momento único para la libertad condicional, contemplando unitariamente todas las condenas. La unidad de ejecución es necesaria para que puedan operar eficazmente la clasificación y el tratamiento penitenciarios.

En esos casos cada una de las condenas ha de ser revisada por el Juez o Tribunal que la impuso. Una vez revisadas procederá enlazarlas nuevamente en los términos previstos en el art. 193.2ª del nuevo Reglamento Penitenciario (aprobado por Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero).

En cuanto al orden de cumplimiento, el Reglamento Penitenciario citado ha incluido una previsión en el apartado 4 de su disposición transitoria primera.

Por tanto, para una adecuada revisión se impone que la liquidación provisional a que se refiere la disposición transitoria tercera del nuevo Código Penal se efectúe individualizadamente, es decir separando cada una de las condenas y asignando específicamente a la correspondiente la redención ganada por el penado. Sólo de esa forma podrá saberse a qué tiempo efectivo queda reducida cada una de las condenas enlazadas.

En algunos supuestos concretos bastará el examen de la liquidación conjunta para comprobar la improcedencia de la revisión (por haber redimido de forma ordinaria ininterrumpidamente o por ser el valor nominal de la pena en ejecución, imponible también con arreglo al nuevo texto punitivo). Pero en muchos otros supuestos tal liquidación conjunta no será suficiente siendo imprescindible recabar del Centro Penitenciario, si no lo ha hecho así, que remita una nueva liquidación en la que conste individualizadamente la condena que ha de revisarse con todas sus incidencias: fecha de inicio, redenciones ganadas durante su cumplimiento, y duración efectiva.

Ese desenlace de las condenas refundidas lo será al único efecto de valorar la norma penal más favorable, pues ninguna de las penas enlazadas puede considerarse extinguida en tanto no obtenga el licenciamiento definitivo tras disfrutar, en su caso, del último período de condena en libertad condicional (en términos semejantes se pronunciaba la consulta 5/1968 de la Fiscalía del Tribunal Supremo). Por tanto, todas las condenas desenlazadas a esos efectos podrán ser revisadas y una vez efectuada la valoración, habrán de ser enlazadas nuevamente por la Administración Penitenciaria, para computar respecto del total el período de libertad condicional (disposición transitoria 1ª.5.1ª del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario).

c) Acumulación de condenas con limitación de cumplimiento con arreglo al art. 70.2ª del Código Penal

Mucho más problemático es el supuesto en que la pluralidad de condenas determine una limitación en el tiempo de cumplimiento en los términos previstos en el art. 70.2ª del Código Penal.

Surgen aquí dos cuestiones:

a) La primera es de orden sustantivo: si la comparación debe hacerse individualizadamente, es decir ponderando cada una de las condenas acumuladas; o si, por el contrario, ha de efectuarse globalmente atendiendo al resultado total.

b) La segunda tiene carácter procesal: hay que dilucidar si en el caso de que las penas acumuladas se hubiesen impuesto en diversas sentencias, la revisión deberán hacerla los respectivos órganos judiciales; o si la competencia para tal revisión se residenciará exclusivamente en el último órgano sentenciador (art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

La respuesta que se dé a la primera cuestión condicionará en gran medida la solución para el segundo punto planteado, aunque también cabrían soluciones mixtas en que se dé intervención a ambos órganos sentenciadores.

El tema no es fácil de resolver y se presta a interpretaciones muy dispares que pueden contar todas con argumentos muy atendibles.

Un examen detenido de la cuestión valorando las consecuencias y problemas prácticos que pueden derivarse de optar por una u otra solución, invita a inclinarse por entender que la comparación habrá de ser global, en su conjunto y no individualizada.

Por tanto, se partirá de la liquidación de condena conjunta en la que ya estará determinado, con las limitaciones del art. 70.1ª, el tiempo real de cumplimiento correspondiente a las diversas penas acumuladas.

A continuación se tomará en consideración el tiempo de cumplimiento que podría corresponder a ese concurso real de delitos con arreglo a las disposiciones del nuevo Código Penal, para lo que habrá que ver la penalidad máxima que correspondería a las diversas infracciones y operar con los límites establecidos en el nuevo art. 76 (valorando, en su caso, lo dispuesto en el art. 78).

