

CIRCULARES E INSTRUCCIONES DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

CARMEN FIGUEROA NAVARRO

Profesora Titular de Derecho Penal

UAH

SERGIO CÁMARA ARROYO

Profesor Asociado de Derecho Penal y Criminología

UNIR

CIRCULAR 1/2015, DE 19 DE JUNIO DE 2015, SOBRE PAUTAS PARA EL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL EN RELACIÓN CON LOS DELITOS LEVES TRAS LA REFORMA PENAL OPE- RADA POR LA LO 1/2015

SUMARIO: 1. Consideraciones preliminares.–2. Características generales del procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves.–3. Ámbito objetivo del procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves. 3.1 Interpretación del artículo 13.3 y 4 CP en su nueva redacción. 3.2 Degradación sobrevenida de ciertos delitos menos graves. 3.3 El problema de los delitos con pena compuesta.–4. Renuncia al ejercicio de la acción penal por razones de oportunidad. 4.1 Regulación procesal básica. 4.2 Régimen especial del principio de oportunidad en los delitos leves semipúblicos y privados.–5. Participación del Fiscal en el enjuiciamiento de delitos leves semipúblicos.–6. Instrucciones. 6.1. Sobre asistencia a juicio en delitos leves semipúblicos. 6.2 Sobre ejercicio del principio de oportunidad en delitos leves públicos. 6.2.1 *Elementos motivadores de la solicitud de archivo*. 6.2.2 *Instrucciones específicas*. 6.2.3 *Eficacia temporal del principio de oportunidad*.–7. Otras consideraciones sobre los delitos leves. 7.1 Reincidencia. 7.2 Determinación de la pena. 7.3 Prescripción de la pena.–8. Conclusiones.

1. CONSIDERACIONES PRELIMINARES.

Uno de los rasgos más característicos de la reforma penal –y procesal operada por la LO 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 77, de 31 de marzo de 2015), ha sido la supresión del Libro III del CP que, bajo la rúbrica general de las «Faltas y sus penas», trataba en cuatro títulos separados de las faltas contra las personas, el patrimonio, los intereses generales y el orden público.

La supresión formal del Libro de las faltas no ha supuesto la desaparición de la totalidad de las infracciones penales leves en él descritas: una parte, más bien exigua, ha quedado definitivamente despenalizada y entregada a otras formas de reacción jurídica –sancionadora–administrativa o civil–, mientras que el resto subsiste bajo la forma de delitos leves, de modo que el Código, aunque reducido a dos Libros, establece una división tripartita de las infracciones penales, que ahora se denominan delitos graves, menos graves y leves en atención a la naturaleza de sus respectivas penas (art. 13 CP).

Los delitos leves conservan en su mayoría la configuración típica que era característica de la correspondiente falta y su forma de enjuiciamiento tampoco experimenta un cambio radical, pues el nuevo procedimiento para el juicio sobre delitos leves que se desarrolla en el Libro VI LECrim reproduce las características definitorias del juicio de faltas, particularmente su concentración de actos, simplificación de formas y oralidad. No obstante, la introducción en el mismo del novedoso principio de oportunidad reglada y el esfuerzo suplementario que representa para el intérprete dilucidar de entre los tipos penales del Libro II cuáles constituyen genuinos delitos leves, exige de la Fiscalía General del Estado la formulación de unas pautas claras que garanticen la uniforme interpretación de la Ley por los miembros del Ministerio Fiscal.

2. CARACTERÍSTICAS GENERALES DEL PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO DE DELITOS LEVES

La Disposición final segunda, apartado ocho, de la LO 1/2015, modifica varios preceptos del Libro VI LECrim, incluyendo su rúbrica, que pasa a ser «Del procedimiento para el juicio sobre delitos leves».

La reforma afecta a los artículos 962.1, 963, 964, 965.1, 966, 967.1, 969.2, 973.2 y 976.3 LECrim, sin alterar el diseño general del anterior juicio de faltas, pues mantiene los requisitos de competencia objetiva y territorial, legitimación y postulación, sus características de oralidad y concentración, así como las tres modalidades de tramitación que regían para el enjuiciamiento de las faltas desde la entrada en vigor de la Ley 38/2002, de 24 de octubre, de reforma parcial de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas, y de modificación del procedimiento abreviado: el enjuiciamiento en el servicio de guardia mediante convocatoria policial cursada por medio de la agenda programada de citaciones (arts. 962 y 963 LECrim), el enjuiciamiento en el servicio de guardia por convocatoria judicial (art. 964 LECrim) y el enjuiciamiento fuera del servicio de guardia mediante señalamiento judicial en el plazo teórico de siete días desde la recepción del atestado o denuncia de parte (art. 965 LECrim).

La innovación de fondo de la reforma auspiciada por la LO 1/2015 radica precisamente en la inserción en este procedimiento –y sólo en él– del principio procesal de

oportunidad reglada con el declarado propósito de evitar en la medida de lo posible el enjuiciamiento de hechos típicos materialmente intrascendentes. Se trata de una medida de complemento en el orden adjetivo de la reducción del número tipos penales de naturaleza leve efectuada en el CP con el fin de aligerar la carga burocrática que hasta la fecha representaba la tramitación y enjuiciamiento de las faltas.

En palabras del Preámbulo de la LO 1/2015 (I):

«La reducción del número de faltas –delitos leves en la nueva regulación que se introduce– viene orientada por el principio de intervención mínima, y debe facilitar una disminución relevante del número de asuntos menores que, en gran parte, pueden encontrar respuesta a través del sistema de sanciones administrativas y civiles».

El legislador realiza así, aunque de forma severamente condicionada en cuanto a presupuestos y procedimiento, uno de los postulados mayores, auspiciados tanto en el Anteproyecto de reforma de la LECrim de 2011 (art. 58) como en el borrador de Código Procesal Penal de 2012 (arts. 90 y 91).

3. ÁMBITO OBJETIVO DEL PROCEDIMIENTO PARA EL ENJUICIAMIENTO DE DELITOS LEVES

3.1 Interpretación del artículo 13.3 y 4 CP en su nueva redacción

No sería práctico pasar directamente a la enunciación de criterios de actuación para el ejercicio de la acción penal en relación con los delitos leves sin haber esclarecido previamente cuáles son los concretos tipos penales que integran tal categoría.

La nueva regulación plantea en ese sentido algunas dificultades interpretativas, pues a diferencia de lo que ocurría con las faltas en la anterior versión del CP, que las concentraba en su último Libro, constitutivo de un catálogo cerrado, los delitos leves se dispersan y entretoran a lo largo del Libro II, integrando en ocasiones subtipos atenuados de delitos menos graves de semejante factura típica, lo que exige a la postre un esfuerzo suplementario de deslinde que pasa por un análisis metódico y cuidadoso de la pena o penas nominalmente asignadas a cada figura penal.

La herramienta hermenéutica básica para discernir los delitos leves de los menos graves la suministra el artículo 13, en sus apartados 3 y 4. Dice el apartado 3 que «son delitos leves las infracciones que la ley castiga con pena leve» y el 4, en su segundo inciso, que «cuando la pena, por su extensión, pueda considerarse como leve y como menos grave, el delito se considerará, en todo caso, como leve».

La norma se refiere a la pena nominalmente asignada al delito, la determinada por la ley, que es antecedente y presupuesto de la pena judicialmente determinable tras la práctica de las operaciones jurídicas de individualización reguladas en el Capítulo II del Título III del Libro I CP (en función del grado de desarrollo del *iter criminis*, grado de participación del sujeto, concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, etc.).

En el nuevo ordenamiento lo que acredita la levedad de la infracción es el umbral de la cuantía o duración de la pena que tiene asignada, no su techo, de tal manera que si el límite mínimo se sitúa en la cuantía o tiempo previstos en el artículo 33.4 CP, el delito es leve aunque el límite máximo de la pena asignada se prolongue hasta el tramo reservado en el artículo 33.3 CP a su modalidad menos grave.

Cabe destacar, por la especial eficacia delimitativa que adquieren en la clasificación de los tipos penales, que el tramo penal leve alcanza hasta (inclusive) un año en las penas de privación del derecho a conducir vehículos de motor y ciclomotores y del derecho a la tenencia y porte de armas [artículo 33.4, a) y b) CP], tres meses en la multa [artículo 33.4, g) CP], y la localización permanente [artículo 33.4, h) CP], y treinta días en la pena de trabajos en beneficio de la comunidad [artículo 33.4, i) CP].

La frontera entre el delito grave y menos grave se delimita en sentido inverso, en función del techo o límite máximo de cuantía o tiempo de la pena asignada a la correspondiente figura típica, conforme dispone el primer inciso del artículo 13.4 CP: «cuando la pena, por su extensión, pueda incluirse a la vez entre las mencionadas en los dos primeros números de este artículo, el delito se considerará, en todo caso, como grave».

Está claro, por lo tanto, que si el delito tiene asignada una sola pena, será leve si el tracto de ésta discurre por completo en el tramo leve. Así sucede, por ejemplo, en las lesiones leves dolosas (art. 147.2 CP, multa de 1 a 3 meses), maltrato de obra fuera del ámbito doméstico (art. 147.3 CP, multa de 1 a 2 meses), amenazas leves fuera del ámbito doméstico (art. 171.7, 1 CP, multa de 1 a 3 meses), coacciones leves fuera del ámbito doméstico (art. 172.3, 1 CP, multa de 1 a 3 meses), hurto por valor no superior a 400 euros (art. 234.2 CP, multa de 1 a 3 meses), entre otros.

3.2 Degradación sobrevinida de ciertos delitos menos graves

También se tiene por leve, como ya se ha explicado, el delito cuya pena arranque del ámbito leve, aunque su extensión se dilate por el tracto asignado a su modalidad menos grave en el artículo 33.3 CP. En este caso se encuentran, sorprendentemente, varios delitos cuya penalidad no ha experimentado variación en la LO 1/2015, pero que por tener asignada una pena de multa que parte de una duración de tres meses, han mutado su naturaleza como consecuencia de la proyección incondicional que adquiere el nuevo artículo 33.4, g) CP en su calidad de precepto de la Parte General; dicho artículo dice:

«Son penas leves: (...) g) La multa hasta tres meses».

Complementariamente, el artículo 33.3, j) CP, dice:

«Son penas menos graves: (...) j) La multa de más de tres meses».

Es el caso del delito de sustracción de cosa propia, que tiene prevista una pena de multa de 3 a 12 meses si el valor de la cosa excede de 400 euros (art. 236.1 CP) y de 1 a 3 meses si el valor no excede de 400 euros (art. 236.2 CP). Conforme a los parámetros suministrados por el artículo 13.4 CP son leves tanto el tipo básico como el atenuado, perdiendo por completo virtualidad diferenciadora de la naturaleza del delito el límite cuantitativo de los 400 euros del valor del objeto sustraído.

En la misma situación se encuentran los siguientes delitos patrimoniales:

1) La ocupación sin autorización de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o mantenerse en ellos contra la voluntad de su titular (art. 245.2 CP), sancionado con pena de multa de 3 a 6 meses.

2) La alteración de términos y lindes, que cuando la utilidad reportada o pretendida excede la cantidad de 400 euros, se castiga con multa de 3 a 18 meses (art. 246.1 CP), y cuando no la excede, con multa de 1 a 3 meses (art. 246.2 CP).

3) La distracción de aguas, que cuando reporta una utilidad de más de 400 euros se castiga con multa de 3 a 6 meses (art. 247.1 CP) y cuando no la excede con multa de 1 a 3 meses (art. 247.2 CP).

4) La apropiación indebida de cosa mueble ajena fuera de los casos específicamente previstos en el artículo 253 CP que cuando excede la cuantía de 400 euros, se castiga con multa de 3 a 6 meses (art. 254.1 CP) y cuando no la excede, con multa de 1 a 2 meses (art. 254.2 CP).

5) La defraudación de energía, fluidos, y telecomunicaciones, que cuando excede de 400 euros se castiga con multa de 3 a 12 meses (art. 255.1 CP) y cuando no lo excede con multa de 1 a 3 meses (art. 255.2 CP).

6) El uso inconsciente de un terminal de telecomunicaciones ajeno, que cuando ocasiona un perjuicio a su titular superior a 400 euros se castiga con multa de 3 a 12 meses (art. 256.1 CP), y cuando el perjuicio no excede dicha cuantía, con multa de 1 a 3 meses (art. 256.2 CP).

7) Los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros (art. 267 CP), que se castigan con pena de multa de 3 a 9 meses.

El mismo fenómeno se produce en otras categorías delictivas:

1) Delitos contra la libertad de las personas: el artículo 163.4 CP sanciona al particular que, fuera de los casos permitidos por las leyes, aprehendiere a una persona para presentarla inmediatamente a la autoridad con multa de 3 a 6 meses.

2) Delitos contra el patrimonio histórico: el artículo 324 CP sanciona los daños de valor superior a 400 euros causados por imprudencia grave en archivo, registro, museo, biblioteca, centro docente, gabinete científico, institución análoga, o en bienes de valor artístico, histórico, cultural, científico o monumental, así como en yacimientos arqueológicos, con pena de multa de 3 a 18 meses.

3) Falsedad documental: el artículo 397 CP castiga al facultativo que librare certificado falso con pena de multa de 3 a 12 meses, el artículo 399 CP castiga al particular que falsificare o, en su caso, traficare o hiciere uso a sabiendas de una certificación falsa, con multa de 3 a 6 meses y el artículo 400 CP castiga con las penas previstas en los artículos anteriores la fabricación y tenencia de útiles o medios idóneos para cometer dichas falsedades.

4) Delitos contra la Administración Pública: el artículo 406 CP castiga al particular que, con conocimiento de su ilegalidad, acepte propuesta, nombramiento o toma de posesión de un cargo público con pena de multa de 3 a 8 meses.

5) Delitos contra la Administración de Justicia: el artículo 456.1.3.º CP sanciona la imputación falsa de un delito leve con pena de multa de 3 a 6 meses, el artículo 465.2 CP sanciona al particular que destruyere, ocultare o inutilizare documentos o actuaciones procesales también con pena de multa de 3 a 6 meses y el artículo 470.3 CP sanciona a ciertos familiares de un condenado, preso o detenido que le proporcionen la evasión con multa de 3 a 6 meses.

Hay razones para sospechar que la voluntad del legislador no era degradar estos delitos menos graves, pues nada se dice al respecto en el Preámbulo y las penas nominalmente asignadas a cada tipo no sufren mutación con el cambio legislativo, pero lo cierto es que una vez promulgada y publicada la Ley, ésta adquiere vida propia y es su voluntad inmanente (*voluntas legis*) y no la intencionalidad de su autor (*voluntas legislatoris*) la que conforma el nuevo ordenamiento jurídico y vincula con sus mandatos objetivos al intérprete y aplicador. La voluntad de la Ley se extrae con claridad meridiana del sentido literal de las palabras empleadas por la norma y de una interpre-

tación conjunta y sistemática de los artículos 13.4, inciso segundo, 33.3, j) y 4, g), en relación con cada uno de los tipos penales citados.

Esta degradación también se observa en dos figuras delictivas sujetas a singularidades procesales: la omisión del deber de socorro del artículo 195.1 y 2 CP, castigada con multa de 3 a 12 meses, y las injurias graves hechas sin publicidad del artículo 209 CP, castigadas con multa de 3 a 7 meses. El primero sigue atribuido al conocimiento del Tribunal del Jurado, conforme a lo dispuesto en el artículo 1.2, c) LO 5/1995, de 22 de mayo, y ha de sujetarse en consecuencia al correspondiente procedimiento especial, que no contempla la posibilidad de renunciar a la acción por motivos de oportunidad; el segundo no ha mudado con la reforma legislativa su naturaleza de delito privado sujeto a querrela del particular (art. 215.1 CP), pero sí el procedimiento a seguir, que pasa a ser el previsto en el Libro VI LECrim, por acceder en su nueva calidad de delito leve a la esfera competencial del Juez de Instrucción [artículos 14.1 y 5, d) CP], sin perjuicio de la aplicación de las especialidades del Título IV del Libro IV de la LECrim (Consulta n.º 2/1994, de 28 de noviembre, sobre procedimiento idóneo para el enjuiciamiento de los delitos de injuria y calumnia).

3.3 El problema de los delitos con pena compuesta

Los delitos que tienen asignadas varias penas pueden suscitar serias dudas de catalogación. Elementales razones de seguridad jurídica militan a favor de considerar que el delito ha de tener predeterminada su naturaleza de acuerdo con el conjunto de reacciones penales que tenga previstas en la Ley, basándose en la reacción penal más grave.

El artículo 13.4 CP considera leve al delito que tenga asignada pena que por su extensión pueda considerarse como leve y como menos grave. Se trata de una norma limitativa del artículo 13.2 CP («son delitos menos graves las infracciones que la Ley castiga con pena menos grave») que merece ser interpretada en sentido estricto, pues resulta poco natural desvincular la naturaleza del delito de la gravedad objetiva de la pena máxima que la Ley le asigna. El efecto inmediato de esta previsión normativa es que la sanción aplicable al delito puede rebasar la gravedad de éste –pena menos grave a un delito leve–.

En caso de pluralidad de penas, la desvinculación del delito de su tope máximo debe tener un carácter subsidiario frente a la regla general del artículo 13.2 CP, pues la calificación en sentido descendente de la gravedad de un delito en los términos de la reforma penal de 2015 es sólo factible cuando la extensión leve y menos grave concurren en una misma pena, no en penas diferentes. El artículo 13.2 CP habrá de prevalecer si el presupuesto del artículo 13.4, inciso segundo CP no se cumple en el seno de todas y cada una de las penas asignadas por la Ley al delito.

En consecuencia, sólo podrá considerarse leve un delito cuando todas las penas que tenga asignadas incluyan o estén íntegramente comprendidas en los tramos leves definidos en el artículo 33.4 CP; por el contrario, si alguna o algunas de ellas tienen prevista una extensión comprendida íntegramente en los tramos menos graves del artículo 33.3 CP, prevalecerá el artículo 13.2 CP y el delito habrá de ser considerado menos grave.

El criterio del tope penal es el que subyace en el artículo 131.2 CP, que en sede de prescripción del delito establece que «cuando la pena señalada por la ley fuere compuesta, se estará, para la aplicación de las reglas comprendidas en este artículo, a la que exija mayor tiempo para la prescripción».

