

DOCTRINA DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Circular 2/1996, de 22 de mayo, sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores.

Referencia: FIS-C-1996-00002

I. INTRODUCCIÓN

La aplicación retroactiva de la Ley Penal en cuanto resulte más favorable presenta dos vertientes. De un lado la que puede denominarse retroactividad de primer grado que impone la aplicación de la nueva norma punitiva siempre que sea más beneficiosa a los hechos no enjuiciados todavía. La otra vertiente llega más lejos al determinar la necesidad de revisar las sentencias todavía no totalmente ejecutadas, llegando a afectar a la institución de la cosa juzgada.

En la Circular 1/1996 se marcaron unas pautas interpretativas en relación con esa segunda faceta. En ésta se abordan las cuestiones de derecho transitorio relacionadas con la incidencia del nuevo Código Penal sobre los hechos todavía no enjuiciados en el momento de su entrada en vigor. Aunque algunos de los principios enunciados en la anterior Circular rigen también en la aplicación directa de los nuevos preceptos penales a hechos no enjuiciados, esta tarea presenta unos perfiles propios y unos problemas específicos que reclamaban un nuevo pronunciamiento de la Fiscalía General del Estado.

II. LEY PENAL APLICABLE Y MOMENTO DE COMISIÓN DEL DELITO

a) Criterios generales

Es claro que los delitos cometidos en fecha posterior al 24 de mayo de 1996 habrán de ser enjuiciados de acuerdo con la nueva normativa penal (disposición final 7ª), sin que sea factible en ningún caso la aplicación de las disposiciones del Código Penal derogado salvo aquellas cuya vigencia ha sido expresamente salvada [arts. 8.2. 9.3, 20.1ª, 22.2ª, 65 y 417 bis: punto 1.a) de la Disposición derogatoria única de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre].

Esta primera y diáfana premisa exige decidir en cada caso cuál sea el momento de comisión del delito. A tal finalidad sirve el art. 7 del Código Penal de 1995:

«A los efectos de determinar la Ley penal aplicable en el tiempo, los delitos y faltas se consideran cometidos en el momento en que el sujeto ejecuta la acción u omite el acto que estaba obligado a realizar».

El precepto deja sin resolver algunos supuestos que pueden plantear dudas como son los delitos permanentes, continuados, habituales o de tracto sucesivo en que parte de las acciones se hayan realizado antes de la vigencia del nuevo Código y otras cuando ya está en vigor.

b) Delitos permanentes

En cuanto a los delitos permanentes serán de aplicación los criterios establecidos en el art. 132.1 del nuevo Código Penal, que, aunque se refieren a la prescripción del delito, son trasladables a esta cuestión. El delito se entenderá perpetrado bajo la vigencia del nuevo

Código y se aplicarán sus disposiciones en todo caso, aunque pudieran ser más beneficiosas las del Código Penal derogado (sentencias de 7 de junio de 1988 o 21 diciembre de 1990).

Este criterio no es trasvasable a los delitos instantáneos de efectos permanentes, como muchos supuestos de falsedad, en que habrá que estar a la fecha en que se realizó la actividad aunque sus efectos se perpetúen en el tiempo.

c) Delitos continuados

No puede articularse igual solución para los delitos continuados.

- Si el nuevo Código resulta más beneficioso no habrá cuestión: se aplicará en todo caso el nuevo Texto Penal agrupándose bajo un único delito continuado reglamentado por su art. 74 todas las acciones perpetradas, tanto las anteriores como las posteriores al 25 de mayo de 1996.

- Si el nuevo Código es desfavorable, la cuestión es mucho más ardua. En primer lugar debe rechazarse la posibilidad de aplicar la nueva ley más gravosa a los hechos sucedidos con anterioridad a su entrada en vigor por más que esa solución pueda contar con algún antiguo apoyo jurisprudencial (sentencia de 22 de octubre de 1948). Esa postura supondría una inadmisibles aplicación de la nueva Ley en lo no favorable y la irretroactividad de la ley penal posterior perjudicial es un principio irrenunciable.

Tampoco parece factible aplicar a los nuevos hechos la legislación derogada más beneficiosa en la medida en que estaríamos ante una ultra-actividad no consentida por la Ley y se llegaría en algunos casos a resultados absurdos: la realización de algún hecho anterior se erigiría en una injustificable causa de atenuación que provocaría agravios comparativos frente a quien realiza los mismos hechos bajo la vigencia de la nueva norma, sin haber cometido ninguno antes (así, quien realizó una conducta anterior y tres posteriores, merecería menor pena que quien sólo realizó las tres conductas posteriores).

Entender que en esos casos no es posible construir un delito continuado para calificar por separado los hechos aplicando a unos y otros las respectivas normas según su fecha de comisión resulta en extremo artificioso y podría llevar a soluciones muy perjudiciales para el reo por la duplicidad de penas. Tanto el art. 69 bis derogado como el nuevo art. 74 al hablar de preceptos penales semejantes permiten refundir en un solo delito continuado acciones perpetradas bajo la vigencia de textos penales distintos.

Como ha señalado la doctrina no caben soluciones claras y válidas para todos los supuestos. Pero sí se pueden apuntar algunas pautas mediante las que podrá resolverse particularizadamente cada caso:

1. *Pluralidad de hechos cometidos bajo la vigencia de la nueva norma más gravosa.*- Cuando los hechos cometidos bajo la vigencia del Nuevo Código Penal sean por sí solos capaces de integrar un delito continuado (por existir pluralidad de acciones perpetradas después del 24 de mayo) habrá que aplicar en todo caso el nuevo texto punitivo integrando en el único delito continuado también las acciones -una o varias- perpetradas con anterioridad.

2. *Solo una de las acciones se ha perpetrado bajo la vigencia de la nueva norma más gravosa.*- En los casos en que sea una única la acción cometida después del 24 de mayo y ésta constituya en unión con otra u otras acciones anteriores un delito continuado, a través de las posibilidades de individualización de la pena se buscará un *quantum* penológico con arreglo al nuevo Código Penal que hubiera podido aplicarse también de conformidad con la legislación derogada (deducidos los días de redención), lo que no será difícil a la vista del diferente sistema penológico del art. 74 frente a su antecedente (art. 69 bis, que permitía en todos los casos la subida hasta el grado medio de la pena superior).

Es decir, se castigará con arreglo al nuevo Código Penal pero con una limitación: la pena no podrá superar la que fuese imponible con el anterior texto. La duración de pena máxima (teniendo en cuenta la reducción del valor nominal mediante la redención ordinaria) que podría imponerse aplicando la legislación anterior operará como un tope penológico no rebasable para respetar el principio de irretroactividad.