Si la duración efectiva de las penas acumuladas con arreglo al Código Penal derogado no excede de la que podría cumplirse de conformidad con el régimen del nuevo Código Penal (art. 76), no será procedente la revisión. En otro caso, habrá que revisar las distintas penas impuestas, adecuarlas todas al nuevo Código Penal y aplicar sobre las resultantes las limitaciones del art. 76.

No obstante, al igual que en el caso del concurso ideal, la excepción vendrá representada por la presencia de una pena impuesta por un hecho despenalizado. En ese caso, esa pena debe ser eliminada y, en su caso, realizar una nueva acumulación si fuese procedente, aunque se mantengan las penas impuestas de acuerdo con el Código Penal derogado.

Aunque, ante la carencia de criterios legales expresos, la cuestión es discutible, se entiende que en favor de la solución que se propone militan muy importantes argumentos teóricos y prácticos:

a) El tratamiento punitivo del concurso real, introduciendo limitaciones al principio de acumulación material, es materia que, aunque juegue no en la imposición de las penas sino en su cumplimiento (a diferencia de lo que sucedía en los Códigos Penales históricos), pertenece al derecho penal sustantivo (sentencias 4400/1994, de 27 de abril o 6000/1994, de 15 de abril). Se trata de una regla más de determinación de la pena. El principio de valoración conjunta proclamado por la disposición transitoria segunda del nuevo Código Penal («aplicación de las normas completas de uno u otro Código») en sintonía con una reiterada Jurisprudencia, sólo se respetará en su integridad si la valoración se hace de forma global, tomando en consideración también el distinto régimen que para el concurso real establecen uno y otro texto (sentencia del Tribunal Supremo de 18 de enero de 1993: «el principio de retroactividad de la ley penal más favorable conlleva la aplicación íntegra de la ley más beneficiosa, incluidas aquellas de sus normas parciales que puedan resultar perjudiciales en relación con la ley anterior, *siempre que el resultado final suponga beneficio para el reo*»).

b) Aunque inspirado en iguales principios, el art. 76 del nuevo Código Penal contiene significativas diferencias respecto del sistema contemplado en la regla 2ª del art. 70, diferencias que se acrecientan al contemplar el nuevo art. 78, lo que en el caso de optarse por una revisión individualizada arrastraría el difícil problema de dilucidar con arreglo a qué cuerpo legal han de fijarse los límites al cumplimiento.

c) Como ya se razonaba en la consulta 3 bis/1993, de 9 de diciembre, de esta Fiscalía General, en el art. 70 del Código Penal el cómputo del triplo de la pena más grave o de treinta años es un cómputo jurídico y no de cumplimiento efectivo como sucede en el art. 76 del nuevo Código. De ahí que cuando las penas se refunden en aplicación del art. 70.2ª del Código Penal se produce -en palabras de la referida Consulta- no sólo un cambio cuantitativo, sino una modificación cualitativa, una novación de las penas singulares asignadas por ley a cada uno de

los ilícitos enjuiciados por una pena global de distinta duración a la adición de las anteriores y cuya definitiva conformación es tarea judicial. Se trata pues, de una reacción unificada ante una pluralidad de actos criminales. En esa dirección apunta la más reciente Jurisprudencia buscando cierto parangón con otros ordenamientos jurídicos de nuestro entorno (sentencia 936/1995, de 3 de noviembre: «...no debe buscarse una refundición, sino más bien la fijación o determinación de una única pena que no sólo absorbe la totalidad de las sanciones impuestas y a ella accede el Tribunal tomando en ponderación las concurrentes condiciones en los diferentes delitos y la personalidad del sujeto, así como otras variadas circunstancias para conseguir así una punición correlativa y adecuada a la culpabilidad en una debida proporción y con la mira puesta en su resocialización).

d) La valoración individualizada tropezaría con inconvenientes insorteables. Así, los derivados de fijar el tiempo efectivo de duración de algunas de las penas acumuladas: precisamente aquellas que quedarán extinguidas automáticamente al llegar el penado a los límites establecidos por el art. 70.2ª, sin haber iniciado su cumplimiento. Por tanto la duración efectiva sería «cero días». Tomar como término de comparación su duración nominal, sin atender a la redención, sería frustrar la forma en que el legislador quiere que se haga la comparación.