Se trata de una regla que por su claridad y certeza es susceptible de ser trasladada al momento de definir magnitudes como la competencia judicial y el procedimiento adecuado, que también exigen una adecuada predeterminación.

En definitiva, en caso de coexistir penas leves y menos graves en un mismo tipo penal el delito será considerado menos grave, solución que parece evidente cuando las penas son de obligatoria imposición [v. gr., en el delito de nombramientos ilegales (arts. 405 CP, que prevé penas de multa de 3 a 8 meses y pena de suspensión de empleo o cargo público de 1 a 3 años), desobediencia cometida por autoridad o funcionario público (art. 410.1 CP, que prevé penas de multa de 3 a 12 meses e inhabilitación especial para empleo o cargo público de 6 meses a 2 años), o el falso testimonio (art. 458.1 CP, que se castiga con penas de multa de 3 a 6 meses y prisión de 6 meses a 2 años)].

Cuando la correspondiente figura penal dispone las penas como alternativas la solución no debe ser distinta: la reacción penal más intensa es la que debe calificar la gravedad del delito, con independencia de la que se solicite o imponga.

Lo que en ningún caso sería admisible es que la naturaleza del delito se hiciese depender de la pena elegida. Las inconsecuencias a las que conduciría tal opción se revelan de forma descarnada en el delito de hurto de uso o utilización no autorizada de vehículo de motor ajeno del artículo 244.1 CP, si el valor del vehículo es superior a 400 euros: se trata de un delito que prevé pena de multa de 2 a 12 meses (leve/menos grave) o, alternativamente, trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 90 días (menos grave). De seguir el criterio de tomar en consideración la pena solicitada para calificar al delito de leve o menos grave, la inclinación que muestre la acusación por la multa o los trabajos condicionaría el foro de competencia judicial [artículo 14.1 y 5, d) LECrim] y el procedimiento adecuado (Libro VI LECrim), situación de todo punto inaceptable pues contravendría el principio de seguridad jurídica y el derecho del justiciable a conocer de antemano el juez competente (derecho de rango fundamental amparado en el artículo 24.2 CE). Con la paradoja añadida de que siendo alternativa la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, que no se puede imponer sin consentimiento del reo (art. 49 CP), sería éste quien dirimiría definitivamente la naturaleza del delito mediante el simple expediente de rehusar el consentimiento para que le sea aplicada la pena de trabajos.

La Circular 1/2003, de 7 de abril, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado, fijó en su apartado 2, A) «Límites punitivos: competencia objetiva por razón de la materia para el enjuiciamiento de juicios rápidos», criterios semejantes para discernir los delitos susceptibles de encaje en el entonces nuevo procedimiento para enjuiciamiento rápido, al establecer que se ha de estar a la pena en abstracto, esto es, a la señalada por la Ley al delito de que se trate, con independencia de la que se solicite por la acusación, y que en los delitos castigados con varias penas, conjuntas o alternativas, basta con que una de ellas sobrepase los límites del procedimiento para que no sea posible su incoación.

De acuerdo con lo anteriormente expuesto, debemos descartar del elenco de delitos leves y consecuentemente de su procedimiento especial los siguientes tipos que disponen alternativamente penas leves y menos graves:

- 1) La interceptación de transmisiones no públicas de datos informáticos, sancionada en el artículo 197 bis, 2 CP con pena de multa de 3 a 12 meses, o de prisión de 3 meses a 2 años.
- 2) Facilitación de medios para la comisión de delitos de revelación de secretos, acceso ilícito a sistemas de información, e interceptación de transmisiones no

públicas de datos informáticos, sancionada en el artículo 197 ter CP con pena de multa de 3 a 18 meses o prisión de 6 meses a 2 años.

3) Facilitación de medios para la comisión de un delito de daños informáticos, sancionada en el artículo 264 ter CP con pena de multa de 3 a 18 meses o prisión de 6 meses a 2 años.

4) Los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, en su modalidad de distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional de los artículos 270.4 y 274.3 CP, que tienen asignada una pena de prisión de 6 meses a 2 años, si bien cuando el beneficio obtenido o esperado sea de escasa entidad y atendiendo a las características del culpable, admiten la aplicación de la pena de multa de 1 a 6 meses o de trabajos en beneficio de la comunidad de 31 a 60 días. En este caso se trata de subtipos privilegiados que combinan de forma alternativa penas de dispar naturaleza.

5) El auxilio a la inmigración ilegal y el auxilio lucrativo a mantenerse ilegalmente en territorio español, sancionados en el artículo 318 bis, 1 y 2 CP con pena de multa de 3 a 12 meses o prisión de 3 meses a 1 año.

6) La difusión de mensajes o consignas que inciten a alterar el orden público, sancionado en el artículo 559 CP con multa de 3 a 12 meses o prisión de 3 meses a 1 año.

7) Provocar mediante falsedad o simulación de situación de peligro o siniestro la movilización de los servicios de policía, asistencia o salvamento, sancionado en el artículo 561 CP con multa de 3 a 18 meses o prisión de 3 meses y 1 día a 1 año.

A fortiori, el enjuiciamiento de estos delitos por el propio Juez de Instrucción desembocaría en abstenciones o recusaciones en masa, teniendo en cuenta que se trata de delitos que ordinariamente exigirían una mínima instrucción.

4. LA RENUNCIA AL EJERCICIO DE LA ACCIÓN PENAL POR RAZONES DE OPORTUNIDAD

4.1 Regulación procesal básica

La LO 1/2015 atribuye al Fiscal la potestad de instar la terminación anticipada del procedimiento por razones de estricta oportunidad. La técnica legislativa empleada no resulta, sin embargo, adecuada a la trascendencia de la reforma, pues la potestad del Fiscal aparece meramente aludida al regular los actos del Juez de Instrucción subsiguientes al acuerdo de incoación del procedimiento en el trámite de enjuiciamiento inmediato.

En efecto, el artículo 962.1 LECrim dispone que si la Policía toma conocimiento de hechos constitutivos de delito de lesiones, maltrato de obra, hurto flagrante, amenazas, coacciones o injurias cuyo enjuiciamiento corresponda al Juez de Instrucción de guardia o a otro Juez de Instrucción del mismo partido judicial, procederá a elaborar el correspondiente atestado y a citar ante el juzgado de guardia a los ofendidos o perjudicados, al denunciante, al denunciado y a los testigos que puedan dar razón de los hechos.

Recibido el atestado en el juzgado de guardia el Juez debe resolver sobre la incoación del juicio y a continuación (art. 963.1.1.ª LECrim):

«Acordará el sobreseimiento del procedimiento y el archivo de las diligencias cuando lo solicite el Ministerio Fiscal a la vista de las siguientes circunstancias:

a) El delito leve denunciado resulte de muy escasa gravedad a la vista de la naturaleza del hecho, sus circunstancias, y las personales del autor, y

b) no exista un interés público relevante en la persecución del hecho».

En tal caso, el Juez comunicará inmediatamente la suspensión del juicio a todos aquellos que hubieran sido citados por la Policía en los términos del artículo 963.1 LECrim.

Si el Fiscal no insta la terminación anticipada del procedimiento, el Juez «acordará la inmediata celebración del juicio en el caso de que hayan comparecido las personas citadas o de que, aun no habiendo comparecido alguna de ellas, el juzgado reputare innecesaria su presencia» (art. 963.1.2.ª LECrim).

La sucesión de actos que la norma parece establecer es la siguiente: elaboración del atestado por la Policía, en el curso del cual la propia Policía deberá practicar el ofrecimiento de acciones y las informaciones al denunciante y al ofendido y perjudicado exigidas en los artículos 109, 110 y 967 LECrim; acuerdo judicial de incoación del procedimiento para enjuiciamiento de delitos leves, previa comprobación de su relevancia penal; a continuación traslado al Fiscal para que se pronuncie sobre archivo por motivos de oportunidad o celebración del juicio.

El archivo por razones de oportunidad no se circunscribe a la modalidad procedimental de enjuiciamiento rápido o inmediato, sino que se prevé con los mismos requisitos en el enjuiciamiento rápido por citación del Juez de guardia (art. 964.2 LECrim) y en el enjuiciamiento ordinario fuera del servicio de guardia (art. 965.1.1.ª LECrim).

En definitiva, la primera decisión que adopta el Juez de Instrucción es la de incoar el procedimiento para enjuiciamiento del delito leve, decisión que implica un juicio positivo de relevancia penal de los hechos objeto de atestado o denuncia y de su propia competencia para enjuiciarlos.

La siguiente decisión, relativa al sobreseimiento de la causa o, en su caso, a la celebración o señalamiento del juicio oral, es una decisión que presupone la previa evacuación de informe por el Ministerio Fiscal.

Por tanto, la principal novedad que la LO 1/2015 ha introducido en el procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves del Libro VI LECrim en comparación con el anterior juicio de faltas es la posibilidad de que el mismo entre en crisis anticipada en el mismo momento de su nacimiento si el Fiscal, como órgano público de la acusación, hace uso de su potestad de solicitar el archivo a la vista de la escasa trascendencia de los hechos.

La reforma ha optado, en consecuencia, por un principio de oportunidad tasada o reglada, en el que el Fiscal no es libre para adoptar la decisión que le parezca, sino que debe ceñirse a los supuestos establecidos en la ley, y puro, en la medida en que la efectividad del archivo no va a quedar condicionada al cumplimiento por parte del sujeto pasivo del procedimiento de condiciones, medidas o reglas de conducta durante un periodo de tiempo determinado, sino que operará de forma inmediata.

4.2 Régimen especial del principio de oportunidad en los delitos leves semipúblicos y privados

Se diría que la reforma procesal operada en la LO 1/2015 ha decidido otorgar idéntico tratamiento a los delitos leves públicos y semipúblicos, pues la primera concreción normativa de las condiciones de ejercicio del principio de oportunidad se efectúa en el artículo 963.1.1.ª LECrim, donde se regula el enjuiciamiento inmediato en el servicio de guardia, que comprende varios delitos semipúblicos (lesiones, malos tratos, coacciones, amenazas e injurias, por remisión al artículo 962.1 LECrim). Da la impresión, por lo tanto, de que el Fiscal debe informar sobre la oportunidad de perse-

guir los delitos leves tanto si son públicos como semipúblicos, pues inicialmente no se establece distinción alguna.

Esta apariencia se diluye cuando se examinan las reglas aplicables al enjuiciamiento de los delitos leves del artículo 969.2 LECrim, pues en este precepto se establece que, mediando instrucción del Fiscal General del Estado, «los fiscales podrán dejar de asistir al juicio y de emitir los informes a que se refieren los artículos 963.1 y 964.2, cuando la persecución del delito leve exija la denuncia del ofendido o perjudicado».

En los delitos semipúblicos, por lo tanto, el Fiscal no emitirá informe sobre la concurrencia de posibles motivos de oportunidad en los casos en los que conforme a los criterios de la presente Circular, esté dispensado de acudir a juicio oral.

En lo que se refiere al delito leve de injurias graves producidas sin publicidad del artículo 209 CP, como ya hemos señalado en el apartado 3.2, aunque degradado a leve, sigue siendo un delito privado cuya persecución demanda querrela del ofendido o su representante legal (art. 215.1 CP), de modo que el Ministerio Fiscal carece de toda legitimación para ejercitar la acción penal (art. 105.1 LECrim, Consulta n.º 7/1997, de 15 de julio, sobre legitimación del Ministerio Fiscal en procesos penales por los delitos de calumnias e injurias) y consecuentemente, de toda capacidad para renunciarla. Se tramitará por el procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves, pero sin posibilidad del ejercicio del principio de oportunidad, pues sólo el ofendido está en condiciones de disponer de la acción penal.

Conviene recordar, no obstante, que el delito de injurias leves en el ámbito doméstico del artículo 173.4 CP es un caso distinto, pues conserva su naturaleza semipública por el carácter de norma especial que tiene dicho precepto y en virtud asimismo de la salvedad expresa efectuada en el artículo 208.2 CP.

5. PARTICIPACIÓN DEL FISCAL EN EL ENJUICIAMIENTO DE LOS DELITOS LEVES SEMIPÚBLICOS

La LO 1/2015 no resulta especialmente innovadora en lo que se refiere al tratamiento penal y procesal de los delitos leves de naturaleza semipública, pues salvando el cambio nominativo de falta a delito, mantiene en lo sustancial el elenco de figuras penales leves sujetas a la condición de procedibilidad, la eficacia extintiva del perdón y la posibilidad de que el Fiscal se abstenga de acudir al acto de juicio oral, de modo que gran parte de los criterios de actuación del Fiscal en relación con las faltas semipúblicas asentados en anteriores documentos de la Fiscalía General del Estado merecen ser conservados.

Es exigible la condición de procedibilidad de la denuncia previa en las figuras de homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2 CP), lesiones graves –entendidas por tales las lesiones de los artículos 149 y 150 CP– por imprudencia menos grave (art. 152.2 CP), las amenazas y coacciones leves producidas fuera del ámbito doméstico (arts. 171.7, 1 y 172.3, 1 CP, respectivamente), las injurias leves en el ámbito doméstico (art. 173.4 CP) y los daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros (art. 267 CP).

La LO 1/2015 ha incorporado asimismo al régimen de denuncia previa figuras penales como las lesiones dolosas leves –entendiendo por tales las que no precisan tratamiento médico o quirúrgico para su curación– del artículo 147.2 CP, y el maltrato de obra fuera del ámbito doméstico del artículo 147.3 CP, que eran de naturaleza pública en su anterior configuración como faltas (art. 617 CP, derogado).

El artículo 130.1.5.º CP, siguiendo el criterio del derogado artículo 639.3 CP, establece que la responsabilidad criminal se extingue por el perdón del ofendido en los delitos perseguibles previa denuncia del mismo, perdón que se ha de otorgar de manera expresa antes de que se haya dictado sentencia, a cuyo efecto el juez o tribunal sentenciador deberá oír al ofendido antes de dictarla.

La denuncia previa como condición de procedibilidad y el perdón del ofendido son instituciones que privatizan el ejercicio de la acción penal y asocian la oportunidad de su ejercicio a la voluntad del ofendido. De ahí que la ley haya decidido excluir el informe del Fiscal sobre la oportunidad del ejercicio de la acción penal.

En efecto, conforme establece el artículo 969.2 LECrim

«El fiscal asistirá a los juicios por delito leve siempre que a ellos sea citado. Sin embargo, el Fiscal General del Estado impartirá instrucciones sobre los supuestos en los que, en atención al interés público, los fiscales podrían dejar de asistir al juicio y emitir los informes a que se refieren los artículos 963.1 y 964.2, cuando la persecución del delito leve exija la denuncia del ofendido o perjudicado».

La LO 1/2015 revalida en este precepto la habilitación legal que la Ley 10/1992, de 30 de abril, de Medidas Urgentes de Reforma Procesal, confirió en su día al Fiscal General del Estado para concretar por medio de instrucciones los supuestos en los que, en atención al interés público concernido, los Fiscales pueden dejar de asistir al juicio cuando se trata de infracciones leves (entonces faltas) cuya persecución exija denuncia del ofendido o perjudicado, habilitación que fue desarrollada en primer lugar mediante la Instrucción n.º 6/1992, de 22 de septiembre, y posteriormente complementada por medio de la Circular 1/2003, de 7 de abril, sobre procedimiento para el enjuiciamiento rápido e inmediato de determinados delitos y faltas y de modificación del procedimiento abreviado. Las directrices de actuación reflejadas en estos documentos, consolidadas por una larga práctica, merecen ser mantenidas en lo esencial, con la debida actualización.

Es significativa la valoración inicial que la Fiscalía General del Estado hizo de esta novedosa posibilidad en la Instrucción n.º 6/1992:

«La Reforma actual puede valorarse como una manifestación del principio de oportunidad en la promoción de la acción de la Justicia, al que se aludía al principio de esta Instrucción, en cuanto constituye una excepción a la actuación conforme al principio de legalidad que exigen el artículo 105 de la LECr y los correspondientes preceptos del Estatuto Orgánico».

La Instrucción 3/2006, de 3 de julio, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal para una efectiva persecución de los ilícitos penales relacionados con la circulación de vehículos a motor, apunta, con luminosa concisión:

«Dado que la naturaleza semipública de las faltas tipificadas en el artículo 621 CP, limita de forma importante la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de las mismas, puesto que su actuación está condicionada tanto por la previa denuncia del agraviado, como por la ausencia de perdón (art. 639 CP), el cometido determinante de la presencia institucional en estos procesos parece dirigido más a la protección de los derechos fundamentales en supuestos de posible indefensión (art. 773 LECrim y 3.10 EOMF), que al ejercicio del *ius puniendi* del Estado frente al responsable del hecho, ya que la introducción del requisito de procedibilidad implica una cierta relativización del interés público en la persecución de estos hechos».

6. INSTRUCCIONES

La renovada habilitación legal conferida a la Fiscalía General del Estado en el artículo 969.2 LECrim para delimitar la intervención del Fiscal en el enjuiciamiento de determinados delitos leves, así como las nuevas facultades conferidas al mismo para instar el archivo por razones de oportunidad, exigen un esfuerzo suplementario de concreción de las pautas de actuación que a partir de ahora van a regir la intervención del Ministerio Público, en la medida en que trascienden a la propia institución.

Estas pautas de actuación, bajo forma de instrucción, se formulan en el presente apartado distinguiendo, por las razones indicadas más arriba, el tratamiento procesal de los delitos leves semipúblicos y públicos.

6.1 Sobre asistencia a juicio en delitos leves semipúblicos

La intervención del Fiscal en el enjuiciamiento de los delitos leves semipúblicos se ajustará a la siguiente casuística:

A. Homicidio por imprudencia menos grave (art. 142.2 CP): el Fiscal deberá asistir al juicio si el resultado mortal se produce con motivo de la circulación de vehículos de motor o ciclomotores por la vía pública o con motivo de la prestación de un servicio público o privado de transporte colectivo de personas (ferrocarril, metro, líneas aéreas, etc.).

Igualmente asistirá al juicio cuando el resultado mortal se produzca en el ámbito laboral como consecuencia de la infracción de normas de prevención de riesgos, seguridad e higiene en el trabajo.