3. Como solución excepcional para algunos casos extremos en que no sea factible lo apuntado en los apartados anteriores (por no permitir el nuevo Código Penal una pena inferior a ese tope penológico marcado por la legislación derogada), no será descartable la ruptura de la continuidad delictiva, siempre y cuando el resultado penológico no perjudique al reo, por ser inferior a la pena imponible al delito continuado con arreglo al nuevo Código Penal.

d) Delitos de hábito

La problemática en estos casos es similar a la desarrollada respecto del delito continuado.

- Ningún problema existirá *cuando la nueva regulación sea más beneficiosa*. Se aplicará en todo caso el nuevo Código Penal.

- *Cuando resulta perjudicial para el reo la nueva norma penal* (por ejemplo el delito de hábito regulado en el art. 153 del Código Penal en comparación con su inmediato precedente: el art. 425 del Código Penal que se deroga) no puede aplicarse sin más la nueva legislación cuando algunos de los hechos determinantes de la «habitualidad» sucedieron antes de su vigencia. Las soluciones han de ser paralelas a las esbozadas respecto del delito continuado:

1. Cuando los hechos sucedidos bajo la vigencia del nuevo Código Penal sean aptos por sí solos para integrar la «habitualidad» típica, se aplicará éste, aunque su regulación resulte perjudicial para el reo. En la única calificación por el nuevo Código Penal se integrarán también las acciones anteriores.

2. En los casos en que no pueda predicarse la habitualidad más que contemplando hechos anteriores y posteriores, no es posible aplicar la nueva norma más gravosa que deberá ceder frente a la ley más beneficiosa. Si, agrupados los hechos anteriores pueden calificarse de habituales, podrán castigarse éstos con arreglo a la legislación anterior, sin perjuicio de castigar también los hechos posteriores aisladamente considerados en el caso de que así lo permita la Ley (como sucede con el delito del art. 153 según reza su inciso final).

e) Delitos en varios actos y de tracto sucesivo

Guardan cierta semejanza con los supuestos que se acaban de analizar los delitos en varios actos o los de tracto sucesivo, por lo que los principios de solución habrán de ser los ya sentados. Así en el delito del art. 227 del nuevo Código Penal en el que, frente a su antecedente (art. 487 bis), se ha reducido el número de las omisiones de pago mensual para que la conducta adquiera rango delictivo y se aplique el nuevo precepto, los dos impagos consecutivos o los cuatro discontinuos han de ser en todo caso posteriores al 25 de mayo de 1996. El nuevo Código Penal tan sólo podrá aplicarse cuando existan dos o cuatro impagos, respectivamente, producidos bajo su imperio.

III. ENJUICIAMIENTO DE HECHOS ANTERIORES CON ARREGLO A LAS DISPOSICIONES DEL NUEVO CÓDIGO PENAL

La aplicación del nuevo Código Penal a hechos sucedidos antes de su vigencia se dará tanto en los juicios posteriores al 24 de mayo de 1996 por hechos anteriores, como en las sentencias en fase de recurso en el momento de la entrada en vigor del Código, es decir en todos los procesos en que no exista una sentencia firme el próximo día 25 de mayo.

La comparación se hará en concreto teniendo en cuenta en su integridad las disposiciones de los dos Códigos y valorando la pena que se impondría en cada caso. Por tanto, a diferencia de lo que sucede en los supuestos de revisión, en estos casos sí que operará plenamente la discrecionalidad que permite una y otra legislación, así como todas las circunstancias que pueden influir en la ejecución y determinar una mayor o menor gravedad (remisión condicional, sustitución de unas penas por otras, redención de penas por el trabajo...).

La regla general es la aplicación del antiguo Código Penal por ser el vigente en el momento de comisión del hecho. La excepción, al menos a nivel teórico, se dará cuando con arreglo al nuevo Código se solicite en concreto una pena que no podría imponerse de acuerdo con el Código derogado, por ser el mínimo de éste más grave. Cuando la duración efectiva de la pena sea igual con arreglo a uno u otro Código se aplicará por regla general el derogado, por ser el

vigente en el momento de comisión de los hechos, aunque con importantes salvedades: es preciso tener en cuenta instituciones como la remisión condicional que, en el caso de poder operar en el supuesto concreto, pueden hacer más beneficioso un texto legal frente a otro pese a ser la duración efectiva de la pena semejante con las dos normas.

No juegan ya aquí con igual taxatividad las excepciones que se vieron al tratar de los supuestos en que no procedía la revisión (penas de multa, por ejemplo, respecto de las cuales habrá que estar a lo establecido en la disposición transitoria octava).

La duración de las penas del viejo Código a efectos de comparación será como en los supuestos de revisión la efectiva probable y no la nominal. Para concretar esa duración ya no se cuenta con las liquidaciones de condena reglamentadas en la disposición transitoria sexta. Se tomará en consideración exclusivamente la redención ordinaria (un día de redención por cada dos días de trabajo lo que equivale a una reducción del 33 por 100 respecto de la duración nominal de la pena) y no la libertad condicional (que es semejante en el nuevo Código, sin perjuicio de las especialidades del art. 91), ni las posibles redenciones extraordinarias. Razones prácticas, su carácter eventual, y la similitud de régimen entre la libertad condicional regulada en ambos Códigos, aconsejan no contabilizar esa eventual libertad condicional (con la consiguiente pérdida de días de redención) en esa operación, aunque no puede olvidarse para supuestos dudosos esa circunstancia que puede tener una cierta incidencia (dado que la interpretación más generalizada lleva a entender que no cabe la redención durante el período de libertad condicional, pese a existir disposiciones administrativas de ámbito geográfico limitado que sí la contemplan).

En los casos en que esas eventualidades (redenciones extraordinarias, libertad condicional anticipada...) sean determinantes a la hora de decidir cuál sería la ley más favorable, habrá que oír de forma especial sobre ese punto al acusado y valorar su opción.

En cualquier caso será aplicable aquí, en cuanto a incidencias que puedan surgir en fase de ejecución de penas que se impongan con arreglo al Código derogado (pérdida de los beneficios de la redención), lo que se recogía en la Circular 1/1996 en cuanto al tope máximo de cumplimiento representado por la pena que se habría podido imponer con arreglo al nuevo Código (apartado 2 de la disposición transitoria primera del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento Penitenciario), lo que puede provocar la necesidad de una revisión.

La prudencia hará buscar, al hacer las peticiones de penalidad, duraciones de penas que no sean problemáticas, por aparecer con claridad y sin riesgos de modificación que es más favorable que la que se derivaría de la aplicación del otro Cuerpo Legal. Ello, lógicamente, sin perjuicio de valorar las circunstancias concretas para, teniendo en cuenta aquellos parámetros, solicitar la pena que se entienda procedente.