Si se opta por el sistema de valoración global y conjunta la secuela inmediata es que cuando las diversas penas no se hayan impuesto en la misma sentencia, el órgano judicial llamado a efectuar la revisión habrá de ser el último órgano sentenciador (art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal). Es el órgano competente para la acumulación el que ha de efectuar la valoración conjunta de ambos cuerpos legales. Desdoblar la competencia, de forma que apreciada la necesidad de revisión se defiriese a cada uno de los demás órganos judiciales sentenciadores la tarea de revisar cada una de las penas, complicaría en extremo el sistema.

El sistema propuesto, además, agiliza enormemente desde el punto de vista práctico la tarea de revisión. Este argumento por sí solo no sería suficiente para decantarse por él, pero sí sirve para reforzar las razones de tipo teórico que antes se aducían.

Podría objetarse que no resulta correcto que un órgano judicial revise de esta forma una sentencia firme dictada por otro Juez o Tribunal. Pero la objeción, aun siendo de peso, no es en modo alguno definitiva. Por una parte, porque la disposición transitoria tercera menciona que las liquidaciones provisionales de las penas en ejecución se remitirán por los Directores de los Centros Penitenciarios «a los Jueces o Tribunales que estén conociendo de la ejecutoria», y en este caso, no es del todo rechazable afirmar que están conociendo de la ejecutoria tanto el órgano que sentenció como el órgano judicial que llevó a cabo la acumulación, fijando el límite máximo de cumplimiento. Y, por otra parte, porque la propia ley desprecia esa objeción: la disposición transitoria quinta permite al Consejo General del Poder Judicial asignar la labor de revisión en régimen de exclusividad a determinados órganos jurisdiccionales que proceden así a revisar sentencias dictadas por otros, permitiendo desapoderar al órgano sentenciador de la tarea de revisión.

Además la labor que realiza el último órgano judicial sentenciador al acumular las diversas condenas, como extensamente se razonaba en la consulta 3/1989, de 12 de mayo de esta Fiscalía General, no es de «ejecución» sino que entra de lleno en la función de «juzgar», participa de la potestad declarativa de juzgar: es parte de la labor de determinación de la pena, aunque la lleve a cabo un órgano distinto del que enjuició por razones de carácter procesal. Por ello no puede resultar tan insólita la atribución en este caso de la posibilidad de revisar las condenas efectuando una valoración global al Juez o Tribunal que llevó a cabo la refundición.

La resolución que se dicte en estos casos efectuando la revisión o declarando no haber lugar a ella será susceptible de casación (art. 988 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

No se oculta que pese a que se opte por el sistema que aquí se propugna inevitablemente aparecerán supuestos en que deban acumularse penas impuestas con arreglo al Código Penal derogado y otras impuestas de acuerdo con el Código de 1995. Puede suceder con relativa facilidad con hechos que se enjuicien a partir del 25 de mayo de 1996 y sean conexos con otros hechos ya sentenciados, especialmente si los hechos se han cometido ya bajo la vigencia del nuevo texto punitivo. Para esos casos la regla 2ª del número 5 de la disposición transitoria

primera del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero establece que «se estará a lo que disponga el Juez o Tribunal, en orden al sometimiento de la ejecución a las normas de uno u otro Código». Aunque habrá que atender a las circunstancias de cada caso concreto, en principio se pueden establecer unas reglas indicativas:

- Las diversas penas se ordenarán por su gravedad para su cumplimiento sucesivo en la forma prevista en el art. 70.1ª del Código Penal derogado (75 del nuevo Código Penal).

- Según que la pena que se esté cumpliendo en cada momento corresponda a un Código u otro, serán aplicables o no los beneficios de la redención de penas por el trabajo.

- En cada caso se decidirá el límite en atención a uno u otro texto legal, según las circunstancias particulares y en especial al dato del Código con arreglo al cual se haya impuesto la pena más grave.