Idéntico tratamiento se dará a las muertes imprudentes producidas en el ámbito sanitario como consecuencia de la actuación desplegada por cualquiera de los profesionales que intervienen en el mismo, o en el contexto de cualquier otra actividad profesional por infracción de la *lex artis*.

B. Lesiones cualificadas causadas por imprudencia menos grave del artículo 152.2 CP: el Fiscal asistirá al juicio oral en los mismos casos señalados en el apartado anterior cuando el resultado lesivo sea alguno de los previstos en el artículo 149 CP. Por el contrario, no asistirá si se trata de lesiones ocasionadas por imprudencia menos grave encuadradas en el artículo 150 CP, pues parece oportuno reservar la intervención del Fiscal a los resultados lesivos de mayor gravedad.

C. Lesiones dolosas del 147.2 CP: el Fiscal asistirá siempre al juicio oral.

D. Maltrato de obra del artículo 147.3 CP: el Fiscal no asistirá al juicio salvo cuando la víctima sea una persona vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad.

E. Amenazas y coacciones leves fuera del ámbito doméstico de los artículos 171.7, 1 y 172.3, 1 CP: el Fiscal no asistirá a juicio.

F. Injurias leves en el ámbito doméstico del artículo 173.4 CP: el Fiscal no asistirá a juicio.

G. Daños causados por imprudencia grave en cuantía superior a 80.000 euros del artículo 267 CP: el Fiscal no asistirá a juicio.

H. Cláusula de cierre: en todos aquellos casos en que el Fiscal haya denunciado en nombre de una persona menor de edad, con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida al amparo de lo establecido en el artículo 105.2 LECrim, deberá, obviamente, intervenir en el juicio oral en defensa de los intereses de estas personas, cualquiera que sea el delito, pues la misma necesidad de tutela del desvalido

que ha justificado la decisión del Fiscal de denunciar para poner en marcha el procedimiento exige que luego intervenga de forma activa en el enjuiciamiento del hecho.

6.2 Sobre ejercicio del principio de oportunidad en delitos leves públicos

En el procedimiento para el enjuiciamiento de delitos leves públicos las potestades del Fiscal asociadas al ejercicio del principio de oportunidad son más concluyentes, pues en estos casos no se limita a dirimir su asistencia a un acto de juicio oral que puede ser válidamente promovido por el particular denunciante, sino que le permiten instar del órgano judicial la crisis anticipada del procedimiento y su archivo.

6.2.1 ELEMENTOS MOTIVADORES DE LA SOLICITUD DE ARCHIVO

Los criterios de oportunidad que debe utilizar el Ministerio Fiscal para decidir sobre la renuncia a la acción penal se concretan de forma bastante esquemática en el artículo 963.1.1.ª LECrim, que establece dos de concurrencia cumulativa:

1.º La escasa gravedad del delito. El modelo de oportunidad por el que opta la reforma procesal se ciñe claramente a los denominados «delitos bagatela», en los que el interés público se valora en función del coste en recursos materiales y personales que representa su persecución. Si el hecho no presenta una mínima relevancia material que compense el coste del procedimiento, la norma prefiere renunciar a su persecución, dejando en manos del Fiscal la concreta ponderación de los intereses en liza. Este fundamento justificativo de la terminación anticipada del procedimiento exige ponderar la antijuricidad material de la conducta, en sus vertientes de acción y resultado, que habrá de ser valorada caso por caso en atención a las circunstancias del autor o partícipe y del hecho.

La Ley resulta sumamente restrictiva, pues los delitos leves constituyen por su propia naturaleza la porción de infracciones penales menos relevantes de las comprendidas en la Parte Especial del Código, por lo que exigir del Fiscal que discrimine dentro de la categoría las conductas de menos trascendencia reduce el juego del principio de oportunidad a mínimos. El tenor literal de la norma no puede ser más expresivo cuando exige que se trate de delitos «de muy escasa gravedad», intensificando con el superlativo el carácter excepcional que nuestro ordenamiento concede a la renuncia del *ius puniendi*.

Una vía hermenéutica que puede resultar útil para discernir las infracciones susceptibles de archivo anticipado es la de estudiar los tipos penales desde el punto de vista utilitario o finalista, considerando que si el delito legitima socialmente su existencia en la medida en que constituye un instrumento eficaz para la tutela de bienes jurídicos valiosos, la renuncia al ejercicio de la acción para exigir su castigo puede quedar justificada cuando se sienta una menor necesidad de tutela por las circunstancias concurrentes en el caso. Podemos asentar, en base a ello, dos parámetros complementarios: de un lado, el valor relativo del bien jurídico tutelado por la norma, y de otro, la intensidad del daño o riesgo efectivamente ocasionados.

Desde el primer punto de vista, habrán los Sres. Fiscales de ser más exigentes, y por lo tanto menos proclives a solicitar el archivo de la causa, cuando el delito cometido afecte a bienes jurídicos de naturaleza personal, como son la integridad física y moral, la dignidad o la libertad.

Desde el segundo punto de vista, la necesidad de protección es más intensa cuando se lesiona de forma efectiva el bien jurídico protegido en la norma, por

haber alcanzado la culminación del *iter criminis*, especialmente si del hecho punible se ha derivado un daño o perjuicio indemnizable que no ha sido debidamente compensado en el momento en que se evacúa el trámite de informe.

También deberán ser valoradas circunstancias personales del autor como su edad juvenil –por estar comprendido entre los 18 y 21 años–, carencia de antecedentes penales por hechos de semejante naturaleza, ocasionalidad de su conducta infractora, arrepentimiento activo, disposición a reparar el mal causado, etc.

La consulta de las anotaciones de condenas precedentes recaídas en juicio de faltas o por delito leve resulta en todo caso necesaria para una emisión fundada del informe. El Real Decreto 95/2009, de 6 de febrero, por el que se regula el Sistema de registros administrativos de apoyo a la Administración de Justicia, contempla en su artículo 2.3, entre otros, el Registro Central de Penados, el Registro Central de Medidas Cautelares, Requisitorias y Sentencias No Firmes y el Registro Central para la Protección de las Víctimas de la Violencia Doméstica, fuentes de información de inapreciable valor para un adecuado ejercicio de nuestras funciones.

Un ejercicio razonado de las facultades inherentes al principio de oportunidad no es posible sin la previa consulta de los antecedentes, a fin de determinar la existencia de factores que desaconsejen el informe de sobreseimiento, pues como señala la Circular 9/2011, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, «la posibilidad de aplicar el desistimiento a quien le consten antecedentes, reviste carácter excepcional, pues no tendría sentido que partiendo de una estricta literalidad del precepto se favorezca a quien vaya acumulando diligencias abiertas por diferentes tipos penales».

También puede ser un medio adecuado de indagación la solicitud a los Juzgados Decanos de la localidad de la hoja de anotaciones de procedimientos del autor.

2.º Ausencia de interés público en la persecución del hecho. En gran medida el interés público en el ejercicio de la acción penal es un concepto directamente relacionado con la antijuricidad material de la conducta, por lo que este criterio se solapa parcialmente con el anterior. No obstante, existen factores externos al hecho cometido que deben ser considerados al aquilatar la necesidad de la pena: la finalidad de afirmar y consolidar el ordenamiento jurídico conculcado, por ejemplo, que es más exigente cuando la comunidad sufre con frecuencia hechos de la misma naturaleza –hurtos flagrantes en determinados espacios públicos de la ciudad, p.e.–, o, desde la perspectiva del sujeto pasivo del delito, la necesidad de brindar a la víctima una protección efectiva de sus intereses y un respeto a su voluntad manifestada, en concordancia con las exigencias del Derecho de la Unión Europea y de nuestro propio ordenamiento jurídico desde la publicación de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (en adelante, EVD).

El tenor legal refrenda este criterio en la medida en que el inciso final de la letra b) del artículo 963.1.1.º LECrim concluye disponiendo que

«En los delitos leves patrimoniales, se entenderá que no existe interés público relevante en su persecución cuando se hubiere procedido a la reparación del daño y no exista denuncia del perjudicado».

Este inciso, en la medida en que asocia el interés público a la realización de las legítimas expectativas de reparación penal y civil de la víctima, exige del Fiscal una actitud cautelosa a la hora de seleccionar los casos en que optará por renunciar al ejercicio de la acción penal. La cautela no puede ser menor tratándose de delitos leves que afecten a la integridad física y moral o a la libertad de las personas, pues se trata de bienes que en una razonable ponderación axiológica no pueden ser pospuestos a los de índole patrimonial.

La denuncia de la víctima y la pendencia de un daño indemnizable no compensado, sin ser impedimentos absolutos para el ejercicio del principio de oportunidad, pues la Ley no establece prohibiciones explícitas, constituyen elementos que en principio han de disuadir de su ejercicio, pues la configuración que la reforma penal da a la oportunidad reglada como excepción al principio de oficialidad de la acción penal *ex* artículo 105.1 LECrim, trata de conjurar el riesgo de que el archivo anticipado del procedimiento redunde en menoscabo de legítimas expectativas de tutela que puedan albergar los particulares afectados.

Tampoco hemos de perder de vista, desde una interpretación sistemática del ordenamiento jurídico, que el EVD ha reconocido a la víctima un extenso derecho de participación activa en el proceso penal (art. 3.1 EVD), que una crisis anticipada del procedimiento desencadenada por la acusación pública podría frustrar. Resulta esencial por ello que el Ministerio Fiscal antes de evacuar su informe disponga de los elementos de juicio necesarios para evaluar la opinión de la víctima, los cuales deben extraerse del propio atestado, pues el procedimiento para delitos leves no tiene prevista fase de instrucción judicial.

La valoración del interés público, en definitiva, no puede hacerse al margen o en contra de la voluntad manifestada por la víctima de denunciar y perseguir los hechos, salvo, lógicamente, en aquellos casos en que ésta resulte infundada, irracional o arbitraria, constituya un ejercicio abusivo de su derecho, o se aparte claramente del interés general, pues una cosa es que exista un interés público en dignificar y realzar la posición jurídica de la víctima en el proceso, y otra muy distinta que la voluntad del particular tenga la facultad inapelable de definir en cada caso el sentido definitivo que hay que dar a ese interés público.

En la indagación de la posición de la víctima frente al proceso, denuncia y ofrecimiento de acciones constituyen momentos de especial significación. La denuncia es un medio de transmisión de la *notitia criminis* que en el ámbito de procedimiento para el juicio sobre delitos leves es suficiente para constituir en parte acusadora al ofendido o perjudicado, sin mayores exigencias de postulación.

Cuestión distinta es la denuncia tácita. La voluntad de vindicar el delito sufrido no puede inferirse, sin más, de la protocolaria manifestación de «quedar enterado» al recibir el ofrecimiento de acciones previsto en el artículo 109 LECrim, aunque en otro contexto se le haya podido reconocer valor para cumplimentar la condición de procedibilidad.

En sentido inverso, constituye expresión suficiente de desinterés procesal la manifestación del deseo de no volver a ser citado, de que se archive la causa, o el hecho concluyente de desatender sin causa justificada los llamamientos de la Policía o del juzgado.

Comoquiera que el trámite del procedimiento para enjuiciamiento de delitos leves sitúa el informe de oportunidad del Fiscal en el momento inmediato posterior a la incoación del procedimiento, lo normal es que si éste se origina en un atestado policial, sea en el mismo donde conste documentado el ofrecimiento de acciones a los ofendidos y perjudicados por el delito, y la respuesta dada por los interesados, conforme a lo previsto en el artículo 962.1, inciso último LECrim, por lo que habrá de exigirse que al traslado de las actuaciones se acompañe copia del atestado con el fin de comprobar tales extremos.

Si, por el contrario, el procedimiento se incoa en virtud de denuncia directa de la víctima, debemos asumir que existe una voluntad declarada de ejercitar la acción penal que habrá de ser tenida en cuenta.

Si la víctima retira la denuncia en un momento posterior, o pone de manifiesto su deseo de que el procedimiento se archive, antes del traslado al Fiscal a efectos de informe de oportunidad, se estará a la última voluntad expresada.

Una vez evacuado informe favorable a la prosecución del procedimiento y al señalamiento de juicio oral, deberán evitarse nuevos traslados al Fiscal por el mero hecho de que la víctima rectifique su anterior criterio, salvo casos excepcionales.

En caso de pluralidad de víctimas por el mismo hecho punible, se valorará la postura adoptada en relación con el procedimiento por todas y cada una de ellas, debiendo estimarse necesaria la prosecución de la causa si una o varias se pronuncian con suficiente claridad a favor de acogerse a la tutela que les puede ofrecer el orden jurisdiccional penal.

6.2.2 INSTRUCCIONES ESPECÍFICAS

Como se ha expuesto, la antijuricidad material de las conductas incriminadas guarda relación directa con el bien jurídico protegido, por lo que es posible discriminar las pautas de actuación del Fiscal por categorías de delitos.

A. Violencia de menor intensidad en el núcleo de convivencia familiar (excluida la violencia de género)

Los delitos leves susceptibles de integrar esta categoría, en concreto, las amenazas leves cuando no se hayan empleado armas o instrumentos peligrosos (art. 171.7, 2) y las coacciones leves (art. 172.3, 2 CP) que recaigan sobre alguna de las personas del artículo 173.2 CP [excluidos los actos homogéneos constitutivos de violencia de género y cometidos sobre quien sea o haya sido esposa del autor del hecho, sobre mujer que esté o haya estado ligada a él por análoga relación de afectividad, aún sin convivencia, o sobre persona especialmente vulnerable que conviva con el autor, que constituyen siempre delito menos grave (*ex* artículos 171.4 y 5 y 172.2 CP)], así como las vejaciones injustas del artículo 173.4 CP, serán perseguidos en todo caso, debiendo el Fiscal interesar la prosecución de la causa y el señalamiento de juicio oral en virtud del interés prevalente de proteger la paz doméstica así como la libertad y la integridad moral de los miembros más débiles del núcleo de convivencia familiar, bienes de irrenunciable tutela pública.

Sólo en casos excepcionales, los Fiscales podrán informar favorablemente el archivo por motivos de oportunidad si se trata de hechos de muy escasa trascendencia, la víctima ha solicitado expresamente el archivo y no existe indicio alguno de que su voluntad pueda haber sido coaccionada o influenciada por el autor del delito o personas de su entorno.

B. Delitos leves de naturaleza patrimonial

Nos referimos al hurto (art. 234.2 CP), sustracción de cosa propia (art. 236 CP), alteración de términos y lindes (art. 246 CP), distracción de aguas (art. 247 CP), estafa (art. 249.2 CP), administración desleal (art. 252.2 CP), apropiación indebida (art. 253.2 CP), apropiación indebida impropia, de cosa perdida o recibida por error (art. 254 CP), defraudación de fluidos, energía y telecomunicaciones (art. 255 CP), uso no autorizado de terminal de telecomunicaciones (art. 256 CP) y daños dolosos (art. 263.1, pfo. segundo CP). En todos estos supuestos, siguiendo los parámetros del artículo 963.1.1.ª, inciso final LECrim, a los que se ha aludido más arriba, el Fiscal podrá renunciar al ejercicio de la acción penal e informar a favor del sobreseimiento y archivo de la causa si la víctima no ha denunciado los hechos, después de denunciados ha puesto de manifiesto su deseo de retirar la denuncia, o de cualquier otra forma

ha hecho saber en sede policial o judicial que no tiene interés en la incoación o prosecución del procedimiento –p.e., solicitando no ser citado a juicio–. Si por el contrario, la víctima denuncia directamente los hechos en la Policía o en el Juzgado, o en el curso de la tramitación del atestado policial o incoado el procedimiento manifiesta una voluntad explícita de denuncia, el Fiscal informará a favor de la prosecución del procedimiento y la celebración del juicio oral, especialmente si existen indemnizaciones pendientes de satisfacer, salvo casos excepcionales.

Se interesará siempre la prosecución de la causa y la celebración de juicio en los delitos previstos en los artículos 236 CP (sustracción de cosa propia), 246 CP (alteración de términos y lindes), 247 CP (distracción de aguas), 254 CP (apropiación indebida impropia), 255 CP (defraudación de energía, fluido o telecomunicaciones) y 256 CP (uso no autorizado de terminal de telecomunicación ajeno) cuando el objeto, cantidad o utilidad ilícitamente obtenida hubiera alcanzado un valor superior a los 400 euros, en atención a la mayor gravedad intrínseca de estas conductas y al hecho de que hasta la reforma de 2015 estos supuestos constituían delito menos grave y se sancionaban con la misma pena de multa.

Del mismo modo, se interesará siempre la prosecución de la causa y la celebración de juicio cuando se trate de un delito de ocupación de un inmueble, vivienda o edificio ajenos que no constituyan morada, o de mantenerse en los mismos sin autorización, del artículo 245.2 CP por tratarse igualmente de hechos que se configuraban como delito menos grave hasta la reforma penal.

A fin de evitar efectos criminógenos, en supuestos de reiteración en los delitos leves patrimoniales no procederá dar eficacia a la reparación del daño para postular el archivo.

C. Delitos leves que afectan al orden público o a los intereses generales

La reforma de 2015 sigue incriminando, con algunas variantes, una parte de las conductas comprendidas en los Títulos III y IV del Libro III CP, como mantenerse en el domicilio de una persona jurídica, despacho profesional, oficina, establecimiento mercantil o local abierto al público contra la voluntad de su titular (art. 203.2 CP), el maltrato animal en espectáculos no autorizados (art. 337.4 CP), el abandono de un animal poniendo en peligro su vida o integridad (art. 337 bis CP), expender o distribuir moneda falsa de valor aparente no superior a 400 euros por quien la recibió de buena fe, una vez le conste su falsedad (art. 386.3 CP), distribuir o utilizar sellos de correos y efectos timbrados de valor aparente no superior a los 400 euros por quien los recibió de buena fe, una vez le conste su falsedad (art. 389.2 CP), y el uso público e indebido de uniforme, traje e insignia que le confieran carácter oficial, por quien no está autorizado (art. 402 bis CP). En todos estos casos los Fiscales analizarán las circunstancias concretas que hayan rodeado la comisión del delito para decidir si la tutela del interés público exige el enjuiciamiento de los hechos o, por el contrario, admite la renuncia al ejercicio de la acción penal sin desdoro de dicho interés. Deberán en todo caso ser consideradas circunstancias personales del autor como su edad juvenil –por estar comprendido entre los 18 y 21 años–, carencia de antecedentes penales por hechos de semejante naturaleza, ocasionalidad de su conducta infractora, arrepentimiento activo, disposición a reparar el mal causado, etc.