En general será legal y procedente toda penalidad impuesta al amparo de uno de los dos Cuerpos Legales, siempre que aplicando el otro texto legal se hubiese podido imponer una pena de duración efectiva superior, produciéndose así una operación muy semejante a la que venía haciéndose según la jurisprudencia a la hora de optar por una u otra forma de penar en los casos de concurso ideal (art. 71 del Código Penal que se deroga). Aunque con el importante matiz que se deriva de la toma en consideración de instituciones como la suspensión de la ejecución o sustitución de las penas privativas de libertad, que pueden ser determinantes en algunos casos para decantarse por la aplicación del nuevo Código Penal.

Conviene insistir en que la comparación ha de hacerse en concreto y con la aplicación global de cada uno de los textos: es decir valorando todas las circunstancias concurrentes en cada caso para comparar las situaciones penales que resultarán particularizadamente según se aplique uno u otro texto legal. Esto puede hacer que en muchos casos la norma que en abstracto parece ser más gravosa, resulte en el caso particular la más beneficiosa y por tanto la aplicable.

La opinión del acusado y su letrado no son vinculantes, pero han de considerarse muy relevantes cuando legalmente no puede definirse con claridad qué legislación es la más favorable por tener que compararse penas de distinta naturaleza (piénsese en los delitos contra el deber de prestación del servicio militar) o introducirse inciertos factores de cotejo (como las

eventuales redenciones extraordinarias que podrán seguir ganando cuantos estén condenados con base en el Código Penal derogado: apartado 1 de la disposición transitoria primera del Real Decreto 190/1996, de 9 de febrero; o en sentido inverso la posible libertad condicional anticipada del art. 91). Igualmente deberá ser tenida especialmente en cuenta la opinión del acusado cuando las penas, aun equivalentes legalmente, comportan una distinta modalidad de ejecución: así la pena de arresto de fin de semana frente a la pena de arresto mayor o arresto sustitutorio (máxime si se constata que el módulo de comparación fijado en la disposición transitoria octava no es aritmético, pues dos días de privación de libertad con arreglo al anterior Código Penal se hacen equivaler a treinta y seis horas).

Las cuestiones procesales que pueden suscitarse de esta operación de comparación para decidir la legislación aplicable exigen diferenciar según haya recaído ya o no sentencia. Serán analizadas en los siguientes apartados con criterios que guardan sintonía con los plasmados en precedentes pronunciamientos de esta Fiscalía (consulta 1/1942, de 21 de mayo o Circular 2/1983).

IV. CAUSAS EN QUE NO HA RECAÍDO SENTENCIA

En causas seguidas exclusivamente por hechos despenalizados en que ya se haya evacuado el trámite de calificación, nada impide solicitar el sobreseimiento libre retirando la acusación sin necesidad de esperar al acto del juicio oral, sin perjuicio de solicitar la oportuna comunicación al órgano administrativo competente si los hechos pudieran merecer sanción administrativa [párrafo final de la letra e) del punto 1 de la disposición derogatoria única]. Esa es la solución que ya se apuntó en la Circular 2/1983.

Las eventuales responsabilidades civiles que puedan derivarse de hechos que hayan sido despenalizados habrán de ventilarse en su caso a través de la jurisdicción civil, sin que sea posible la continuación de la causa a esos únicos efectos, al no existir previsión legal (a diferencia de lo que hacía la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio).

Los trámites de *audiencia al reo* (disposición transitoria segunda) y a su Letrado sobre la legislación que entienden más favorable se efectuarán en el acto del juicio oral. Razones obvias de economía procesal desaconsejan habilitar un trámite previo.

La audiencia del acusado en estos casos será siempre preceptiva (párrafo 2º de la disposición transitoria segunda, en contraposición a lo dispuesto en la disposición transitoria cuarta para la revisión de sentencias o en el art. 2.2 para eventuales reformas futuras ya vigente el nuevo texto penal). Debe entenderse que basta con conferir la posibilidad de efectuar alegaciones: si el acusado renuncia, expresa o tácitamente, a esa audiencia, deberá entenderse cumplido el trámite.

De otra parte, en casos de despenalización y petición de sobreseimiento bastará con la notificación de la decisión de sobreseimiento para dar por cumplido dicho trámite.

La *adecuación de la calificación* realizada por el Ministerio Fiscal al nuevo Código Penal, cuando sea procedente por resultar este texto más beneficioso, se puede llevar a cabo al inicio del juicio oral a través del trámite que habilita el art. 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal o en el momento de la modificación de conclusiones (consulta 1/1942 de la Fiscalía del Tribunal Supremo). No parece exigible una generalizada revisión de calificaciones en momentos previos, habilitando un trámite no existente procesalmente, pero tampoco se aprecia obstáculo a que así se haga cuando las circunstancias concurrentes puedan aconsejarlo.

Dada la forma en que se hace el contraste entre las dos legislaciones, en muchos de los casos la opción por uno u otro Código Penal dependerá en definitiva del arbitrio judicial a la hora de individualizar definitivamente la pena. El juzgador, siempre que respete el principio de aplicación de la ley más favorable en concreto, puede aplicar de oficio un texto penal distinto del invocado por el Fiscal en su calificación, sin que ello suponga violación del principio acusatorio y sin que sea exigible el planteamiento de la tesis regulada en el art. 733 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (sentencia de 14 de febrero de 1968), pudiendo aducirse también las sentencias de 15 de febrero y 12 de mayo de 1989 o de 18 de enero de 1991).

V. CAUSAS CON SENTENCIA PENDIENTE DE RECURSO

Se procederá en la forma que previene la disposición transitoria novena que distingue según estemos ante un recurso de apelación o de casación.

Tratándose de un *recurso de casación*, se aplicará lo establecido en los apartados b) y c) de la citada norma. Se zanja así la controversia jurisprudencial acerca de la posibilidad de revisión en la fase de casación: el Tribunal Supremo, en sentencias de 14 de noviembre de 1989 y 2 de marzo de 1990, entre otras, sostuvo la inconveniencia de efectuar en esta fase la operación revisora, postulando la devolución de las actuaciones a tal fin al juzgador de instancia. Esta tesis fue cuestionada en otras resoluciones del citado Tribunal (sentencias de 22 de abril y 8 de noviembre de 1991), con apoyo en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y recordándose que dicha posibilidad de *ius novorum* en casación ya se acogió por la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, en su disposición transitoria quinta.

La disposición transitoria novena, siguiendo este último criterio jurisprudencial, previene:

- Si el recurso de casación aún no está formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos del nuevo Código.

- Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se dará nuevo traslado 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 del nuevo Código, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el Fiscal y el Magistrado Ponente, continuando la tramitación conforme a Derecho.

Si se tratara de un recurso de apelación tanto en un juicio de faltas como en un procedimiento abreviado, «las partes podrán invocar y el Juez o Tribunal aplicará de oficio los preceptos del nuevo Código, cuando resulten más favorables al reo» [apartado a) de la citada disposición transitoria novena].