- Si, ordenadas las penas por su gravedad, aparece que todas las que se van a cumplir efectivamente por no sobrepasar los límites establecidos legalmente han sido impuestas conforme a una misma legislación, será esa legislación la que determine la forma de efectuar la limitación (por ejemplo, la acumulación de 4 penas de prisión menor de seis años con otras penas de dos años de prisión del nuevo Código Penal, atenderá para fijar la limitación de cumplimiento al art. 70 vigente en la actualidad, por cuanto las penas impuestas con arreglo al nuevo Código Penal no llegará a cumplirlas efectivamente al haberse extinguido al llegar al límite del triplo de la máxima).

- En todo caso el tiempo de cumplimiento efectivo no podrá sobrepasar los veinte años (o, en sus respectivos casos, los veinticinco o treinta años) señalados en el art. 76 del nuevo Código Penal (principio que se deduce de lo razonado en el apartado IX de esta circular).

XI. MEDIDAS DE INTERNAMIENTO AL AMPARO DEL ART. 8.1 DEL CÓDIGO PENAL QUE SE DEROGA

Un comentario específico requiere todo lo relacionado con las personas ingresadas por aplicación de la medida impuesta en sentencia que prevé el vigente art. 8 del Código Penal.

En la actualidad la medida impuesta no está sujeta a plazo alguno, sino tan sólo a que se mantengan los presupuestos para su adopción. El art. 101.1 del nuevo Código Penal, sin embargo, acogiendo un criterio plasmado doctrinalmente y recogido en algunas recomendaciones de organismos internacionales, establece que «el internamiento no podrá exceder del tiempo que habría durado la pena privativa de libertad si hubiera sido declarado responsable el sujeto, y a tal efecto el Juez o Tribunal fijará en la sentencia ese límite máximo».

Se trata de una norma penal a la que es aplicable todo el régimen de retroactividad de las leyes penales. Así lo concreta la disposición transitoria décima.

Las medidas en ejecución impuestas con arreglo al art. 8.1 del Código Penal vigente, dado que en éste no se fijaba límite máximo de cumplimiento, exigen la revisión en todo caso. El párrafo 2º de la disposición transitoria décima prescribe:

«En aquellos casos en que la duración máxima de la medida prevista en este Código sea inferior al tiempo que efectivamente hayan cumplido los sometidos a la misma el Juez o Tribunal dará por extinguido dicho cumplimiento y, en el caso de tratarse de una medida de internamiento, ordenará su inmediata puesta en libertad».

De acuerdo con lo ya razonado la efectividad de esta disposición queda diferida a la entrada en vigor del nuevo Código Penal. Pero de su contemplación se deriva la necesidad de que desde la publicación del nuevo Código Penal y en previsión de tal disposición, los señores Fiscales procedan de la siguiente forma:

- Examinarán todas las causas en que existan en ejecución medidas de internamiento acordadas al amparo del art. 8.1 del Código Penal, realizando las peticiones oportunas para que se fije el límite máximo de cumplimiento.

- Ese límite vendrá dado por la pena que correspondería al delito en el nuevo Código Penal, sin que pueda acudir al antiguo Código Penal, aunque el límite fuese inferior habida cuenta de la necesidad de valorar globalmente una y otra legislación.

- Si de ese límite resultase la necesidad del levantamiento de la medida impuesta a la entrada en vigor del nuevo Código Penal o en fechas próximas, se valorarán los informes médicos y demás circunstancias. En atención a los mismos los señores Fiscales decidirán:

a) Si lo procedente es la puesta en libertad de acuerdo con los criterios que sienta el art. 8.1, se solicitará la misma del Juez o Tribunal.

b) Si se considera que es procedente mantener el internamiento, deberá instarse en vía civil al amparo del art. 211 del Código Civil.

- Al mismo tiempo será necesario aunque con menor urgencia proceder en cuanto a todas esas situaciones en la forma que previene la disposición adicional primera del nuevo Código Penal, instando, en su caso, la declaración de incapacidad ante la jurisdicción civil.

En lo que respecta a la revisión de medidas acordadas al amparo del art. 9.1 del Código Penal, se exigirá una comparación entre los límites de las penas imponibles con arreglo al viejo y al nuevo Código Penal para el delito que haya determinado la condena. Dicha comparación en principio no suscita problemas que no hayan sido abordados.