D. Delitos leves que tenían la consideración de menos graves antes de la reforma de 2015

Aquellas figuras penales que han experimentado una degradación automática por el cambio de las normas de la Parte General a las que se hace referencia en el apartado 3.2 de esta Circular y que se refieren a bienes jurídicos de especial significación, como la

libertad personal (art. 163.4 CP), el patrimonio histórico (art. 324 CP), la fe pública inherente al giro de determinados documentos (art. 397, 399 y 400 CP), la Administración Pública (art. 406 CP) y la Administración de Justicia (arts. 456.1.3.º, 465.2 y 470.3 CP) deben ser objeto de un tratamiento restrictivo en lo que se refiere a su posible archivo anticipado. En la medida en que el interés público que se ve afectado por estas conductas es de especial relevancia, es razonable excluir el ejercicio del principio de oportunidad salvo que concurran circunstancias excepcionales que atenuen en el caso concreto la necesidad de respuesta penal.

6.2.3 EFICACIA TEMPORAL DEL PRINCIPIO DE OPORTUNIDAD

El novedoso principio de oportunidad plantea problemas de vigencia temporal derivados de su carácter híbrido procesal-sustantivo. Formalmente, el principio se sustancia en un trámite procedimental sucesivo en el tiempo a la resolución judicial de incoación del procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves, regulado en el artículo 963.1.1.ª LECrim, y concordantemente, en los artículos 964.2, a) y 965.1.1.ª LECrim, que el Fiscal evacua mediante la emisión de un informe en el que se pronuncia sobre la necesidad de proseguir el procedimiento o, alternativamente, sobre la conveniencia de proceder a su sobreseimiento y archivo en atención a la menor intensidad del interés público involucrado.

En el plano procesal impera el principio *tempus regit actum* que obliga a acomodar los actos a la norma jurídica vigente en el momento en que se producen, salvo disposición contraria de la ley. La eficacia temporal del procedimiento en el que se inserta este trámite aparece regulada en la Disposición adicional segunda de la propia Ley, que bajo rúbrica Instrucción y enjuiciamiento de los delitos leves dice literalmente:

«La instrucción y el enjuiciamiento de los delitos leves cometidos tras la entrada en vigor de la presente Ley se sustanciarán conforme al procedimiento previsto en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal, cuyos preceptos se adaptarán a la presente reforma en todo aquello que sea necesario. Las menciones contenidas en las leyes procesales a las faltas se entenderán referidas a los delitos leves».

El precepto, rectamente interpretado, significa que el texto reformado del Libro VI de la LECrim –que ahora regula el denominado «procedimiento para el juicio sobre delitos leves»– regirá para los delitos que se cometan a partir del día 1 de julio de 2015 (ex Disposición final octava, entrada en vigor), en tanto que los hechos punibles constitutivos de falta que se cometan hasta el día 30 de junio de 2015 (incluido) se enjuiciarán conforme al tenor que tenían las disposiciones del Libro VI LECrim antes de ser modificadas por la LO 1/2015.

Se excepciona de este modo la aplicación del principio *tempus regit actum*, y se asegura la ultravigencia del trámite del juicio de faltas. En consecuencia, es la fecha del hecho, no la del juicio, la que determina la ley procesal aplicable, sin que se haya previsto la conversión del trámite a la nueva regulación para los asuntos que se hallen en curso en el momento de entrar en vigor el cambio legislativo.

Esta intelección queda confirmada en el apartado primero de la Disposición transitoria cuarta de la LO 1/2015, donde bajo la rúbrica Juicios de faltas en tramitación se establece que

«La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley, por hechos que resultan tipificados como delitos leves, continuará sustanciándose conforme al procedimiento previsto para el juicio de faltas en el Libro VI de la vigente Ley de Enjuiciamiento Criminal».

El juicio de faltas y el procedimiento sobre enjuiciamiento de delitos leves constituyen modelos sustancialmente coincidentes en aspectos de competencia judicial, postulación procesal y tramitación. La diferencia cualitativa más relevante es precisamente la introducción del principio de oportunidad reglada como forma de conclusión anticipada del procedimiento para delitos leves, lo que es desconocido en el juicio de faltas.

Una lectura somera de las disposiciones citadas –adicional segunda y transitoria cuarta– conduce a la conclusión de que los juicios de faltas incoados bajo la vigencia de la anterior regulación deben proseguir su tramitación hasta su enjuiciamiento y sentencia –si no se interpone un motivo distinto de archivo en la medida en que las disposiciones antedichas no han previsto que el principio de oportunidad introducido *ex novo* para los delitos leves en la LO 1/2015 sea retroactivamente aplicable a las faltas.

El problema es que estas disposiciones, aisladamente consideradas, no proporcionan los criterios adecuados para dirimir satisfactoriamente una cuestión de este calado, que presenta una complejidad mayor de lo que aparenta.

La Fiscalía General del Estado con motivo de reformas legales anteriores que mudaron las condiciones de procedibilidad de ciertas infracciones, transformándolas de públicas en semipúblicas, respaldó la idea, compartida por la mejor doctrina, de que ciertas instituciones procesales presentan una vertiente material que afecta a elementos del delito, como la punibilidad, que justifica su aplicación retroactiva.

Como telón de fondo, se vislumbra la perspectiva, igualmente respaldada por la mejor doctrina procesalista, de que institutos procesales como la exigencia de denuncia previa y el perdón del ofendido constituyen manifestaciones singulares del principio de oportunidad, lo que confirma su parentesco directo con la facultad discrecional de instar el archivo que la LO 1/2015 ha decidido conceder al órgano de la acusación pública.

La Circular n.º 2/1990, sobre aplicación de la reforma de la Ley Orgánica 3/1989, de 21 de junio, de actualización del Código Penal, por ejemplo, reconoce incidentalmente la naturaleza de oportunidad que subyace en estos institutos procesales (*vid.* IX «Las cuestiones procesales», B):

«Tampoco puede dejarse de tener en cuenta, aunque el argumento sólo sea de refuerzo, el espíritu de la Recomendación del Consejo de Europa R (87), del Comité de Ministros de 17 de noviembre de 1987, que pide a los Estados miembros que adopten... la facultad de renunciar a la iniciación de un procedimiento penal o de poner término al ya iniciado. Si en la Reforma de la L. O. 3/1989 se ha acogido expresamente esa Recomendación en orden a su primer extremo (facultad de renunciar a la iniciación del proceso, que queda sometido en gran número de supuestos, especialmente en el área de las faltas, al régimen de denuncia previa), es razonable pensar que el legislador también pretendió cumplir la segunda parte de la Recomendación, creyendo innecesaria la mención expresa en cada caso concreto de los efectos del perdón, por deducirse ya de las reglas generales del Código».

De manera todavía más explícita, la Instrucción n.º 6/1992, de 22 de septiembre, sobre aplicación de algunos aspectos del proceso penal en virtud de la reforma llevada a cabo por la Ley 10/1992 de 30 de abril, de medidas urgentes de reforma procesal:

«Es preciso recordar que la transformación de diversas faltas en infracciones de naturaleza semipública –por la Ley Orgánica 3/1989– ya condicionó de forma importante la intervención del Ministerio Fiscal en la persecución de las mismas. El establecimiento de una condición objetiva de procedibilidad era ya expresión de una cierta renuncia del Estado al ejercicio del *ius puniendi* si el perjudicado por la infracción no inicia el proceso penal.

Consecuentemente, la intervención del Fiscal quedó subordinada a la denuncia del ofendido o perjudicado, salvo que la persona agraviada sea de todo punto desvalida, supuesto en que el Fiscal tiene la facultad de denunciar, de conformidad con el artículo 602 del Código Penal, facultad que, evidentemente, mantiene su plena vigencia».

La Circular n.º 2/1996, de 22 de mayo, sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores, al tratar en su apartado VI de las modificaciones en materia de perseguibilidad introducidas por el vigente CP, supera definitivamente toda reticencia que la Fiscalía General del Estado hubiera podido albergar anteriormente frente a la aplicación retroactiva de un novedoso régimen procesal de denuncia previa, poniendo ahora el acento en sus implicaciones sustantivas:

«En el nuevo Código Penal algunas infracciones consideradas clásicamente como públicas se han convertido en semipúblicas, al exigir su persecución el requisito de la denuncia previa del ofendido (...)

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 permite determinar, en su caso, la aplicación del principio *tempus regit actum*), repercute también en uno de los elementos del delito: la punibilidad».

El archivo anticipado de la causa regulado en los artículos 963.1.1.ª LECrim y concordantes reformados, constituye manifestación directa del mismo principio de oportunidad inmanente al régimen de denuncia previa y perdón del ofendido, por lo que no hay razón para negar la posibilidad de su aplicación a las faltas que a la fecha de entrada en vigor de la LO 1/2015 todavía no hayan sido enjuiciadas.

El órgano de la acusación pública renuncia al ejercicio del *ius puniendi* en los supuestos taxativamente determinados en la ley, lo que constituye una forma de descriminalización de la conducta por vía acusatoria que trasciende las formas del procedimiento para enlazar con la teoría de la pena y los principios de la política criminal (*minima non curat praetor*).

La eficacia retroactiva de la condición de procedibilidad constituye precisamente el fundamento de la enervación de la acción penal prevista en el apartado segundo de la Disposición transitoria cuarta de la LO 1/2015 en los juicios de faltas incoados antes de su entrada en vigor. Dispone la norma transitoria que:

«La tramitación de los procesos por falta iniciados antes de la entrada en vigor de esta Ley por hechos que resultan por ella despenalizados o sometidos al régimen de denuncia previa, y que lleven aparejada una posible responsabilidad civil, continuarán hasta su normal terminación, salvo que el legitimado para ello manifestare expresamente no querer ejercitar las acciones civiles que le asistan, en cuyo caso se procederá al archivo de lo actuado, con el visto del Ministerio Fiscal».

Por otra parte, la Disposición transitoria primera de la LO 1/2015, relativa a la «legislación aplicable», dice en su apartado primero que:

«Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley, una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor».

Comoquiera que el precepto se refiere a la aplicación de esta Ley (LO 1/2015) en lo que resulte más favorable al reo, cabe entender comprendido en el mandato del legisla-

dor los preceptos introducidos en su Disposición final segunda de sentido material favorable, como son los relativos al archivo del procedimiento por razones de oportunidad.

Debemos considerar asimismo el rango normativo de las disposiciones de la LO 1/2015 en conflicto: tanto la Disposición adicional segunda como la Disposición transitoria cuarta tienen rango de ley ordinaria, conforme a lo establecido en la Disposición final séptima LO 1/2015. Ello significa que dichas disposiciones pueden afectar al trámite que se ha de seguir para el enjuiciamiento de los delitos leves, es decir, a los aspectos procedimentales de la cuestión, pero no pueden establecer límites ni restricciones al claro mandato de retroactividad favorable al reo que contiene el artículo 2.2 CP, con rango de Ley Orgánica, o a la previsión equivalente incorporada a la Disposición transitoria primera de la LO 1/2015, que tiene igualmente rango de Ley Orgánica.

En definitiva, las faltas públicas cometidas antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015, que no hayan quedado despenalizadas ni sometidas sobrevenidamente al régimen de denuncia previa, y que estén pendientes de enjuiciamiento, podrán ser archivadas por motivos de oportunidad, por lo que, a partir del 1 de julio de 2015, recibido traslado del Juzgado de Instrucción, el Fiscal habrá de evacuar el informe previsto en el artículo 963.1.1.^a LECrim y concordantes, debiendo ajustar su contenido a las instrucciones definidas en el apartado 6 de este documento.

No se podrán beneficiar, sin embargo, del archivo por motivos de oportunidad las faltas que a la entrada en vigor de la LO 1/2015 hubieran sido ya enjuiciadas en primera instancia, pues el sobreseimiento de la causa constituye una forma anormal de terminación del procedimiento alternativa al enjuiciamiento, que pierde en consecuencia su virtualidad si éste ya se ha producido.

En cuanto a las faltas públicas que en virtud de la presente reforma penal han quedado sometidas al régimen de denuncia previa (este caso se limita a los delitos leves de lesiones y malos tratos del artículo 147.2 y 3 CP, antes previstos en el artículo 617 CP), la acción penal para su persecución ha de estimarse decaída por imperativo de la ley, con arreglo a lo previsto en la Disposición transitoria cuarta, apartado segundo, de la LO 1/2015, que de manera inequívoca establece que el procedimiento continuará a los solos efectos de enjuiciar la acción civil.

En efecto, el párrafo segundo de dicho apartado dispone que «si continuara la tramitación, el juez limitará el contenido del fallo al pronunciamiento sobre responsabilidades civiles y costas, ordenando la ejecución conforme a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Criminal».

Se trata de una disposición que reproduce los términos de la Disposición transitoria segunda de la LO 3/1989, de 21 de junio, y que por su inequívoco tenor cercena toda posibilidad de instar la condena penal, dejando reducido el objeto del proceso al resarcimiento civil del perjudicado si éste no ha renunciado expresamente el mismo, pues de producirse la renuncia el procedimiento se debe archivar.

Procede recordar lo que la Circular 2/1990, de 1 de diciembre, dijo en la interpretación de su precedente legislativo: «estando sometido el Ministerio Fiscal al principio de legalidad, siendo la L. O. 3/1989 una Ley postconstitucional y no estando declarada la contradicción de la Disposición Transitoria Segunda de aquélla con la Constitución, obligado es acatarla y todos los Fiscales seguirán el criterio sentado en dicha Disposición, de equiparación de los hechos sometidos al régimen de denuncia previa a los que han sido despenalizados en orden a no continuar su persecución en vía punitiva, aunque continúe el proceso iniciado hasta obtener sentencia, cuyo fallo se limite a resolver sobre las responsabilidades civiles y las costas, como dispone el párrafo 2 de aquélla».

7. OTRAS CONSIDERACIONES SOBRE LOS DELITOS LEVES

La reforma penal 1/2015 incide igualmente en determinados aspectos sustantivos de las infracciones leves, de los que procede hacer una somera mención.

7.1 Reincidencia

Los antecedentes penales correspondientes a delitos leves no se computarán a efectos de la aplicación de la agravante genérica de reincidencia del artículo 22.8.ª CP.

En efecto, la LO 1/2015 amplía el enunciado del párrafo segundo de dicho precepto para señalar que «a los efectos de este número no se computarán los antecedentes penales cancelados o que debieran serlo, ni los que correspondan a delitos leves».

Ello no significa que la existencia de una o varias anotaciones por delito leve en la hoja histórico penal de la persona contra la que se siga un nuevo procedimiento penal sea una variable jurídicamente irrelevante. El historial de condenas por delito leve habrá de tomarse en consideración, como elemento subjetivo adverso, al valorar la oportunidad de instar el sobreseimiento de la causa abierta por un nuevo delito leve (art. 963.1.1.ª CP y concordantes), al individualizar la pena que debe aplicarse al sujeto por la comisión de otro delito, o como elemento indicativo de la necesidad de ejecutar la pena al informar sobre su suspensión condicional (art. 80.1, 2 CP).

El delito leve, sin embargo, sí puede integrar ciertos subtipos agravados previstos en delitos contra el patrimonio como el hurto (art. 235.1.7.º CP), la estafa (art. 250.1.8.º CP), la administración desleal y la apropiación indebida (arts. 252 y 253 CP por remisión al artículo 250.1.8.º CP) pues estos preceptos, que instituyen tipos penales especiales cualificados, no hacen distinción entre delitos leves y menos graves, y sólo excluyen los antecedentes cancelados o susceptibles de cancelación.

7.2 Determinación de la pena

El artículo 66.2 CP, en la redacción que le ha otorgado la LO 1/2015, establece que «en los delitos leves y en los delitos imprudentes, los jueces o tribunales aplicarán las penas a su prudente arbitrio, sin sujetarse a las reglas prescritas en el apartado anterior».

La exclusión de la aplicación del artículo 66 CP a las faltas ya se preveía en el derogado artículo 638 CP, como parte de un enunciado más amplio: «en la aplicación de las penas de este Libro procederán los Jueces y Tribunales, según su prudente arbitrio, dentro de los límites de cada una, atendiendo a las circunstancias del caso y del culpable, sin ajustarse a las reglas de los artículos 61 a 72 de este Código».

Suprimido el artículo 638 CP en la reforma 1/2015, la singularidad del régimen jurídico de aplicación de penas de los delitos leves se reduce a este punto. Desaparece, por lo tanto, la obligación de respetar el límite mínimo nominalmente asignado, que se hace permeable en sentido descendente en las formas imperfectas de ejecución y participación (arts. 62 y 63 CP) y en los supuestos de eximente incompleta (art. 68 CP), conforme a las reglas de dosimetría penal establecidas en el artículo 70.1.2.ª CP [v. gr. tentativa inacabada de hurto de un bien de valor no superior a 400 euros, artículo 234.2 CP, la pena de 1 a 3 meses de multa se rebajaría obligatoriamente en un grado (multa de 15 a 29 días), o facultativamente en dos (multa de 8 a 14 días)].

7.3 Prescripción de la pena

El artículo 133.1 CP determina los plazos de prescripción de las penas en función de la duración concreta impuesta en sentencia firme. Los apartados 6 y 7 prevén el plazo de cinco años para las penas menos graves y de un año para las penas leves.

Al tratar del ámbito objetivo del procedimiento para el enjuiciamiento de los delitos leves ya hicimos referencia a que un delito leve, conforme a los parámetros del artículo 13.4, inciso segundo CP, puede ser sancionado con una pena menos grave –v. gr. el delito de homicidio causado por imprudencia menos grave previsto en el artículo 142.2 CP, puede ser castigado en sentencia con pena de 8 meses de multa; el delito es leve, porque la pena que tiene nominalmente asignada abarca de 3 a 18 meses de multa, y 3 meses entra en el marco de la pena leve, pero la pena concretamente impuesta se inserta en el tramo de la multa como pena menos grave del artículo 33.3, j) CP–.