Aunque en los recursos de apelación no se prescribe expresamente, la audiencia del Fiscal y de la defensa debe entenderse necesaria. Si el recurso se interpuso antes del 25 de mayo, la audiencia podrá realizarse en el trámite de la vista o, de celebrarse sin vista, abriendo antes de la resolución del recurso un traslado para alegaciones de las partes a tales efectos.

Tampoco se prevé específicamente para los supuestos de causas pendientes de recurso una audiencia del condenado antes de la resolución sobre la legislación más favorable. No es aplicable aquí la disposición transitoria segunda y debe considerarse que es suficiente la audiencia del letrado. Aunque nada impide que por aplicación del art. 2.2 del nuevo Código Penal el Tribunal *ad quem* en casos de duda pueda, antes de resolver, oír directamente al reo sobre la procedencia de aplicar una u otra legislación.

VI. MODIFICACIONES EN MATERIA DE PERSEGUIBILIDAD

En el nuevo Código Penal algunas infracciones consideradas clásicamente como públicas se han convertido en semipúblicas, al exigir su persecución el requisito de la previa denuncia del ofendido. Los casos más significativos son los delitos de desacato, que han perdido su autonomía al reconducirse a las tipicidades de injuria o calumnias aunque sometidos al requisito de simple denuncia (art. 215.1); o los delitos de impago de pensiones tipificados en el art. 227 del nuevo Código Penal.

Ese nuevo requisito de perseguibilidad, ¿ha de jugar respecto de hechos cometidos o procesos incoados antes de su vigencia? La respuesta a este interrogante ha de partir de que estamos ante una cuestión que, aunque es predominantemente procesal (lo que podría determinar, en su caso, la aplicación del principio *tempus regit actum*), repercute también en uno de los elementos del delito: la punibilidad.

A diferencia de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, el nuevo Código Penal no contiene previsiones transitorias sobre este punto, lo que obliga a dar pautas interpretativas que han de diferenciar las distintas situaciones posibles:

a) La naturaleza primordialmente procesal de los requisitos de perseguibilidad lleva a entender que a partir de la vigencia del nuevo Código Penal la incoación de un proceso por injurias o calumnias a funcionario público o autoridad o por el delito del art. 227 (que se corresponde con el anterior art. 487 bis) exigirá la correspondiente denuncia del perjudicado o, en los casos legalmente previstos, del Ministerio Fiscal (art. 228, inciso final), aunque el hecho se hubiese cometido antes de la entrada en vigor del nuevo Código Penal (sentencia de 15 de noviembre de 1991).

b) La exigencia de ese nuevo requisito de perseguibilidad no tendrá sin embargo incidencia alguna en los hechos ya sentenciados en la medida en que el proceso se inició y concluyó con arreglo a las disposiciones procesales vigentes durante su sustanciación.

c) Más discutible puede resultar el alcance de la nueva disposición en los procesos pendientes. No existe problema alguno y el proceso habrá de proseguir normalmente si se incoó en virtud de denuncia o querrela de la persona legitimada. En los demás casos en la medida en que el legislador de 1995 por motivos que no es preciso ahora detallar ha querido que esos procesos no se inicien si no es con la anuencia del ofendido, a cuyo fin ha impuesto como requisito de procedibilidad la interposición de denuncia, se hace necesario subsanar el defecto sobrevenido. La subsanación se puede llevar a cabo llamando al perjudicado a tales fines. Su oposición a que continúe el proceso se traducirá en la necesidad del sobreseimiento por ausencia de un requisito de procedibilidad. En otro caso éste deberá entenderse cumplido. Conviene recordar aquí a estos efectos la flexibilización del requisito de la denuncia previa que ha caracterizado desde antiguo a la jurisprudencia del Tribunal Supremo: las actuaciones posteriores de la víctima, tales como la declaración sumarial (sentencia de 29 de mayo de 1963), el escrito de calificación (sentencia de 19 de diciembre de 1974), o su mera no oposición a la prosecución del proceso ante el ofrecimiento de acciones (sentencia de 2 de octubre de 1975) o al conocer la pendencia de la causa (sentencias de 1 de diciembre de 1958, 7 de junio de 1968, o 18 de noviembre de 1975) sirven para convalidar la ausencia de denuncia.

d) La flexibilización de la persecución en algunos delitos, sin embargo, no puede entenderse aplicable a hechos anteriores, por más que doctrinalmente pudiera sostenerse lo contrario. A esa solución lleva la disposición final séptima de la Ley Orgánica 10/1995. Por tanto en los delitos contra la libertad sexual perpetrados con anterioridad al 25 de mayo de 1996 y sometidos al régimen de denuncia previa, no podrá acudir a la posibilidad de querrela del Fiscal permitida por el art. 191 del nuevo Código Penal.

e) Por último en cuanto a esta materia conviene referirse a una cuestión que puede suscitar dudas: el nuevo régimen de perseguibilidad de las injurias o calumnias con publicidad. El art. 215.1, al hablar de la necesidad de querrela sin matización alguna en cuanto a la concurrencia de publicidad, en principio parece determinar la derogación tácita de la especialidad que sobre este punto se contenía en el art. 4.1 de la Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

VII. PRESCRIPCIÓN

La prescripción del delito y de la pena, como causas de extinción de la responsabilidad criminal tienen naturaleza sustantiva, tal y como ha declarado reiteradamente la jurisprudencia. De ahí que el principio de retroactividad de la ley penal en lo favorable sea aplicable a tal instituto (consulta 6/1955, de 23 de febrero de la Fiscalía del Tribunal Supremo).

Los plazos en general más breves que fijan los arts. 131 y 133 sólo serán apreciables en relación con las penas asignadas al delito por el nuevo Código Penal. De nuevo hay que subrayar que la valoración ha de ser en conjunto y no fragmentaria (disposición transitoria 2ª). No es posible establecer el plazo de prescripción con uno de los textos penales utilizando las penas fijadas por el otro Código Penal. Habrá que ver con arreglo a uno de los cuerpos legales la pena que corresponda y su plazo de prescripción. Y comparar con la pena y el plazo prescriptivo fijado en el otro Código para, tras ese cotejo conjunto, decidir cuál sea la norma más favorable íntegramente considerada, que siempre lo será aquella a tenor de la cual se puede apreciar la prescripción, aunque sus penas puedan ser más graves. Pero no será dable combinar penas de un Código con plazos prescriptivos del otro.

Sí será procedente decretar la prescripción cuando con arreglo al nuevo 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 del nuevo texto punitivo.

VIII. LEGISLACIÓN PENAL ESPECIAL

Junto al nuevo Código Penal perviven algunas leyes penales especiales de aplicación por la jurisdicción ordinaria. Para adecuar sus penas a las establecidas en el texto punitivo la disposición transitoria undécima traza un cuadro de equivalencias, de forma que con la vigencia de la Ley Orgánica 10/1995 las penas fijadas en la legislación penal especial han de entenderse sustituidas por las fijadas en la mentada disposición transitoria.

La acomodación genera ciertas disfunciones en los casos en que las penas no son establecidas en toda su extensión. Así sucede, por ejemplo, en los delitos de contrabando (art. 3 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre); o en algunos delitos electorales (arts. 142 ó 148 de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General) en que se recogen penas de prisión menor en grado mínimo, medio o máximo, siendo así que la división de las penas en tres grados ha desaparecido en el nuevo sistema penológico. ¿Cómo ha de realizarse la sustitución?

La conversión de la pena impuesta en alguno de sus grados en la equivalente a la pena en toda su extensión no es justa ni proporcionada. Así la pena de prisión menor en sus grados medio o máximo del art. 3 de la Ley Orgánica 12/1995 no podría ser sustituida por la pena de prisión de seis meses a tres años. Basta pensar que ése sería también el sustitutivo de la pena de prisión menor en su grado mínimo prevista en el mismo precepto para otros casos que el legislador ha considerado de menor gravedad.

No queda más solución que la de recuperar para esos casos la división en tres tramos de las penas para formar los grados mínimo, medio y máximo al modo que se disponía en el Código Penal que se deroga (arts. 78 y 79). De esa forma la pena de prisión de seis meses a tres años deberá fragmentarse en tres períodos iguales (seis meses a un año y cuatro meses; un año, cuatro meses y un día a dos años y dos meses; y dos años, dos meses y un día a tres años), para respetar la dicción y el espíritu de los preceptos de leyes penales especiales que señalan penas no impuestas en toda su extensión, sin perjuicio de que a los efectos de atenuantes y agravantes y de la posible degradación de penas haya que estar a lo reglamentado en los arts. 66 y 70 del nuevo Código Penal.

La eficacia de la disposición transitoria comentada no alcanza desde luego a las penas establecidas en el Código Penal Militar. Así se deduce tanto del inciso inicial de la norma, como de las penalidades establecidas en tal Cuerpo Legal cuya nomenclatura se aparta de la clásica división (reclusiones, prisiones, arrestos) del Código Penal Común derogado.

IX. COMPETENCIA OBJETIVA

La disposición final primera de la Ley Orgánica 10/1995 modifica los arts. 14.3 y 779 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal recomponiendo tanto la distribución de asuntos penales entre los Juzgados de lo Penal y la Audiencia Provincial como el ámbito del procedimiento abreviado.

Además, dado que no se ha modificado el art. 14.1 de la Ley Procesal Penal que fija las competencias de los Juzgados de Paz, se hace imprescindible acoplar las menciones a preceptos y títulos del Código Penal derogado a los nuevos tipos penales.

a) *Competencia objetiva para conocer de las faltas*

La acomodación del art. 14.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal ha de hacerse atendiendo a criterios teleológicos que superen el puro nominalismo, lo que supone la búsqueda de los tipos que en el nuevo Código Penal sean equivalentes a los mencionados en el citado precepto.

Con esa base habrá que entender que las faltas del Nuevo Código Penal competencia de los Juzgados de Paz cuando se cometan en su respectivo término municipal serán las siguientes:

a) Todas las faltas comprendidas en los títulos III y IV del libro III del Nuevo Código Penal - arts. 629 a 637-, en la medida en que sus rúbricas vienen a coincidir, con alguna variación despreciable, con los títulos II y I, respectivamente, del libro III del Código Penal que se deroga. No será obstáculo para esa atribución de competencias que algunas de las nuevas infracciones no tengan un equivalente exacto en el texto punitivo anterior (por ejemplo, arts. 630, 632, 635 y 636).

b) Las faltas contempladas en el art. 620, con excepción de las injurias leves (art. 620.2º inciso penúltimo); esto es, las faltas de amenazas, coacciones o vejaciones, que son las herederas de las que contemplaba el art. 585 derogado. El conocimiento de las faltas de injurias leves, sin embargo, seguirá residenciado en los Juzgados de Instrucción tal y como sucedía con su antecedente inmediato (art. 586.1ª).

Las menciones del art. 14.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal a las faltas de los arts. 572, 576, 590, 594 y 596 han de considerarse vacías de contenido al carecer de referentes en el nuevo Código Penal.

En otro orden de cosas, idénticos parámetros sirven para afirmar que las faltas de los arts. 618 (antiguo art. 584.5º) y 622 (anterior art. 584.5º) vendrán atribuidas a los Juzgados de los Menores por aplicación del art. 9.2º de la Ley reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores (según la redacción dada por la Ley Orgánica 4/1992, de 5 de junio).

b) Distribución de competencias entre los Juzgados de lo Penal y las Audiencias Provinciales: régimen transitorio

El art. 14.3º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal modificado por la disposición final primera de la Ley Orgánica 10/1995 redefine el ámbito de competencias de los Juzgados de lo Penal, que vendrán a conocer de los delitos menos graves. Se entienden por tales los delitos castigados con penas que en su extensión superior no rebasen los límites del art. 33.3 (art. 13.2 y 4), es decir, penas de prisión, inhabilitación, suspensión, o prohibición de residir en determinados lugares hasta tres años; privación del derecho a conducir o del derecho a la tenencia y porte de armas hasta seis años; multa; y arresto de fin de semana.

El problema más acuciante que plantea esta redistribución de competencias es el de determinar su incidencia en las causas pendientes o que puedan incoarse por hechos sucedidos antes del 25 de mayo, es decir, modelar el régimen de transitoriedad del nuevo reparto de competencias.

El criterio a sostener de acuerdo con los razonamientos que a continuación se exponen será la aplicación de la norma competencial vigente en el momento de comisión de los hechos enjuiciados. Doctrinalmente la cuestión podría prestarse a respuestas muy dispares paralelas a las diversas tesis, repletas de matices y variaciones, que se han elaborado en torno a la eficacia temporal de las leyes procesales. Pero desde el punto de vista del derecho positivo la solución apuntada es la única que encuentra un expreso respaldo en la Ley, sin perjuicio de que otras consideraciones en torno al derecho constitucional al juez ordinario predeterminado pueden aportar otros argumentos en pro de esa solución que, además, es la más operativa y funcional.

1.º La carencia de disposiciones que regulen la aplicación en el tiempo de la nueva distribución de competencias es sólo aparente. Ciertamente no existen normas transitorias específicas. Pero sí se encuentra una norma general que regula el régimen general de aplicación en el tiempo del nuevo Código Penal y que abarca también a las disposiciones finales, incluida la primera. En efecto la disposición final séptima de la Ley Orgánica 10/1995 establece:

«El presente Código entrará en vigor a los seis meses de su completa publicación en el «Boletín Oficial del Estado» y se aplicará a todos los hechos punibles que se cometan a partir de su vigencia».