El hecho de que el delito tenga atribuida naturaleza leve con arreglo a la norma del artículo 13.4 CP en nada altera la naturaleza menos grave de la pena concretamente impuesta si la extensión determinada en sentencia se adentra en el tramo o cuantía del artículo 33.3 CP, por lo que, en estos supuestos, habremos de entender que el plazo de prescripción es el de cinco años. Por el contrario, si la pena impuesta queda en el tramo leve, su plazo de prescripción será de 1 año.

8. CONCLUSIONES

De acuerdo con lo expuesto en el texto de esta Circular, cabe sintetizar las siguientes conclusiones en relación con el ejercicio de la acción penal para la persecución de delitos leves:

1.^a Es delito leve el castigado con pena que ostente rango leve en toda su extensión o en una parte de ella (arts. 13.3 y 4, inciso segundo y 33.4 CP).

2.^a El delito que tenga asignadas dos o más penas de imposición conjunta o alternativa sólo es leve si todas cumplen la condición anterior.

3.^a En los delitos leves públicos patrimoniales y en los que por afectar a bienes jurídicos personales tienen una o varias víctimas individualizadas, se seguirán las siguientes pautas generales:

–El archivo por razones de oportunidad sólo se solicitará si ninguna víctima denuncia o manifiesta un interés explícito en la persecución del hecho, salvo en aquellos casos en que su postura se pueda estimar infundada, irracional o arbitraria. La mera afirmación de «quedar enterado» del ofrecimiento de acciones no será impedimento para solicitar el archivo. – Cuando la víctima manifieste en el atestado policial o en el juzgado su deseo de no ser citada a juicio o su voluntad de que el procedimiento no siga adelante, se interesará el archivo por motivos de oportunidad, salvo que subsista un interés público necesitado de tutela conforme a los criterios apuntados en esta Circular. – No se solicitará el archivo por motivos de oportunidad de los procedimientos incoados por actos de violencia física y psíquica cometidos en el núcleo de convivencia familiar, salvo casos excepcionales. – No se solicitará el archivo por motivos de oportunidad de los procedimientos incoados por delitos leves de detención ilegal (art. 163.4 CP), contra el patrimonio histórico (art. 324 CP), de falsedad documental (arts. 397, 399 y 400 CP), contra la Administración Pública (art. 406 CP) y contra la Administración de Justicia (arts. 456.1.3.º, 465.2 y 470.3 CP), salvo casos

excepcionales. Tampoco en los delitos leves patrimoniales previstos en los artículos 236, 246, 247, 254, 255 y 256 CP cuando el valor del objeto, ventaja o provecho obtenido por el culpable haya rebasado los 400 euros, ni en el delito de ocupación de inmueble, edificio o vivienda que no constituya morada del artículo 245.2 CP.

4.^a En los delitos leves que afectan al orden público o a los intereses generales, los Sres. Fiscales, a efectos de decidir sobre el ejercicio de las facultades derivadas del principio de oportunidad, ponderarán los criterios establecidos en la presente Circular, atendiendo especialmente a las circunstancias concurrentes en el autor del hecho, como su edad juvenil, ocasionalidad de la conducta, arrepentimiento mostrado o disposición a reparar el mal causado.

5.^a Los Sres. Fiscales tendrán a la vista la hoja histórico penal del denunciado antes de emitir el informe de oportunidad.

6.^a Los Sres. Fiscales asistirán al enjuiciamiento de los siguientes delitos leves semipúblicos:

–Homicidio por imprudencia menos grave del artículo 142.2 CP producido por la circulación de vehículos de motor o ciclomotores, prestación de servicios públicos o privados de transporte colectivo de personas, o en el ámbito laboral, sanitario o profesional. – Lesiones por imprudencia menos grave del artículo 152.2 CP en relación con el artículo 149 CP en los casos señalados en el punto anterior. – Lesiones dolosas del artículo 147.2 CP. – Maltrato de obra del artículo 147.3 CP cuando la víctima sea persona vulnerable por razón de edad, enfermedad o discapacidad. – En cualesquiera otros delitos, siempre que haya sido el propio Fiscal quien haya interpuesto la correspondiente denuncia en nombre de una persona menor de edad, con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida al amparo de lo establecido en el artículo 105.2 LECrim.

7.^a Los Sres. Fiscales se abstendrán de intervenir en el enjuiciamiento de los siguientes delitos leves semipúblicos:

–Lesiones por imprudencia menos grave del artículo 152.2 CP en relación con el artículo 150 CP. – Maltrato de obra del artículo 147.3 CP, cuando la víctima no sea persona vulnerable por razón de su edad, enfermedad o discapacidad. – Amenazas y coacciones leves de los artículos 171.7, 1 y 172.3, 1 CP. – Injurias leves en el ámbito doméstico del artículo 173.4 CP. – Daños por imprudencia grave del artículo 267 CP.

8.^a El delito leve de injurias graves hechas sin publicidad del artículo 209 CP es un delito privado. La disposición de la acción penal corresponde en exclusiva al ofendido.

9.^a El principio de oportunidad es retroactivamente aplicable a las faltas que no hayan sido enjuiciadas antes del día 1 de julio de 2015.

10.^a Los juicios de faltas por hechos cometidos antes del 1 de julio de 2015 que hayan quedado despenalizados proseguirán su tramitación en los términos de la Disposición transitoria cuarta LO 1/2015 a los solos efectos de dirimir la acción civil, salvo que el perjudicado renuncie expresamente a ser indemnizado, se reserve las acciones civiles o no exista perjuicio indemnizable, en cuyo caso procederá el archivo del procedimiento.

11.^a Los juicios de faltas por hechos cometidos antes del 1 de julio de 2015 constitutivos de falta de lesiones leves y malos tratos (art. 617.1 y 2 CP) se someterán al régimen transitorio aludido en la conclusión anterior.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la aplicación de la nueva regulación sobre los delitos leves, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

CIRCULAR 2/2015, SOBRE LOS DELITOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL TRAS LA REFORMA OPERADA POR LO 1/2015

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Concepto de pornografía infantil. 2.1 Ideas generales. 2.2 Valoración jurídico penal de las imágenes de simples desnudos de menores. 2.3 Pornografía virtual. 2.4. Pornografía técnica. 2.5 Pseudo pornografía infantil.–3. La edad de los menores representados en el material pornográfico.–4. Material con fines médicos, científicos o similares.–5. Análisis de los tipos. 5.1 Utilización de menores para fines pornográficos. 5.2 Difusión de pornografía infantil. 5.3 Posesión de pornografía infantil. 5.4 Acceso a sabiendas a pornografía infantil. 5.5 Asistencia a espectáculos pornográficos. 5.6 Tratamiento de la posesión/difusión de pornografía infantil. 5.7 Supuestos de ausencia de antijuridicidad material.–6. Subtipos agravados de pornografía infantil. 6.1 Introducción. 6.2 Cuestiones comunes. 6.3 Análisis de los diferentes subtipos agravados. 6.3.1 *Utilización de menores de 16 años.* 6.3.1.1 *Ideas generales.* 6.3.1.2 *Aplicabilidad del subtipo agravado a los supuestos de difusión de pornografía.* 6.3.2 *Carácter particularmente degradante o vejatorio de los hechos.* 6.3.2.1 *Concepto legal.* 6.3.2.2 *Hechos incluíbles.* 6.3.2.3 *Aplicabilidad del subtipo del carácter particularmente degradante o vejatorio a los supuestos de difusión.* 6.3.3 *Representación de menores o personas con discapacidad víctimas de violencia física o sexual.* 6.3.3.1 *Ideas generales.* 6.3.3.2 *Hechos subsumibles.* 6.3.3.3 *Aplicabilidad del subtipo a los supuestos de difusión.* 6.3.3.4 *Compatibilidad del subtipo de violencia física o sexual con el de hechos especialmente degradantes.* 6.3.4 *Puesta en peligro de la vida o salud de la víctima.* 6.3.5 *Material pornográfico de notoria importancia.* 6.3.6 *Pertenencia del culpable a una organización o asociación dedicada a la realización de tales actividades.* 6.3.7 *Hechos cometidos por ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o encargado del menor.* 6.3.7.1 *Ideas generales.* 6.3.7.2 *Hechos subsumibles.* 6.3.8 *Concurrencia de la agravante de reincidencia.* 6.3.9 *Subtipo hiperagravado.*–7. La pena de inhabilitación.–8. Otras medidas a instar por el Ministerio Fiscal.–9. Vigencia de anteriores pronunciamientos de la Fiscalía General del Estado.–10. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La sucesiva agravación de la respuesta sancionadora y el progresivo ensanchamiento del radio de la tipicidad penal en los delitos de pornografía infantil, cuyos hitos han sido las reformas operadas en el CP por cuatro Leyes Orgánicas (las LO 11/1999, de 30 de abril, 15/2003, de 25 de noviembre, 5/2010, de 22 de junio y 1/2015, de 30 de marzo), hace imprescindible fijar pautas hermenéuticas para tratar de alcanzar una respuesta uniforme y respetuosa con los principios de igualdad ante la Ley, seguridad jurídica, proporcionalidad y culpabilidad, preservando la unidad de actuación.

Esta evolución ha venido impuesta en gran parte por los compromisos internacionales y supranacionales asumidos por nuestro país.

La necesaria búsqueda de reacciones frente a la explotación sexual infantil se hizo ya evidente en el articulado de la Convención de Derechos del Niño de Naciones Unidas de 1989 y en su Protocolo facultativo relativo a la venta de niños, a la prostitución infantil y a la utilización de niños en la pornografía, de 25 de mayo de 2000.

La Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil, fue un ambicioso instrumento para hacer frente a estos delitos.

Otros hitos lo fueron el Convenio sobre Cibercrimen de 23 de noviembre de 2001 (Convenio de Budapest) y la Convención del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual, de 25 de octubre de 2007 (Convenio de Lanzarote).

La más reciente Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil ha condicionado y directamente inspirado la profunda reforma que experimentan los tipos de pornografía infantil tras la LO 1/2015, de 30 de marzo.

La reforma trae consigo un evidente adelantamiento de las barreras de protección penal, generando importantes problemas exegéticos. Lo novedoso de sus postulados exige un pronunciamiento de la Fiscalía General del Estado.

La nueva redacción del artículo 189 repetidamente equipara la pornografía infantil a la pornografía «en cuya elaboración hayan sido utilizadas personas con discapacidad necesitadas de especial protección». Aún asumiendo tal equiparación, con carácter general y por razones de sencillez expositiva, nos referiremos a la pornografía infantil, teniendo además en cuenta que, como han puesto de manifiesto los criminólogos que han estudiado este fenómeno delictivo, no existe tráfico de pornografía de adultos discapacitados.

2. CONCEPTO DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

2.1 Ideas generales

La determinación del significado a atribuir al concepto de material pornográfico infantil presenta dificultades, variando según las distintas legislaciones.

El Consejo de Europa perfiló la definición de la pornografía infantil en 1989 como «cualquier material auditivo o visual en el que se emplee a un menor en un contexto sexual» [Recomendación (91) 11].

Tanto el Convenio de Budapest (art. 9.2) como el Convenio de Lanzarote (art. 20.2) amplían el concepto de pornografía infantil. La Directiva 2011/93/UE sigue la línea iniciada por el Convenio de Budapest, por la Decisión Marco de 2004 y por el Convenio de Lanzarote y acuña un concepto expansivo, desbordando el que implícitamente regía en nuestro Derecho Penal. En efecto, aunque antes de la reforma operada por LO 1/2015, no existía un concepto legal de material pornográfico infantil, el Código Penal incorporaba una exigencia normativa que proporcionaba ciertos asideros seguros a la hora de discernir este concepto: en todo caso, el material debía referirse a un menor real, existente. Tras la reforma tal nexo se desvirtúa.

A la hora de interpretar el concepto de material pornográfico infantil deben manejarse los informes explicativos de los Convenios de Budapest y de Lanzarote, para los que las conductas sexualmente explícitas deben abarcar al menos los siguientes actos reales o simulados: a) relaciones sexuales, incluyendo genital-genital, oral-genital, anal-genital o oral-anal entre niños o entre un adulto y un niño, del mismo o de distintos sexos b) bestialismo c) masturbación d) abusos sádicos o masoquistas en un contexto sexual o e) exhibición lasciva de genitales o del área púbica de un niño. No es relevante si la conducta representada es real o simulada.

En todo caso, el material pornográfico escrito (novelas, relatos, etc.) no puede incluirse en el radio típico.

La pornografía infantil necesariamente debe integrarse por representaciones visuales, no siendo suficiente el material de audio. En este sentido, el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 declara que «con la nueva definición... quedaría fuera del concepto de material pornográfico infantil el material de audio, que hasta ahora –no sin debate– se consideraba incluido». No obstante, las pistas de audio podrían ser de interés a la hora de deslindar la naturaleza pornográfica o no del material de video.

El concepto que hasta la entrada en vigor de la LO 1/2015 mantenía nuestro CP no incluía la pornografía virtual ni la técnica. Con las nuevas previsiones se incluyen estas modalidades como se analizará *infra*.

Como expresara el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 «cabe justificar la tipificación de la pornografía virtual y técnica en que este material también banaliza y puede contribuir a la aceptación de la explotación sexual de los niños y en que atacan la dignidad de la infancia en su conjunto». Con la asunción de este concepto ampliado podemos considerar que se protege en estos casos como bien jurídico supraindividual la dignidad e indemnidad sexual de la infancia en general, que la circulación de estas modalidades pornográficas puede poner en peligro. Desde luego el material virtual y técnico no protegería ni la indemnidad sexual ni la propia imagen de un menor concreto.

2.2 Valoración jurídico penal de las imágenes de simples desnudos de menores

La STS n.º 271/2012, de 26 de marzo siguiendo al Consejo de Europa, ha definido la pornografía infantil como cualquier material audiovisual que utiliza niños en un contexto sexual.

En todo caso, es necesario que el material visual se centre bien en un comportamiento sexual de un menor, bien en sus órganos sexuales.

Siguiendo una línea restrictiva, la STS n.º 376/2006, de 8 de marzo, excluyó del concepto de material pornográfico el mero desnudo. Para las SSTS n.º 803/2010, de 30 de septiembre, y 264/2012, de 3 de abril, por «elaboración de cualquier clase de material pornográfico» podemos entender tanto fotografías como vídeos, como cualquier soporte magnético que incorpore a un menor en una conducta sexual explícita, entendiendo por ésta el acceso carnal en todas sus modalidades, la masturbación, zoofilia, o las prácticas sadomasoquistas, pero no los simples desnudos». La STS n.º 1342/2003, de 20 de octubre, considera que la imagen de un desnudo –sea menor o adulto, varón o mujer– no puede ser considerada objetivamente material pornográfico, con independencia del uso que de las fotografías pueda posteriormente hacerse. Sigue esta estela la STS n.º 105/2009, de 30 de enero.

Por el contrario, el desnudo con connotaciones sexuales sí puede integrarlo: así, para el ATS n.º 521/2013, de 21 de febrero «las fotos realizadas por el acusado a la menor pueden considerarse como pornográficas ya que muestran la zona púbica de la niña, su imagen desnuda y del busto en actitud sugerente».

Los Sres. Fiscales mantendrán el carácter pornográfico de las imágenes de niños desnudos cuando las mismas se enmarquen en un contexto lascivo (posados con contenido sexual e imágenes enfatizando los genitales). Para deslindar el desnudo relevante penalmente del irrelevante habrá de analizarse si el material visual se centra en un comportamiento sexual o en los órganos sexuales del menor.

Estos principios deben mantenerse tras la reforma operada por LO 1/2015, que dentro del concepto legal que acuña se refiere a: a) Todo material que represente de manera visual a un menor o una persona con discapacidad necesitada de especial protección participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada. b) Toda representación de los órganos sexuales de un menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección con fines principalmente sexuales.

A tales efectos habrán de entender los Sres. Fiscales que los «fines principalmente sexuales» que permiten calificar la representación de los órganos sexuales de un menor como pornografía, deberán tener reflejo en el propio material, no siendo suficiente con la mera intencionalidad de quien lo posee o difunde.

Distinto será el caso de quien elabora el material. En este supuesto, el *animus* del sujeto activo que entra en contacto directo con el menor y que obtiene del mismo fotografías o videos de sus órganos sexuales, puede ser determinante para calificar el resultado como pornográfico. Piénsese en el supuesto de quien con una motivación sexual, convence a una niña para que se desnude a fin de elaborar una película o un reportaje fotográfico.

2.3 Pornografía virtual

La denominada pornografía virtual es aquella en la que la imagen del menor es una creación artificial pero realista, elaborada por ordenador u otro medio.

El informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 se hace eco de que la expansión típica se ha justificado por razones prácticas: muy pronto –ya es difícil– será imposible distinguir entre imágenes reales e imágenes generadas por ordenador.

El artículo 5 de la Directiva 2011/93/UE imponía la tipificación de la posesión, producción y difusión de pornografía infantil virtual.

El nuevo artículo 189.1.d, tras la reforma 1/2015 da cumplimiento al mandato del artículo 5 de la Directiva de 2011 y tipifica las conductas relativas a los materiales virtuales. Se entiende como tal en el nuevo precepto, asumiendo literalmente la definición de la Directiva, las imágenes realistas de un menor participando en una conducta sexualmente explícita o imágenes realistas de los órganos sexuales de un menor, con fines principalmente sexuales (art. 189.1.d).

A fin de evitar indebidas extensiones del concepto de pornografía infantil, debe interpretarse restrictivamente el concepto «imágenes realistas». Conforme al Diccionario de la Real Academia de la Lengua «realista» significa que «trata de ajustarse a la realidad». Por tanto, «imágenes realistas» serán imágenes cercanas a la realidad, a la que tratan de imitar. Dicho de otro modo, serían imágenes que no son reales pero lo parecen. Podrían abarcar imágenes alteradas de personas existentes e incluso las imágenes generadas mediante ordenadores.

Por tanto, solo serán «imágenes realistas» potencialmente subsumibles en el concepto de pornografía infantil aquéllas que se aproximan en alto grado a la representación gráfica de un auténtico menor, o de sus órganos sexuales. Por ello, no deberán los Sres. Fiscales entender incluidos dibujos animados, manga o representaciones similares, pues no serían propiamente «imágenes realistas», en tanto no perseguirían ese acercamiento a la realidad.