Todas las disposiciones del nuevo Código Penal -también la nueva norma procesal competencial, contenida en su disposición final primera- son aplicables exclusivamente a los

hechos punibles cometidos cuando ya ha entrado en vigor. Los hechos acaecidos con anterioridad habrán de regirse por las normas precedentes, incluidas las normas competenciales, salvo que en las disposiciones transitorias se disponga especialmente algo distinto. En cuanto a las normas penales sustantivas que puedan ser más favorables se establece esa excepción al principio general de la disposición final séptima en la disposición transitoria primera. Y, en unos aspectos puramente procedimentales, también hay excepciones en las disposiciones transitorias tercera y siguientes que entraron en vigor el día de la publicación de la Ley (inciso inicial de la disposición transitoria tercera).

Sin embargo, la disposición final primera no está excepcionada de lo preceptuado en la disposición final séptima. En consecuencia hay que estar a su tenor y entender que será aplicable a «todos los hechos punibles que se cometan», a partir de la vigencia de la Ley, es decir a partir del 25 de mayo próximo.

No sería factible diseccionar la disposición final séptima para sostener que se refiere exclusivamente a los aspectos sustantivos de la Ley Orgánica 10/1995 y no a los procesales como los contenidos en la disposición final primera. Ni siquiera cabría argüir que al hablarse de «Código» se está pensando tan sólo en el articulado principal del nuevo Cuerpo Legal (arts. 1 a 639) y no se están contemplando sus disposiciones adicionales y finales que son también parte del Código. Si fuese así, la secuela inmediata sería deducir que todas las disposiciones finales, y entre ellas la primera, hubiesen entrado en vigor a los 20 días de la publicación de la Ley Orgánica 10/1995 en el «Boletín Oficial del Estado» (art. 2.1 del Código Civil), lo que en modo alguno puede asumirse y de hecho nadie ha llegado a esa interpretación. Es por ello obvio que la disposición final séptima afecta en todo su contenido -plazo de *vacatío* y declaración general de aplicación en el tiempo- a la variación del régimen de competencia objetiva en materia penal.

Por tanto la cláusula general de la disposición final séptima, junto al reconocimiento del principio de irretroactividad de las normas penales sustantivas (exceptuado en lo que resulte favorable por la disposición transitoria primera), sienta una cierta ultra-actividad de las normas de competencia que se derogan en la medida en que van a ser aplicables a todos los procesos incoados por hechos sucedidos antes de la vigencia del nuevo Código Penal, aunque el proceso se ventile y decida ya vigente el nuevo régimen de competencias. El legislador podría haber previsto un tratamiento distinto, pero no ha sido así.

No cabrá tampoco invocar el principio de retroactividad en lo favorable (disposición transitoria primera) que sólo alcanza a las normas penales y no a las de competencia en las que no se puede hablar con propiedad de norma más favorable que otra.

No es esa una técnica nueva, desde luego, pues el legislador la ha utilizado con relativa profusión. Basta recordar la disposición trigésimo cuarta de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1985. O, en fechas mucho más recientes, y con fórmula que se asemeja más a la disposición final séptima comentada, las disposiciones transitorias primera o segunda de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado.

2.º La disposición legal citada sirve para solventar toda posible discusión en torno a la incidencia del novedoso reparto competencial sobre los procesos pendientes. No obstante puede resultar pertinente razonar cómo el criterio legislativo además es más fiel a la últimas exigencias del derecho al «Juez ordinario predeterminado por la ley» que establece el art. 24.2 de la Constitución. De ese derecho constitucional se desprende que no es suficiente con que la competencia venga establecida por la Ley. Es necesario además un factor cronológico: que la competencia esté fijada «con anterioridad al caso», según declaró el Tribunal Constitucional en su sentencia 101/1984, de 8 de noviembre. Ese derecho comporta, en palabras de la sentencia 44/1985 también del Tribunal Constitucional, que «el órgano judicial... esté investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial. Por eso no es aplicable a las normas sobre competencia sin importantes matizaciones el principio general *tempus regit actum* que regula la aplicación en el tiempo de las leyes procesales. En principio las normas sobre competencia no pueden incidir sobre los procesos pendientes, salvo declaración expresa dado que puede ser admisible y compatible con ese derecho a la predeterminación legal del Juez, según ha declarado el Tribunal Constitucional, que la propia ley competencial afirme explícitamente su eficacia respecto de los procesos

pendientes (Auto 381/1992, de 14 de diciembre o sentencias 307/1993, de 25 de octubre, 374/1993, de 13 de diciembre ó 149/1995, de 16 de octubre), como se ha hecho también con relativa frecuencia en las últimas reformas procesales. Pero a falta de declaración expresa el principio general ha de ser el contrario: ha de presumirse que la norma competencial tendrá eficacia exclusivamente respecto a los hechos futuros. Y en el caso que se analiza, además, esa premisa queda legalmente consagrada a través de la disposición final séptima antes glosada (lo que hace inaplicable alguna doctrina jurisprudencial que llevaría a conclusiones distintas: Autos de 9 ó 25 de octubre de 1979; o sentencias de 30 de octubre de 1979 ó 19 de febrero y 11 de abril de 1980, todas de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, aunque es preciso consignar que en otros órdenes jurisdiccionales nuestro Tribunal de Casación suele respaldar la tesis contraria: las normas de competencia sólo se aplican a los procesos futuros, salvo disposición en contrario). Ese fue igualmente el criterio adoptado por la Circular 4/1980 de esta Fiscalía General con motivo de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/1980, de 11 de noviembre, ya derogada.

3.º Por fin, no puede olvidarse que la reforma del art. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal pretende en cierta medida variar los criterios competenciales. Pero su finalidad básica radica sobre todo en adecuar el citado precepto al nuevo sistema penológico. Las variaciones competenciales que se van a producir en el futuro derivan más que de la modificación del art. 14.3, de las variaciones en la penalidad de muchas de las infracciones penales. Por eso sería una conclusión precipitada negar la competencia de los Juzgados de lo Penal para imponer penas de prisión menor superiores a tres años. El nuevo art. 14.3 piensa en las penas de prisión del nuevo Código Penal pero no en las penas privativas de libertad del Código Penal que se deroga que son significativamente diversas pues su valor nominal no coincide con su valor efectivo. El art. 14.3 fija en tres años de privación de libertad el techo competencial de los Juzgados de lo Penal atendiendo a la nueva pena de prisión que no admite reducciones por redención de penas por el trabajo. Así se puede deducir de la disposición transitoria undécima que hace coincidir justamente la pena de prisión menor (que determinaba la antigua competencia de los Juzgados de lo Penal) con la nueva pena de prisión de seis meses a tres años. Por estas razones resultaría completamente distorsionador pretender combinar el nuevo criterio competencial con las penas solicitadas con arreglo al Código Penal que se deroga dado que la duración de las nuevas penas no es homologable con las establecidas en el anterior texto punitivo. En esta misma línea debe resaltarse que el concepto de delitos «graves» o «menos graves» que maneja el reformado art. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal carece de paralelismo en el Código Penal derogado. Tratándose de delitos del Cuerpo Penal que se deroga, no puede hablarse en rigor de delitos graves o menos graves y cuando en algún lugar de nuestro ordenamiento se utilizaba esa terminología era precisamente para considerar delitos menos graves los castigados con pena igual o inferior a la de prisión menor (art. 21.2 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España). Y, por fin, tampoco sería asumible optar por uno u otro régimen competencial según la legislación penal sustantiva que sea aplicable: ese criterio, aparte de no contar con base legal, introduciría un factor de inseguridad intolerable en la medida en que en muchos casos hasta la definitiva individualización en la sentencia no se puede determinar la legislación más favorable.

Cuestión distinta es la repercusión que en la competencia puedan tener las modificaciones penológicas de carácter sustantivo: en efecto, fijada la competencia objetiva en atención a la penalidad, la variación legal de ésta puede hacer variar la competencia. A estas transformaciones de la competencia, derivadas de modificaciones de carácter sustantivo y no procesal, sí debe concedérseles eficacia sobre todos los hechos pendientes de enjuiciamiento. Así la conversión legal de un delito en falta provocará la necesidad de que la falta sea enjuiciada por el Juez de Instrucción, por aplicación de la norma de competencia previgente que declara la competencia del Juez de Instrucción para conocer de las faltas.

En definitiva, el *ius superveniens* sustantivo sí puede determinar variaciones de competencia en la medida en que sea aplicable al hecho. Pero el *ius superveniens* competencial está llamado a disciplinar exclusivamente los procesos por hechos futuros.

De este desarrollo argumental se derivan las siguientes conclusiones:

1. El nuevo régimen de competencia objetiva será aplicable solamente a los procesos que se incoen por hechos sucedidos tras la entrada en vigor del nuevo Código Penal, es decir, a partir del 25 de mayo de 1996.

2. Para todos los hechos anteriores la competencia para el enjuiciamiento se fijará atendiendo a las reglas contenidas en el art. 14.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal según la redacción dada por la Ley Orgánica 7/1988, de 28 de diciembre, con independencia de cuál sea la norma sustantiva aplicable, y atendiendo a las penas que correspondan al hecho.

3. Por tanto si es aplicable el nuevo Código Penal por ser norma punitiva más favorable, se estará a la calificación que resulte según la nueva norma penal y a la competencia objetiva que se desprenda de esa calificación atendiendo a la anterior redacción de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. En consecuencia, los hechos que han sido degradados a falta habrán de ser enjuiciados por el Juez de Instrucción correspondiente. Y en los casos (que forzosamente han de ser excepcionales, pues el nuevo Código Penal sólo será aplicable en lo favorable) en que conforme al nuevo Código Penal la penalidad exceda de la competencia de los Juzgados de lo Penal, la competencia habrá de diferirse en favor de la Audiencia Provincial. Así sucede con el nuevo art. 604 que, pudiendo ser en principio más favorable (dejando a salvo la valoración de la opinión del acusado)y, por tanto, aplicable por fijar una pena privativa de libertad menor que la señalada en la legislación anterior, establece una pena conjunta de inhabilitación absoluta con duración que conforme al antiguo art. 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal escapa a la competencia de los Juzgados de lo Penal, lo que ha de conducir a atribuir la competencia a la Audiencia Provincial.

4. En todo caso habrán de respetarse los cauces procesales establecidos legalmente para una mutación de competencia cuando ya está abierto el juicio oral (arts. 790.7, párrafo final, o art. 793.8 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal) y tener en cuenta que la competencia ha de fijarse en atención a la pretensión acusatoria, debidamente refrendada por el auto de apertura del juicio oral. Así, existiendo una acusación por delito y estando abierto ya el juicio oral el proceso deberá continuar ante el Juzgado de lo Penal o Audiencia Provincial que deberán enjuiciar los hechos aunque definitivamente se califiquen como falta o delito competencia de un órgano inferior, por aplicación de las nuevas normas penales más favorables. Sólo en el supuesto previsto en el art. 793.8 procederá la declinación de la competencia.

Los Fiscales estarán a las anteriores pautas al informar sobre el órgano competente, en tanto de la jurisprudencia que pueda recaer no se desprendan criterios distintos. Igualmente conviene recordar, a efectos de eventuales recursos, que la ausencia de competencia objetiva sólo es motivo de nulidad (art. 238.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial) cuando la misma es manifiesta, esto es, flagrante y evidente.

La disposición final séptima proporciona igualmente la base legal para resolver las cuestiones sobre eventuales *transformaciones procedimentales*. Sólo los procesos incoados por hechos sucedidos después del 24 de mayo de 1996 habrán de ajustarse a las nuevas fronteras entre el procedimiento ordinario y el abreviado que establece el art. 779 reformado por la disposición final 1ª Los procesos por hechos anteriores se tramitarán por el cauce correspondiente según la redacción anterior de tal precepto.

X. REINCIDENCIA

El ámbito de la reincidencia se restringe en el nuevo Código Penal: sólo las previas condenas por delitos comprendidos en el mismo Título servirán de presupuesto para la apreciación de esa agravante (art. 22.8ª).

Las condenas recaídas con arreglo al Código Penal que se deroga podrán fundamentar la reincidencia de acuerdo con lo establecido en la disposición transitoria 7ª que exige que la denominación del delito sea análoga y que exista una identidad tanto de bien jurídico protegido como de modalidad de agresión. Lo esencial es esto último: la identidad de objeto de protección y forma de ataque. La similitud de denominación ha de interpretarse en un sentido laxo y más conceptual que puramente gramatical. Así, una condena por delito de violación del art. 429 del Código Penal de 1973 podrá fundamentar la agravante de reincidencia por

cualquiera de los delitos comprendidos en el Título VIII del Libro II del nuevo Código Penal, aunque ese *nomen* -«violación»- haya desaparecido como tal.

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

En relación con las condenas anteriores por delitos que en virtud de las modificaciones de cuantías han quedado convertidos en faltas, la jurisprudencia ha venido considerando apreciables esos antecedentes a efectos de reincidencia en la medida en que tales modificaciones económicas no obedecen a una ampliación del campo de las infracciones inferiores a costa de las superiores, por benevolente política legislativa y aflojamiento de la punibilidad, ante la falta de necesaria defensa social,... sino exclusivamente a un criterio presidido por devaluaciones económicas monetarias (sentencias de 24 de mayo de 1959, 30 de marzo de 1970, 14 de febrero de 1978, 21 de noviembre de 1979 o 23 de junio de 1980). No obstante esa jurisprudencia normalmente contaba con una base legal explícita para llegar a esas afirmaciones. En las disposiciones transitorias del nuevo Código Penal no se contiene, sin embargo, apoyo alguno para tal tesis por lo que, al margen de disputas doctrinales, ha de considerarse que también en esos casos operará la disposición transitoria 6ª, sin que pueda considerarse aplicable tal jurisprudencia.