2.4 Pornografía técnica

Puede definirse como aquel material que se integra por imágenes en las que aparecen personas presentadas como menores en un contexto sexual.

La Directiva 2011/93/UE en su artículo 2 letra c) inciso iii conceptúa como pornografía infantil todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales.

El apartado séptimo del artículo 5 de la Directiva deja a la discreción de los Estados miembros decidir si procede sancionar penalmente las conductas en relación con este tipo de pornografía infantil «cuando la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad 18 años o más en el momento de obtenerse las Imágenes».

Tras la reforma 1/2015 se asume la definición contenida en el artículo 2, letra c), inciso iii, fusionándola con la disposición contenida en el art 5.7 de la Directiva 2011/93/UE de manera que se entiende por pornografía técnica todo material que represente de forma visual a una persona que parezca ser un menor participando en una conducta sexualmente explícita, real o simulada, o cualquier representación de los órganos sexuales de una persona que parezca ser un menor, con fines principalmente sexuales, salvo que la persona que parezca ser un menor resulte tener en realidad dieciocho años o más en el momento de obtenerse las imágenes (art. 189.1.c).

Los Sres. Fiscales interpretarán esta disposición en el sentido de que tendrá trascendencia penal el material pornográfico que presente a una persona como menor, atendido su aspecto externo y el contexto en el que se le coloca (vestimenta, etc), incluyendo el texto escrito o el audio que lo acompañe.

Será pues penalmente relevante el material que presente a personas como menores en un contexto sexual. Se trata de supuestos en los que las personas que aparecen en el material pornográfico aparentan ser menores –bien porque son seleccionados por sus rasgos especialmente aniñados y convenientemente maquillados –simulación analógica o real– o retocadas sus imágenes o fotogramas digitalmente, mediante el borrado de sus signos de madurez sexual (senos, vello púbico, etc.).

Si las investigaciones pueden determinar la minoría de edad de la persona representada en la fecha en que se produjo el material, la calificación habrá de referirse al material pornográfico infantil común.

La comprobación a posteriori de que el protagonista de la escena pornográfica tenía en realidad 18 años o más en el momento de producirse el material, excluiría la punibilidad de la conducta.

Si no puede determinarse la mayoría o minoría de edad de la persona representada y el material la «presenta» como menor de edad, el material deberá ser considerado como pornografía infantil.

Debe tenerse en cuenta que la Policía dispone de bases de datos de menores víctimas de pornografía infantil identificados. En este contexto, los Sres. Fiscales habrán de procurar en estos casos la determinación de la edad real de la persona representada, por lo que deberán –si no se ha hecho de oficio interesar a la Policía que investigue este extremo. Sólo tras agotar las posibilidades razonables de determinación de edad sería operativo el tipo de pornografía técnica.

La vía de la pornografía técnica no puede utilizarse para criminalizar la posesión o difusión de imágenes de personas a las que no se les presenta como menores, a las que no se consigue identificar y respecto de las que existan dudas sobre si sobrepasan o no los dieciocho años.

La clave estará, pues, en determinar si los protagonistas del material pueden ser menores y se les presenta como menores. Si pueden ser menores y se les presenta como menores, el material será subsumible en el concepto de pornografía infantil, salvo que se acredite que eran adultos. Si pueden no ser menores y no se les presenta como menores, habrá de optarse por la no incriminación.

Tratando de ejemplificar este punto, para mayor claridad, la posesión o difusión de material que incorpore una escena sexual protagonizada por una persona no identificada de la que no está claro si es mayor o menor sin hacer mención a su minoría de edad y sin relacionarla con iconografía propia de menores (rasgos aniñados, vestido, peinado, etc.) no deberá perseguirse penalmente. Por lo demás, es fácil intuir los problemas, desde el punto de vista de la culpabilidad, que presentaría la persecución de este tipo de conductas.

2.5 Pseudo pornografía infantil

Hasta la reforma operada por LO 1/2015 el apartado séptimo del artículo 189 CP castigaba con la pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis meses a dos años al que produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere o facilitare por cualquier medio material pornográfico en el que no habiendo sido utilizados directamente menores o incapaces, se emplee su voz o imagen alterada o modificada.

Como refiere el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 «este singular material pornográfico afecta a la imagen y a la dignidad del menor pero no a su libertad ni indemnidad sexual, pues no se lleva a cabo ningún comportamiento –ni siquiera indirecto– con matiz sexual sobre el menor».

En la llamada pseudo pornografía infantil (también denominada *morphing*) no se utiliza realmente al menor o incapaz sino que se abusa de su imagen o voz manipulándola con artificios técnicos.

Tras la reforma operada por 1/2015 se suprime formalmente el tipo de pseudo pornografía infantil. Sin embargo, ello no supone la sobrevenida atipicidad de estas conductas, pues eventualmente podrán castigarse como pornografía infantil virtual o técnica. Si se tipifican estas subespecies de pornografía, que no representan a menores reales, con más razón cabrá poder reaccionar contra la pseudo pornografía infantil, en la que se abusa de la imagen de un menor real. Ya el informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 se pronunciaba en el sentido de que entender que «su supresión obedece a que tal material pornográfico debe reconducirse ahora a los supuestos de pornografía virtual que el Anteproyecto considera material pornográfico infantil relevante penalmente».

En todo caso, para poder considerar penalmente trascendente este tipo de material, será necesario, como en el caso de la pornografía virtual, que sea realista, que trate de aproximarse a la realidad, quedando excluidos del concepto de pornografía infantil los materiales que por su tosquedad revelen su condición de montaje.

3. LA EDAD DE LOS MENORES REPRESENTADOS EN EL MATERIAL PORNOGRÁFICO

Los tipos de pornografía infantil anteriores a la reforma de 2015 protegen a menores de dieciocho años. Este límite de edad se fijó en el Convenio de Budapest, aunque se permitía hacer reservas para rebajar la edad hasta los dieciséis años. En el

Convenio de Lanzarote la edad se fija en menores de dieciocho años sin posibilidad de hacer reservas, al igual que en la Directiva 2011/93/UE.

Lógicamente, con la ampliación del concepto de pornografía infantil, la exigencia de que los representados tengan menos de dieciocho años queda fuertemente desdibujada tanto en relación con la pornografía virtual como en cuanto a la pornografía técnica. En estos dos supuestos lo definitivo será que las imágenes representen a personas como menores.

4. MATERIAL CON FINES MÉDICOS, CIENTÍFICOS O SIMILARES

El considerando 17 de la Directiva 2011/93/UE establece que «en el contexto de la pornografía infantil, el término «de forma ilícita» permite a los Estados miembros establecer una excepción respecto de las conductas relacionadas con «material pornográfico» en caso de que tengan, por ejemplo, fines médicos, científicos o similares. También posibilita las actividades autorizadas por la legislación nacional, como la posesión lícita de pornografía infantil por parte de las autoridades con miras a llevar a cabo actuaciones penales o prevenir, detectar o investigar delitos. Por otra parte, no excluye las excepciones jurídicas o principios pertinentes similares que eximen de responsabilidad en determinadas circunstancias, como ocurre con las actividades realizadas mediante las líneas directas de teléfono o de Internet para denunciar tales casos».

Aunque no se ha incorporado a nuestro Derecho interno una excepción expresa en tal sentido, por aplicación del sistema de eximentes y de los principios generales de Derecho Penal, tal excepción será igualmente operativa. Deben excluirse del ámbito de la pornografía infantil los materiales que tengan una finalidad médica, científica o asimilada.

5. ANÁLISIS DE LOS TIPOS

5.1 Utilización de menores para fines pornográficos

La letra a) del apartado primero del artículo 189 CP castiga al que «captare o utilizare a menores de edad o a incapaces con fines o en espectáculos exhibicionistas o pornográficos, tanto públicos como privados, o para elaborar cualquier clase de material pornográfico, cualquiera que sea su soporte, o financiare cualquiera de estas actividades o se lucrare con ellas».

La reforma operada por Ley Orgánica 1/2015 mantiene la misma redacción, sustituyendo únicamente la mención a los incapaces por la de «personas con discapacidad necesitadas de especial protección».

La descripción típica dibuja, con profusión de verbos, unas conductas que, a diferencia de las descritas en la letra b) del mismo precepto, operan sobre la indemnidad sexual de menores concretos. Cabe mantener en síntesis que siempre que exista una conducta típica que tenga directa repercusión sobre un menor concreto (no sobre las imágenes obtenidas) habrá de subsumirse conforme a la letra a) del artículo 189 CP. En adelante, y a efectos de simplificación expositiva, se aludirá a las distintas modalidades comprendidas en el artículo 189.1 a) con el verbo «utilizar».

En la modalidad de utilización de menores en espectáculos, ha de entenderse que el menor debe intervenir en el mismo. No será subsumible en este tipo el desempeño por el menor de tareas subalternas como pudieran ser las de vendedor de entradas, camarero etc. La tipicidad requiere que el menor tenga un papel en el espectáculo sexual. Es ilustrativa la definición que aporta la letra e) del artículo 2 de la Directiva 2011/93/UE conforme a la que por espectáculo pornográfico debe entenderse «la exhibición en directo dirigida a un público, incluso por medio de las tecnologías de la información y la comunicación: i) de un menor participando en una conducta sexualmente explícita real o simulada, o ii) de los órganos sexuales de un menor con fines principalmente sexuales».

En lo que se refiere a qué deba entenderse por espectáculo, habrá de operarse con un concepto amplio, pues el propio tipo incluye tanto los públicos como los privados, por lo que será irrelevante el modo de captar a la clientela o el número de asistentes. No obstante, habrá de considerarse extra muros del tipo como el propio Preámbulo de la Directiva establece «la comunicación personal directa entre iguales que dan su consentimiento, así como los menores que hayan alcanzado la edad de consentimiento sexual y sus parejas».

El espectáculo «privado» habrá de interpretarse como de acceso restringido a un número limitado de personas. Cuando el desarrollo de los hechos en el ámbito privado suponga tan solo la exhibición para el propio sujeto activo del delito, no se colmarán las exigencias del concepto «espectáculo».

En la modalidad de utilización de menores para elaborar pornografía, debe plantearse cómo calificar la conducta de quien participando en la elaboración del material pornográfico, distribuye posteriormente el material elaborado. La conducta habrá de calificarse exclusivamente conforme al artículo 189.1 a), partiendo de que la ulterior acción de difusión habría de considerarse comprendida dentro de la fase de agotamiento. En este sentido se pronuncia la STS n.º 947/2009, de 2 de octubre.

En cuanto al bien jurídico protegido, este se integra por el derecho al desarrollo equilibrado del menor, en concreto en relación a su desarrollo sexual, por eso, si en el material pornográfico se emplean varios menores, tratándose de bienes jurídicos personalísimos, existirán tantos delitos de elaboración de material pornográfico con menores o incapaces, como hubiesen sido empleados (SSTS n.º 264/2012, de 3 de abril, 803/2010, de 30 de septiembre, y 947/2009, de 2 de octubre). En el mismo sentido se pronunció la Consulta de la Fiscalía General del Estado 3/2006, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil.

Sujeto pasivo puede ser el menor de dieciocho años, esté o no emancipado, así como las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, conforme a la definición contenida en el nuevo párrafo segundo del artículo 25 CP.

Es un delito esencialmente doloso, si bien el conocimiento de la minoría de edad de la persona utilizada puede serlo en la modalidad de dolo eventual.

Caben las formas imperfectas de ejecución y de participación (STS n.º 947/2009, de 2 de octubre).

La realización en unidad de acto de varias escenas constituye un único delito (STS n.º 947/2009, de 2 de octubre).

5.2 Difusión de pornografía infantil

En la letra b) del artículo 189.1 se castiga al que «produjere, vendiere, distribuyere, exhibiere, ofreciere o facilitare la producción, venta, difusión o exhibición por cualquier medio de material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados

menores de edad o incapaces, o lo poseyere para estos fines, aunque el material tuviere su origen en el extranjero o fuere desconocido».

La LO 1/2015, además de sustituir la referencia a los incapaces por «personas con discapacidad necesitadas de especial protección», refiere el objeto material del delito no al material pornográfico en cuya elaboración hayan sido utilizados menores sino a pornografía infantil.

El cambio, más allá de lo meramente terminológico, es muy profundo, pues a continuación se incorpora, *ex novo*, el concepto legal de pornografía infantil, abarcando la representación visual de menores reales, de personas que parezcan ser menores y las imágenes realistas de menores.

Por tanto, tras la reforma de 2015 será delito difundir material pornográfico virtual o técnico.

La diferencia esencial de los tipos del artículo 189.1 b) frente a los de la letra a) radica en que «hay que entender se refiere a las conductas del sujeto activo relativas al tráfico o difusión de imágenes pornográficas sin que el mismo haya participado previamente en la elaboración o filmación de las mismas, siendo indiferente la concurrencia o no de ánimo de lucro» (STS n.º 795/2009, de 28 de mayo).

Como establece la Consulta 3/2006 «dentro del 189.1 a), han de ubicarse todas las conductas en las que se opera sobre menores concretos, afectándose a los mismos, directa (captando a los menores, convenciéndoles para que se presten a la elaboración del material, filmando, etc.) o indirectamente (financiando la grabación, proporcionando local, etc.). Por contra, tanto en el tipo de 189.1 b)... el sujeto activo actúa sobre un material ya elaborado, en cuyo proceso de confección no ha participado, no habiendo por tanto con su acción incidido sobre la conducta sexual del menor. Siempre que exista una conducta que tenga repercusión sobre un menor (no sobre las imágenes obtenidas) habrá de reconducirse la acción a la letra a)».

La distribución es un concepto amplio, que puede abarcar distintas acciones dirigidas a poner a disposición de terceros material pornográfico.

La conducta consistente en compartir archivos mediante la utilización en Internet de un programa de los denominados P2P puede ser constitutiva de difusión. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Supremo. También la Consulta 3/2006 declara que estos supuestos de intercambio de archivos de material pornográfico infantil son claramente subsumibles en el concepto de distribución pues si bien el sujeto no envía material pornográfico a los destinatarios, permite que otros accedan al mismo, poniéndolo por tanto a disposición de terceros.

No obstante, el propio Tribunal Supremo ha matizado, llegando a soluciones en las que no se aplica el tipo de distribución por el mero hecho de utilizarse un programa P2P. El TS profundiza y tiene en cuenta el cúmulo de circunstancias concurrentes para apreciar o no el dolo de difundir, teniendo muy presente el principio de proporcionalidad, que puede sufrir un grave quebranto si se opera con automatismos.

En este punto pueden consultarse resoluciones como la STS n.º 105/2009, de 30 de enero o la n.º 236/2009, de 30 de enero, en la que se declara que «... que el problema de la distribución (o, en otros términos, facilitar su difusión) de archivos pornográficos en los que hayan intervenido menores... debe ser analizado caso por caso, en función de las características del material intervenido, el conocimiento por parte del autor de los hechos de los medios informáticos, la distribución que se produzca a terceros (por ejemplo acreditando la llegada a terminales de usuarios concretos, ajenos al autor de la difusión, en la que debe enmarcarse la búsqueda aleatoria de la policía judicial)...».

Esta nueva posición ha sido sancionada por el Pleno no Jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, celebrado el 27 de octubre de 2009, en donde se

acordó que una vez establecido el tipo objetivo del artículo 189.1.b) del Código penal, el subjetivo deberá ser considerado en cada caso, evitando incurrir en automatismos derivados del mero uso del programa informático empleado para descarga los archivos. La Jurisprudencia ha consolidado la doctrina de la Consulta 3/2006 que, en relación con el artículo 189. 1 b) estableció que se ha de apreciar un único delito aun cuando los archivos pornográficos distribuidos sean múltiples y/o afecten a una pluralidad de menores (SSTS n.º 782/2007, de 3 de octubre; 785/2008, de 25 de noviembre, y 829/2008, de 5 de diciembre).

5.3 Posesión de pornografía infantil

La tipificación de la posesión se produce tras la reforma operada por LO 15/2003. Pese a la polémica que tal novedad provocó y pese a lo discutida que fue en su trámite parlamentario, tanto la Decisión Marco 2004/68/JAI, la Directiva de 2011 y los Convenios de Budapest y Lanzarote optaron claramente por promover la punición de la posesión de pornografía infantil.

El artículo 189.2 CP, en su redacción anterior a la reforma 1/2015, tipificaba la conducta del que para su propio uso posea material pornográfico en cuya elaboración se hubieran utilizado menores de edad o incapaces.

Tras la reforma se castiga en el artículo 189.5 CP al que para su propio uso adquiera o posea pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección.

La reforma –siguiendo con ello lo dispuesto en la Directiva en el artículo 5.2– tipifica junto con la posesión la mera adquisición para uso propio de la pornografía infantil.

También en este tipo de posesión el concepto de pornografía infantil acuñado por la reforma 1/2015 supondrá una ampliación del radio de las conductas típicas relacionadas con la posesión, pues será delito adquirir o poseer material pornográfico virtual o técnico.

El tipo penal de posesión requiere, como establece la STS n.º 105/2009, de 30 de enero la concurrencia de los siguientes elementos: a) una posesión de material pornográfico, en cuya elaboración se hubieren utilizado menores o incapaces, lo que se integra mediante el concepto de pornografía... junto al dato de la aparición de menores o discapacitados, dentro de un escenario sexual; b) que este material se tenga para uso personal de quien lo almacene, excluyéndose cualquier actividad que suponga producción o difusión, es decir, alguna de las modalidades de producir, vender, distribuir, exhibir o facilitar estas actividades por cualquier medio, o la mera posesión para esos fines... c) un elemento subjetivo, constituido por el dolo del agente, que aquí bastará con la conciencia de que se posee en su sistema o terminal, tales archivos que constituyen pornografía infantil (lo que igualmente se habrá de probar en cada caso).

Los subtipos agravados del artículo 189.2 no se aplicarían a estas conductas (STS n.º 795/2009, de 28 de mayo).

No obstante, la concurrencia de los presupuestos fácticos de alguno de los subtipos agravados puede y debe utilizarse a la hora de individualizar la pena del tipo de posesión.

A fin de calibrar la gravedad de la concreta conducta y motivar la pena específica a imponer, no solo debe valorarse el número de imágenes intervenidas, la edad de los menores o el tipo de acto sexual, sino también el mayor o menor tiempo durante el que se ha poseído el material, el mayor o menor grado de organización del material o cómo fue adquirido el mismo.