Las modificaciones en la valoración de hechos ya sentenciados y no revisados tendrán también relevancia a efectos de la concesión de la suspensión de condenas a penas privativas de libertad. En efecto uno de los requisitos para ese beneficio es que se trate de un delincuente primario. Pues bien si la condena anterior no revisada se refiere a hechos que con arreglo al nuevo Código Penal estuvieren despenalizados o hayan sido convertidos en falta, se deberá entender cumplido ese requisito. 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.

En lo que respecta al nuevo concepto de habitualidad a efectos de suspensión o sustitución de las penas privativas de libertad (art. 94) se impone igualmente una necesaria acomodación para computar las condenas recaídas con arreglo al Código Penal derogado. Servirán de base para estimar que se trata de un reo habitual cuando la figura penal equivalente en el nuevo Código Penal efectivamente esté recogida en el mismo capítulo.

XI. REPERCUSIONES PROCESALES DE LOS CAMBIOS PENOLÓGICOS

El sistema penológico del nuevo Código Penal repercute también en todas las normas procesales que, a unos u otros fines, se refieren a las penas desaparecidas. No hay cuestión cuando las referencias se establecen en orden a duraciones de penas (por ejemplo para la celebración del juicio en ausencia: art. 793.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal): esas menciones han de entenderse vigentes aunque refiriéndolas a las nuevas penas.

La necesidad de acomodación aparece cuando las leyes procesales se remiten a tipos de pena: las instituciones de la prisión provisional o de la conformidad son los casos más relevantes que merecen un análisis específico. Es de nuevo la disposición transitoria 11ª con su tabla de equivalencias la que proporciona las pautas rectoras.

a) La prisión provisional

En cuanto a los presupuestos para decretar la prisión provisional (art. 503), por pena superior a la de prisión menor habrá que entender pena superior a tres años de prisión. Basta con que el límite superior de la pena señalada al delito sobrepase ese dintel para que el hecho pueda tener cabida en el art. 503.2. En todo caso no puede olvidarse que la jurisprudencia constitucional ha precisado que ha de atenderse a la pena no en abstracto, sino en concreto, es decir tomando en consideración las posibles atenuantes, o grado de perfección delictiva o de participación (sentencia 9/1994, de 17 de enero). Por lo que si a la vista de la concurrencia de una atenuante (art. 66), la pena a imponer no puede ser superior a 3 años, aunque la pena

en abstracto sí pueda rebasar ese límite, no será encuadrable el supuesto en el inciso inicial del art. 503.2.

Y por lo que respecta a los plazos máximos de duración de la prisión provisional, las equivalencias, a tenor de la citada disposición transitoria, serán las siguientes:

- Cuando la pena que pueda corresponder al delito exceda de tres años de privación de libertad: dos años, prorrogables por otros dos.

- Cuando la pena privativa de libertad que corresponda al delito esté comprendida entre seis meses y tres años: un año, prorrogable por otro.

- Cuando la pena sea de arresto de siete o más fines de semana y muy excepcionalmente se haya decretado la prisión provisional la duración máxima de ésta será de tres meses nunca franqueables.

b) Conformidades

En materia de conformidad la respuesta precisa de una interpretación más recreadora. Por un lado para el procedimiento ordinario la Ley de Enjuiciamiento Criminal habla de pena correccional (arts. 655 y 688), con una terminología arcaica y ya desaparecida que se correspondía con pena no superior a la de prisión menor. Las reformas más recientes abandonan ya la técnica de designar tipos de pena para delimitar el ámbito de la conformidad y se refieren a su duración. Así sucede tanto en el procedimiento abreviado (art. 793.3) como en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado (art. 50 de la Ley Orgánica 5/1995) que hablan de pena que no exceda de seis años.

A la vista de ese panorama legal y teniendo en cuenta que las referencias a las «penas correccionales» han quedado ya vacías de contenido, se entiende como criterio más correcto considerar que no es aplicable aquí la disposición transitoria 11ª (ya que las citadas normas no aluden a penas de prisión menor) y que cabrá la conformidad siempre que la pena solicitada no sobrepase el límite de seis años: las menciones de los arts. 793.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y 50 de la Ley Orgánica 5/1995 a la duración de seis años no exige correctivo alguno de adecuación al no referirse a tipo de pena.

XII. MENORES DE 18 AÑOS

El art. 19 no ha entrado en vigor, según declara el párrafo 2º de la disposición final 7ª La Ley reguladora de la responsabilidad penal del menor, a cuya vigencia se supedita la eficacia del citado art. 19, es una ley futura y no la vigente Ley Orgánica 4/1992, reguladora de la competencia y el procedimiento de los Juzgados de Menores. A los hechos perpetrados por mayores de 16 años y menores de 18 años les serán aplicables los arts. 9.3 y 65 del Código Penal derogado [preceptos que declara subsistentes la letra a) del apartado 1 de la disposición derogatoria]. La edad inferior a dieciocho años continuará siendo una atenuante privilegiada en tanto no se promulgue la nueva legislación penal de menores anunciada en la citada disposición final séptima. Será preceptiva la rebaja en uno o dos grados (art. 65), degradación que se efectuará conforme a las reglas del nuevo Código Penal.

La disposición transitoria 12ª previene que en esos procesos se soliciten informes de los Equipos Técnicos de Apoyo de los Juzgados de Menores para facilitar la individualización de la pena. Es conveniente recordar la medida de internamiento sustitutiva de la pena que previene el art. 65 y que pocas veces se ha utilizado. No obstante esa medida no podrá ser indeterminada en el tiempo por considerarse que debe ser aplicable a la misma lo dispuesto en el nuevo Código Penal en cuanto a las medidas de seguridad privativas de libertad (art. 102).

XIII. EXCUSA ABSOLUTORIA EN EL DELITO DE COHECHO

Está contemplada en el art. 427. Su aplicación retroactiva en la medida en que sin duda puede ser favorable suscita problemas dado el plazo de diez días establecido para la denuncia, presupuesto del perdón legal. No puede negarse por ese dato su eficacia retroactiva. Habrá que considerar en consecuencia que esa excusa absolutoria podrá amparar, siempre que se den los presupuestos que contempla el precepto, a todos cuantos hayan llevado a cabo esa

denuncia determinante del descubrimiento de los hechos bien antes de la vigencia del nuevo Código Penal bien en los diez días siguientes a su entrada en vigor (hasta el 4 de junio próximo).