5.4 Acceso a sabiendas a pornografía infantil

Con el tipo de posesión anterior a la reforma 1/2015 no cabía incriminar conductas de simple visionado de la pornografía. La posesión implica una tenencia prolongada temporalmente, que con carácter general y operando en Internet, implicará la correspondiente descarga del material. En este sentido se pronunciaron las SSTS n.º 373/2011, de 13 de mayo, y 105/2009, de 30 de enero.

La tendencia expansiva hacia la criminalización de cualquier comportamiento relacionado con la pornografía infantil ha llevado a defender la tipificación del visionado. Esta es la línea seguida por el artículo 20.1. f) del Convenio de Lanzarote. También la Declaración del III Congreso Mundial de Río, en su punto II.-4 aboga por la tipificación del mero acceso a la pornografía infantil. La Directiva 2011/93/UE, siguiendo la misma orientación dispone en su artículo 5 apartado tercero que el acceso a sabiendas a pornografía infantil por medio de las tecnologías de la información y la comunicación se castigará con penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos un año.

La reforma 1/2015 amplía las conductas típicas para abarcar estos supuestos, castigando en el párrafo segundo del apartado quinto del artículo 189 con la misma pena prevista para la posesión a quien acceda a sabiendas a pornografía infantil o en cuya elaboración se hubieran utilizado personas con discapacidad necesitadas de especial protección, por medio de las tecnologías de la información y la comunicación.

Los Sres. Fiscales habrán de ser especialmente cuidadosos a la hora de acusar por este delito, teniendo en cuenta las graves dificultades probatorias que entraña. Habrá de optarse por no acusar cuando no esté suficientemente acreditada la intencionalidad del acceso a los contenidos pornográficos infantiles. La necesidad de que el acceso lo sea «a sabiendas» impone la exigencia de un dolo directo.

A tales efectos es esclarecedor el Preámbulo de la Directiva 2011/93/UE, que declara que debe tipificarse como infracción penal «el acceso a sabiendas, mediante tecnologías de la información y la comunicación, a pornografía infantil», exigiendo que «para ser responsable, la persona debe tener la intención de acceder a un sitio Internet en el que haya pornografía infantil y, a su vez, saber que es posible hallar en él ese tipo de imágenes. No deben aplicarse penas a las personas que accedan sin intención a sitios que contengan pornografía infantil. Podrá deducirse el carácter intencionado de la infracción, en particular, del hecho de que esta sea recurrente o de que se cometa mediante un servicio sujeto a pago».

En el mismo sentido, el artículo 20 párrafo primero letra f) del Convenio de Lanzarote limita la relevancia penal a las conductas de acceso a páginas web que se realizan «a sabiendas». La Exposición de Motivos del Convenio de Lanzarote también afirmaba que el carácter intencional del acceso puede demostrarse, por ejemplo, sobre la base de la frecuencia con la que el sujeto consulta en la red dicho material o si lo hace a través del recurso a los servicios de pago. De esta manera se minimizaría el riesgo de una a todas luces indeseable criminalización de los accesos fortuitos o imprudentes.

El verbo típico que utiliza la Directiva 2011/92/EU en su versión inglesa para describir esta conducta es el de *knowingly obtaining access* (art. 5.3), que más que equivalente a acceder lo sería a obtener o lograr acceder a espacios en los que se encuentra alojado el material pornográfico. Con carácter general la aplicación del tipo deberá referirse a conductas de acceso a espacios restringidos de la red, donde se encuentran alojados materiales pornográficos de menores. Ello no obstante, será subsumible en el tipo el visionado consciente y voluntario de pornografía infantil sea cual sea el espacio en red de que se trate, cuando estos extremos puedan acreditarse cumplidamente.

5.5 Asistencia a espectáculos pornográficos

En la redacción anterior a la LO 1/2015 la asistencia a espectáculos de esta índole no estaba tipificada, aun cuando ello resultara contradictorio con la expresa punición de la posesión de pornografía infantil.

El Convenio de Lanzarote dispone en su art 21.1.c) que cada Parte adoptará las medidas legislativas o de otro tipo que sean necesarias para tipificar como delito el asistir, con conocimiento de causa, a espectáculos pornográficos en los que participen niños.

Tras la reforma 1/2015 expresamente se tipifica la asistencia: conforme al apartado cuarto del artículo 189 el que asistiere a sabiendas a espectáculos exhibicionistas o pornográficos en los que participen menores de edad o personas con discapacidad necesitadas de especial protección, será castigado con la pena de seis meses a dos años de prisión.

A efectos de concretar la pena imponible, deberá tenerse especialmente presente si los menores que participan en el espectáculo han alcanzado o no los dieciséis años. En este sentido, la Directiva 2011/93/UE promueve el castigo de la asistencia a sabiendas a espectáculos pornográficos en los que participen menores proponiendo «penas privativas de libertad de una duración máxima de al menos dos años si el menor no ha alcanzado la edad de consentimiento sexual, y de al menos un año si el menor ha alcanzado esa edad». Pese a que el artículo 189 CP no distingue expresamente, a la hora de calibrar conforme al artículo 66.1.6.^a CP la mayor o menor gravedad de los hechos deberá valorarse especialmente la edad de los menores participantes en el espectáculo.

5.6 Tratamiento de la posesión/difusión de pornografía infantil

En los supuestos en los que al imputado se le ha intervenido material del que solo se ha acreditado posesión y material respecto del que se ha acreditado la difusión operaría el principio de absorción previsto en el artículo 8.3 CP y solamente se castigaría la difusión. En este sentido se pronuncia la STS n.º 1377/2011, de 19 de diciembre, en la que se afirma que la posesión guarda una relación de subsidiariedad de las conductas descritas en el apartado 1-b.

En cuanto a qué trascendencia pudiera tener el hecho de que parte del material en estos casos fuese degradante o representara violencia contra los menores, deberán los Sres. Fiscales distinguir si se han acreditado actos de difusión (o de posesión para la difusión) respecto de este material cualificado o si solo se ha acreditado su posesión.

Si solamente se han acreditado actos de posesión, este material cualificado no puede fundamentar la aplicación de subtipos agravados ni puede generar una exasperación punitiva a la hora de concretar la pena del delito de difusión de pornografía infantil, teniendo en cuenta que la pena privativa de libertad asignada al delito de posesión no puede superar el año de prisión y que la pena privativa de libertad asignada al delito de difusión va de un año a cinco años de prisión.

Si, por el contrario, respecto de ese material degradante o violento se han acreditado actos de difusión podrá, en su caso, apreciarse el correspondiente subtipo agravado (*vid. infra* los epígrafes sobre subtipos agravados 6.3.2 y 6.3.3), y si no se entiende procedente tal apreciación, podrá tenerse en cuenta a la hora de concretar la pena dentro del límite mínimo (un año) y el límite máximo (cinco años) prevista para el delito de difusión de pornografía infantil.

5.7 Supuestos de ausencia de antijuridicidad material

La Directiva 2011/93/UE en el apartado 8 del art 5 deja a la discreción de los Estados miembros decidir si es punible la adquisición, posesión y producción de pornografía infantil virtual cuando ha sido producida y está en posesión del productor estrictamente para su uso privado, siempre que para su producción no se haya empleado material pornográfico que represente a menores o a personas que parezcan menores y que el acto no implique riesgo de difusión del material.

El Proyecto de 2103 disponía en el apartado sexto del artículo 189 que la producción y posesión de pornografía infantil no serán punibles cuando se trata del material pornográfico al que se refiere la letra c) del párrafo segundo del apartado 1 de este artículo, siempre que el material esté en posesión de su productor únicamente para su uso privado, y en su producción no se haya utilizado el material pornográfico a que se refieren las letras a) y b) del mismo.

Este apartado no llegó a incorporarse al texto definitivamente aprobado. No obstante, los Sres. Fiscales ponderarán en estos supuestos la posibilidad de interesar el sobreseimiento de las actuaciones, pues este tipo de conductas, cuando esté excluido el riesgo de difusión de un material que no representa a menores reales, carece de un mínimo contenido de antijuridicidad material.

Esta misma pauta será aplicable a los supuestos en los que el material se hubiera elaborado respecto de menores mayores de 16 años, con pleno consentimiento de éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a terceros. De nuevo aquí, pese a que la conducta sería formalmente antijurídica, desde un punto de vista de antijuridicidad material no se colmaría el mínimo exigible, no produciéndose lesión al bien jurídico protegido. La propia Decisión Marco 2004/68/JAI (art. 3.2 b) preveía la posibilidad de excluir la respuesta penal en supuestos en los que el protagonista de la imagen producida o poseída sea un menor que hubiera alcanzado la edad de consentimiento sexual, que hubiera consentido y que la imagen se destinara a exclusivo uso privado.

Piénsese en una relación entre un adulto y una menor de 17 años sin ningún tipo de engaño o abuso, en condiciones tales en que la intranscendencia penal de la conducta subyacente no dejara dudas. Si en el curso de la relación se lleva a cabo una grabación en las condiciones antedichas, formalmente se cometería el delito del artículo 189.1 a), aunque parece claro, materialmente no concurriría el contenido de antijuridicidad que fundamenta la punición de tal conducta.

Las acciones que solo formalmente contradicen la norma no pueden ser consideradas antijurídicas. La contradicción con la norma es meramente formal cuando no se ofende el bien jurídico protegido.

6. SUBTIPOS AGRAVADOS DE PORNOGRAFÍA INFANTIL

6.1 Introducción

La previsión de subtipos agravados en los delitos relacionados con la pornografía infantil ha sido promovida desde numerosas instancias internacionales.

Nuestro Código Penal asume la incorporación de subtipos agravados y así, el apartado segundo del artículo 189 recoge ocho supuestos.

Debe repararse en que la penalidad prevista para los subtipos genera una consecuencia inmediata: a diferencia de lo que ocurre con los tipos básicos de pornografía infantil, la apreciación de un subtipo agravado supone el ineludible ingreso en prisión del condenado, pues queda automáticamente fuera de la posibilidad de obtener la suspensión de la ejecución de la pena.

El informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 al Anteproyecto de 2012 critica el mantenimiento de la «aplicabilidad genérica de los subtipos agravados tanto a las conductas de utilización de menores para la pornografía (letra a) como a la difusión de material pornográfico (letra b). Debe aquí recordarse que tal previsión ha dado lugar a graves discrepancias doctrinales y jurisprudenciales que deberían zanjarse vía legislativa, estableciendo claramente qué subtipos son aplicables tanto a la utilización de menores como a la difusión de material y qué subtipos son solo aplicables a la utilización de menores... Entendemos, por tanto, que la reforma no puede obviar la necesidad de clarificar a qué conductas son aplicables cada uno de los subtipos. Piénsese además, que con la incorporación al concepto de material pornográfico infantil de la pornografía virtual que se realiza en el Anteproyecto la cuestión puede adquirir niveles de confusión aún más intensos que los que ya en la actualidad se han generado».

Pese a la atinada observación del Consejo Fiscal, el Legislador continúa sin determinar expresamente qué subtipos agravados se aplican a uno y otro tipo básico. La duda surge en relación con la aplicabilidad de los subtipos a las conductas de simple difusión de material sin utilización directa de menores (art. 189.1 b). Por ello, se exponen a continuación una serie de criterios hermenéuticos para garantizar la unidad de actuación en un punto en el que las repercusiones del seguimiento de una u otra interpretación son extremas.

6.2 Cuestiones comunes

Por expresa referencia legal a los actos previstos en el artículo 189.1 CP queda claro que en ningún caso deben aplicarse los subtipos a las conductas de mera posesión de material pornográfico (art. 189.5).

Aunque no se prevé un tratamiento específico para los supuestos en los que concurra más de un subtipo, tal circunstancia habrá de tenerse en cuenta a la hora de determinar la concreta pena a imponer dentro de esa horquilla amplia de cinco a nueve años. En este sentido se pronuncia la STS n.º 588/2010, de 22 de junio.

Está fuera de dudas que la aplicación de los tipos básicos del artículo 189.1 CP exige que el sujeto activo capte con el dolo los elementos que integran el tipo objetivo, entre los que se incluye, claro es, la minoría de edad de quien es utilizado para la elaboración del material pornográfico. No es necesario dolo directo, siendo suficiente que concurra dolo eventual, pudiendo entenderse colmadas las exigencias del tipo subjetivo con la concurrencia del denominado dolo de indiferencia (STS n.º 342/2013, de 17 de abril).

Pero una cosa es dar por acreditado que el acusado conocía que operaba sobre material pornográfico infantil y otra distinta es dar por acreditado que operaba sobre material pornográfico cualificado. Para acreditar este extremo agravatorio es necesario un nivel de exigencia mayor. Así, el ATS n.º 1697/2013, de 26 de septiembre declara que «por el nombre de los archivos que obran en poder del acusado, se infiere que este introdujo parámetros de búsqueda relacionados con actuaciones sexuales con menores, pero ello no es suficiente para fundamentar que conociera el contenido exacto de cada uno de los videos y que pudiera saber que uno de ellos tenía un contenido particularmente degradante, por lo que, precisamente aplicando el principio *in dubio pro reo*, la Sala resolvió conforme a la tutela de los derechos de acusado».

En este mismo sentido –mayores niveles de exigencia para apreciar los subtipos– se pronuncian las SSTS n.º 674/2010, de 5 de julio, y 1299/2011, de 17 de noviembre.

6.3 Análisis de los diferentes subtipos agravados

6.3.1 UTILIZACIÓN DE MENORES DE 16 AÑOS

6.3.1.1 Ideas generales

El art 189.2 a) castiga a los que realicen los actos previstos en el apartado primero del mismo precepto (que se refiere a la utilización de menores y a la difusión de material) cuando se utilice a menores de dieciséis años.

Para aplicar el subtipo será necesario la utilización de menores reales, por su propia configuración, por lo que, no podrá integrarse por pornografía virtual o técnica.

El subtipo persigue fortalecer la protección penal para los menores de 16 años de edad, partiendo de que tal edad es la que –en principio– se fija en nuestro ordenamiento para tener capacidad de consentimiento sexual, tras la reforma operada por LO 1/2015.

El dolo del sujeto activo debe abarcar la minoría de 16 años del menor, al menos en su modalidad eventual.

6.3.1.2 Aplicabilidad del subtipo agravado a los supuestos de difusión de pornografía

En relación con la aplicabilidad del subtipo agravado a los supuestos del artículo 189.1.b) CP (difusión de pornografía) la Fiscalía del TS la ha fundado en tanto se agrava la pena a quienes realicen los actos previstos en el apartado 1 de este artículo, siendo así que el número 1 incluye los apartados a) (utilización directa de menores) y b) (difusión de pornografía), por lo que abarcaría ambos, conforme al principio *ubi lex non distinguit nec nos distinguere debemus*. También alega que las dos letras del número 1 del artículo 189 CP contienen conductas a las que el legislador señala la misma penalidad, lo que acredita que se consideran de equivalente gravedad, y ello pese a que las conductas del apartado a) protegen la indemnidad sexual de menores concretos y las del apartado b) defienden la indemnidad sexual de los menores en general como tipo de peligro.

Sin embargo, existe una jurisprudencia muy asentada contraria a la aplicación de este subtipo a las conductas de difusión tipificadas en el artículo 189.1 b). En este sentido cabe citar las SSTS n.º 1110/2009, de 16 de noviembre, 1055/2009, de 3 de noviembre, 674/2010, de 5 de julio, y 1299/2011, de 17 de noviembre.

Pese a excluir la aplicación al caso de este subtipo agravado a un supuesto de difusión, la STS n.º 1055/2009, de 3 de noviembre, tiene en cuenta que el material intervenido se refiere a menores de 13 años a efectos de imponer mayor pena en el proceso de individualización. También en este sentido se pronuncia la STS n.º 873/2009, de 23 de julio.

La reforma operada por LO 1/2015 zanja definitivamente la cuestión, debiendo entenderse que solamente cabe aplicar el subtipo agravado previsto en el art 189.2 a) a quienes operan sobre menores de dieciséis años, pero no a quienes lo que hacen es difundir material relativo a menores de dieciséis años, pues otra interpretación, además de contrariar el sentido del verbo utilizar, supondría una quiebra del principio de proporcionalidad, al generar una exasperación punitiva de gran intensidad frente a prácticamente todas las conductas de difusión.

6.3.2 CARÁCTER PARTICULARMENTE DEGRADANTE O VEJATORIO DE LOS HECHOS

6.3.2.1 *Concepto legal*

La letra b del artículo 189.2 CP exaspera la sanción cuando los hechos revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.

Este subtipo tampoco podría integrarse con pornografía virtual o técnica, pues al referir lo degradante o vejatorio a «los hechos» entendemos exige afectación de menores reales.

La STS n.º 1299/2011, de 17 de noviembre analiza los requerimientos que el principio acusatorio impone para la aplicación de este subtipo: es necesario que el escrito de acusación especifique los datos concretos que lo integran, es decir, los datos fácticos que hacen que revista un carácter particularmente degradante o vejatorio, o como dice el TS los «hechos específicos insertables en el subtipo agravado». Ello se conecta con la exigencia, para la aplicación de este subtipo, de una explicación justificativa específica. En este sentido, se pronuncia la STS n.º 130/2010, de 17 de febrero, declarando que en relación con tal explicación «la Sala no puede sustituir al órgano de enjuiciar sin lesionar la posibilidad de defensa del recurrente quien se vería imposibilitado de discutir la aplicación del derecho ante una instancia superior». En este mismo sentido el ATS n.º 1299/2011, de 29 de septiembre, exige «... motivación expresa y detallada por parte del órgano enjuiciador».

Los Sres. Fiscales deberán, pues, describir cumplidamente en la conclusión primera del escrito de acusación qué circunstancias justifican la calificación de los actos como particularmente vejatorios y degradantes.

6.3.2.2 *Hechos incluíbles*

Se utilizan conceptos indeterminados que dificultan la tarea exegética. No obstante existen ciertos supuestos en los que la aplicación de este subtipo no debería generar dudas (sodomismo, zoofilia, coprofilia, prácticas sexuales con bebés y otros hechos análogos especialmente vejatorios para con los niños).

Se discute si la penetración debe automáticamente dar lugar a la apreciación de este subtipo. Rechazan tal automatismo las SSTS n.º 588/2010, de 22 de junio, y n.º 184/2012, de 9 de marzo.

Son varias las resoluciones que exigen para aplicar la agravación «una especialidad superadora de la normal repulsión que provoca un archivo pornográfico con menores» (SSTS n.º 1299/2011, de 17 de noviembre, n.º 130/2010, de 17 de febrero, y ATS n.º 1299/2011, de 29 de septiembre).

En un supuesto de utilización de menores para la elaboración de material pornográfico, la STS n.º 803/2010, de 30 de septiembre, introduce criterios para interpretar este subtipo, resaltando su similitud con la agravación contenida en el artículo 180.1.1 para las agresiones sexuales: «el trato degradante o vejatorio equivale a realizar acciones con el fin de humillar, deshonrar, hacer despreñar o envilecer a alguien afectado a su dignidad humana, siempre y cuando ese especial salvajismo o brutalidad refleje un grado tan llevado a perversión del sujeto que justifique la exasperación de la pena tan notable como la que establece el subtipo agravado del artículo 189.3». Esta misma resolución admite la aplicación del subtipo ante un supuesto de coprofilia.

La zoofilia claramente integraría el subtipo. En este sentido se pronuncia la STS n.º 340/2010, de 16 de abril.

La STS n.º 12/2015, de 20 de enero, considera también particularmente degradante, a los efectos de la aplicación de la agravación prácticas como la urolagnia,

undinismo o «lluvia dorada», al obrar entre los soportes difundidos videos de adultos orinando en el rostro de los niños.

6.3.2.3 *Aplicabilidad del subtipo del carácter particularmente degradante o vejatorio a los supuestos de difusión*

El subtipo es evidentemente aplicable a los supuestos en los que la conducta base se integra por la utilización de menores. Sin embargo, la aplicabilidad de este subtipo a los supuestos de difusión de material (art. 189.1 b) genera dudas.

La STS n.º 340/2010, de 16 de abril, es terminante en la exclusión de la aplicación del subtipo agravado a quienes no han participado en la elaboración del material, declarando que «aunque el material pudiera considerarse merecedor de la especial agravación... ya que, pese a la escasa argumentación, los hechos probados refieren situaciones de bestialismo, tal elemento no puede considerarse en relación con el acusado que, autor de la modalidad típica del artículo 189.1, b), no ha participado en la elaboración del material pornográfico».

Por contra, la STS n.º 674/2010, de 5 de julio, abre el portillo a la posible aplicación de este subtipo a supuestos en los que la acción se limita a la difusión. Así, esta resolución declara que «no resulta fácil excluir la aplicación del tipo agravado a aquellos casos en los que el usuario que no ha participado en el proceso de creación o producción de esos archivos... opta conscientemente por su distribución... pese a conocer el carácter singularmente degradante y vejatorio de su contenido. Esa mayor intensidad de la ofensa al bien jurídico, producida por una acción en la que no ha de faltar el dolo directo o eventual, justificaría la aplicación del tipo agravado, sin que exista argumento gramatical –como acontece en el apartado a) del mismo precepto, que emplea el vocablo utilicen a niños– o contextual que lo impida. Conviene reparar, además, en que el bien jurídico protegido en supuestos como el que ahora es objeto de enjuiciamiento, tiene mucha más relación con el derecho a la intimidad y a la propia imagen de los menores... y, en fin, a su dignidad constitucionalmente protegida... Y desde la perspectiva de la protección del bien jurídico, parece evidente que quien, conociendo el contenido de esos archivos, pese a su carácter particularmente vejatorio los difunde, intensifica la ofensa a esos bienes tutelados. Los efectos lesivos que para esos bienes jurídicos tiene la incorporación indiscriminada a la red de tales imágenes, resultan prácticamente irreparables. De ahí la procedencia de mayor pena».

El ATS n.º 1299/2011, de 29 de septiembre, y la STS n.º 12/2015, de 20 de enero, admiten igualmente la aplicación de este subtipo en supuestos de difusión del material degradante.

La STS n.º 674/2010, de 5 de julio, aún admitiendo la posibilidad de aplicar el subtipo a los meros difusores, exige no obstante la concurrencia de un dolo específico: «no se puede agravar la conducta de quien difunde archivos particularmente vejatorios –por así permitirlo la tecnología del programa de intercambio utilizado– si no consta acreditado el conocimiento del autor respecto del contenido de tales archivos. De ahí la importancia de que, tanto en la investigación inicial como en la resolución de instancia, se precise si los archivos alojados en alguno de los discos empleados por el imputado fueron efectivamente abiertos, acto del que queda reflejo en el sistema y que puede ser objeto de descripción en el correspondiente informe pericial».

En esta misma línea de exigir un dolo cualificado puede citarse el ATS n.º 1697/2013, de 26 de septiembre.

En el análisis de la concurrencia de este dolo específico la STS n.º 1299/2011, de 17 de noviembre analiza un supuesto en el que de entre casi tres mil videos pornográficos solo uno puede considerarse especialmente vejatorio, sopesando tal dato para concluir con que no puede afirmarse con que el dolo lo abarcara.

Conforme a lo expuesto, los Sres. Fiscales defenderán la aplicabilidad del subtipo a los supuestos de difusión siempre que se acredite el dolo específico en relación con los concretos materiales degradantes difundidos y en tanto no se consolide otro criterio jurisprudencial opuesto.

6.3.3 REPRESENTACIÓN DE MENORES O PERSONAS CON DISCAPACIDAD VÍCTIMAS DE VIOLENCIA FÍSICA O SEXUAL

6.3.3.1 *Ideas generales*

La letra c) del artículo 189.2 agrava la pena cuando el material pornográfico represente a menores o a personas con discapacidad necesitadas de especial protección que sean víctimas de violencia física o sexual.

Este subtipo tampoco podría aplicarse al material virtual o técnico, pues en ellos no habría propiamente víctimas.

6.3.3.2 *Hechos subsumibles*

Las SSTs n.º 674/2009, de 20 de mayo, 795/2009, de 28 de mayo, y 340/2010, de 16 abril, al igual que acecía con el subtipo de carácter particularmente degradante o vejatorio, exigen para aplicar la agravación una especialidad, superadora de la normal repulsión que provoca un archivo pornográfico con menores.

Para el TS se contemplan de forma alternativa «dos formas de violencia: una, equivalente a la fuerza material o maltrato de obra; y otra... con la naturaleza misma del acto o actos sexuales practicados, susceptibles de despertar un mayor grado de satisfacción de esta índole (sadismo... etc.)» (SSTs n.º 588/2010, de 22 de junio, 1098/2010, de 13 de diciembre, y 12/2015, de 20 de enero).

Para la STS n.º 588/2010, de 22 de junio, la violencia física «ha sido considerada como la que supone el empleo de medios violentos destinados a vencer la resistencia del ofendido. El tema estriba no tanto en constatar si ha existido algún tipo de fuerza física por mínima que sea, como si esa fuerza estaba destinada a vencer una resistencia exteriorizada...».

Se entiende por violencia sexual acciones o situaciones de forzamiento equiparables a una violación o agresión sexual o casos de niños que aparecen atados de pies y manos, supuestos de especial sometimiento e inmovilización que excedan de la «simple» relación sexual con un menor –incluso de menores de 13 años (STS n.º 1377/2011, de 19 de diciembre).

Con la redacción anterior se defendió por un sector doctrinal que este subtipo solo se debía aplicar respecto de niños, no respecto de todos los menores de edad.

Tras la reforma operada por LO 1/2015, la referencia a los niños ha sido sustituida por la de menores, por lo que claramente abarcará a todos los menores de edad.

6.3.3.3 *Aplicabilidad del subtipo a los supuestos de difusión*

El subtipo se refiere no a la utilización de niños sino al material pornográfico, lo que apuntaría a la aplicabilidad tanto a conductas de utilización de menores como de distribución.

La STS n.º 588/2010, de 22 de junio, de forma un tanto confusa parece decantarse por reservar el subtipo a los tipos de utilización de menores.

En la duda deberán los Sres. Fiscales decantarse por aplicar este subtipo respecto a conductas de mera difusión, siempre trasladando las garantías y requisitos que se exigen para calificar los hechos como particularmente degradantes o vejatorios y apli-

carlo a los que difunden material, pues se aprecia *eadem ratio*. Habrá, en definitiva, de exigirse un dolo específico, debiendo estar acreditado el conocimiento del autor del contenido agravado de ese concreto material y su ánimo de difundirlo.

La STS n.º 184/2012, de 9 de marzo, claramente admite que al delito de la distribución de pornografía infantil, previsto en el artículo 189.1.b), pueda aplicársele el subtipo de representación de menores víctimas de violencia física o sexual. En el mismo sentido se pronuncia la STS n.º 12/2015, de 20 de enero.

Desde luego, si se entendiera no aplicable el subtipo a la mera difusión, habría de ser tenida en cuenta en estos casos para la graduación de la pena conforme al artículo 66 CP la naturaleza especialmente abyecta de este material.

6.3.3.4 *Compatibilidad del subtipo de violencia física o sexual con el de hechos especialmente degradantes*

Unas mismas circunstancias no pueden dar lugar a la aplicación simultánea de este subtipo y del subtipo relativo a hechos particularmente degradantes o vejatorios. En este sentido se pronuncia la STS n.º 184/2012, de 9 de marzo.

Cabrá defender no obstante la compatibilidad cuando uno y otro subtipo se apliquen en razón a distintas sevicias (v.gr. además de someter al menor a prácticas de bestialismo, antes o después se le somete a prácticas sadomasoquistas). Desde luego, cabe aplicar ambos subtipos cuando el material difundido comprende archivos con escenas degradantes y archivos con escenas violentas (en este sentido, STS n.º 12/2015, de 20 de enero).

6.3.4 PUESTA EN PELIGRO DE LA VIDA O SALUD DE LA VÍCTIMA

La reforma operada por LO 1/2015 incorpora un subtipo de nuevo cuño en la letra d: cuando el culpable hubiere puesto en peligro, de forma dolosa o por imprudencia grave, la vida o salud de la víctima.

Su incorporación deriva directamente de la Directiva 2011/93/UE que prevé la inclusión como tal en su art. 9 f) que el autor de la infracción haya puesto en peligro la vida del menor de forma deliberada o negligente. En este sentido se pronuncia el Dictamen del Consejo de Estado de 27 de junio de 2013.

El subtipo de mera actividad se castigará con independencia del delito de resultado doloso o culposo que hubiera provocado.

Este nuevo subtipo solo podrá aplicarse al tipo de utilización de menores (189.1 a) y no al de difusión de pornografía (189.1 b). Tampoco podrá aplicarse a supuestos de pornografía virtual, pues se requiere una víctima real.

6.3.5 MATERIAL PORNOGRÁFICO DE NOTORIA IMPORTANCIA

El subtipo agravado de la letra e) intensifica la sanción penal cuando el material pornográfico fuera de notoria importancia.

El Legislador asume las sugerencias del informe del Consejo Fiscal y sustituye el anterior subtipo cuando los hechos revistan especial gravedad atendiendo al valor económico del material pornográfico. El informe del Consejo Fiscal de 8 de enero de 2013 propuso la supresión o la reformulación de este subtipo: creemos que debiera bien suprimirse este subtipo, bien sustituirlo por uno que agravara la responsabilidad de quien distribuyera material pornográfico en cantidad de notoria importancia (con lo que se eludiría el espinoso problema de la valoración del material)... Si se optara por este nuevo subtipo de notoria importancia, debiera introducirse alguna pauta restric-

tiva, teniendo en cuenta que desde un punto de vista criminológico, los consumidores-difusores de pornografía infantil caen frecuentemente en patrones de lo que se ha denominado *collecting behaviour*; acumulando gran cantidad de material.

El subtipo se refiere al material pornográfico, por lo que parece claro que podrá aplicarse al tipo de difusión.

Se orillan pues las dificultades inherentes a valorar económicamente el material pornográfico. No será ya necesaria la tasación del valor del material.

En todo caso, el mayor reproche derivaría de la constatación de que se han realizado actos de difusión respecto del material pornográfico de notoria importancia. Por contra, no será el subtipo aplicable ni a los simples poseedores ni a quienes habiendo acumulado material de notoria importancia no han difundido «en notoria importancia». Por tanto, la exasperación penológica no debe activarse para los que simplemente acumulan material sino solo para los que difunden masivamente material.

Este subtipo sí podría integrarse con material virtual o técnico, siempre que hubiera sido objeto de difusión o estuviera dispuesto para la difusión.

6.3.6 PERTENENCIA DEL CULPABLE A UNA ORGANIZACIÓN O ASOCIACIÓN DEDICADA A LA REALIZACIÓN DE TALES ACTIVIDADES

El artículo 189.2 f) incorpora un subtipo del siguiente tenor: cuando el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que se dedicare a la realización de tales actividades.

Este subtipo será también aplicable a organizaciones o asociaciones dedicadas a la producción de pornografía virtual o técnica.

Ha sido apreciado en un supuesto en el que el delito es cometido a través de redes informáticas (STS n.º 1444/2004, de 10 de diciembre). Esta resolución aplica el subtipo en un supuesto de pluralidad de usuarios que, coincidentes en un «lugar de encuentro» virtual en Internet, coordinan sus acciones para potenciar las posibilidades de consumo de las imágenes dañinas para los derechos de los menores, permitiendo, además, su difusión incluso a otras personas ajenas al grupo organizado...».

El TS concluye con que concurre el subtipo de organización «toda vez que no sólo el recurrente actuó en colaboración con los otros integrantes del «grupo» de proveedores y consumidores del material pornográfico prohibido, con una específica atribución de funciones, cual la confección y aporte de «álbumes» de fotografías por él elaborados a un «depósito» centralizado en una específica página «web», sino que, además, con ello posibilitaba también el acceso de terceros a esa oferta... ampliando la agresión al derecho a la indemnidad sexual de las víctimas de la infracción que es, en definitiva, la razón de ser esencial y el fundamento de la previsión legal agravatoria de la conducta».

En sentido contrario se pronuncia la STS n.º 913/2006, de 20 de septiembre, en la que se desestima la concurrencia del subtipo de organización al no considerar a las llamadas «comunidades de Microsoft» verdaderas organizaciones o asociaciones de delinquentes de pornografía infantil.

No es admisible una interpretación que aplicara el subtipo al mero intercambio *peer to peer* de archivos, pues sería claramente extensiva y contraria al principio de proporcionalidad. En este sentido cabe citar la STS n.º 107/2010, de 16 de febrero, que rechaza aplicar el subtipo declarando que «sobre esta cuestión tampoco aparece dato alguno que vincule al recurrente con tales organizaciones, a no ser, como acertadamente señala el Tribunal *a quo* que se tenga por tal las redes de intercambios masivos de archivos en Internet que, precisamente, constituyen el vehículo para la comisión de las acciones típicas del artículo 189.1.b) CP».

No merecería este juicio crítico la aplicación del subtipo en supuestos de comunidades virtuales en las que realmente existe un reparto de papeles y una coordinación en circunstancias tales que se incrementa el potencial lesivo de la conducta. En este sentido se pronuncia el ATS n.º 25/2011, de 10 de febrero: «... el recurrente además de proporcionar material de pornografía infantil a terceros pertenecía a un foro, ocupando una posición jerárquica descrita como «nobles del reino» que le permitía tener acceso a zonas específicas de la red a las que no podían acceder otros usuarios. El hecho de que el acusado alcanzara una posición relevante en dicho foro se debió al número de imágenes que aportó, tanto tomadas por él mismo como procedentes de otras descargadas por él previamente realizadas de Internet. Se estima correcta pues, la subsunción de esta conducta en el artículo 189.3 e) del Código Penal bajo la referencia a la integración del recurrente en una organización, incluso de carácter transitorio, que se dedica a este tipo de actividad...».

Este supuesto también puede ser aplicado tanto al tipo de utilización como al de difusión, pues el precepto no distingue.

Debe tenerse presente que el subtipo agravado entrará en concurso de leyes en relación con los tipos del Capítulo VI del Título XXII del Libro II, de las organizaciones y grupos criminales o, en su caso, con el delito de asociación ilícita del artículo 515.1.º

Con independencia de cualquier otro planteamiento, dicho concurso de leyes entre los artículos 189.2.f) y 570 bis y 570 ter CP habrá de resolverse conforme al criterio de alternatividad, toda vez que el párrafo segundo del apartado segundo del artículo 570 quáter opta por tal solución, al establecer que en todo caso, cuando las conductas previstas en dichos artículos estuvieran comprendidas en otro precepto de este Código será de aplicación lo dispuesto en la regla 4.ª del artículo 8.

El Legislador ha decidido que en el ámbito de las organizaciones y grupos criminales el mayor desvalor del hecho de pertenecer a una organización criminal justifica la aplicación de la sanción más grave, con el objeto de evitar sanciones atenuadas derivadas de la eventual existencia de discordancias punitivas entre los distintos tipos penales.

Aunque el expresado concurso de leyes entre los artículos 189.2.f) y 570 bis y 570 ter CP se produce porque la pertenencia a una organización o grupo está tipificada en ambas disposiciones, sin embargo, hay que tener en cuenta que el primero de estos artículos castiga conjuntamente dos conductas: la relativa a la pornografía infantil y la de pertenecer a una organización incluso de carácter transitorio (incluyendo en el tipo el desvalor de ambas); mientras que los tipos de organización o grupo únicamente tipifican esta última conducta.

En su virtud, para resolver el expresado concurso de normas, determinando qué disposición tiene señalada sanción de mayor gravedad, habrán de compararse por un lado las penas imponibles conforme al artículo 189.2 CP (cinco a nueve años de prisión) y por otro lado con las que resulten de aplicar el tipo del artículo 570 bis, o en su caso, del artículo 570 ter CP, y el delito de pornografía infantil (tipo básico o subtipo agravado, si concurre otra circunstancia cualificante distinta de la de pertenecer a una organización (pues su apreciación duplicada supondría la vulneración del principio *non bis in idem*).

A efectos del cálculo de la pena imponible al concurso de delitos entre el delito de pornografía infantil y el delito de organización o grupo criminal debe tenerse presente que, atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes, el concurso puede ser real o ideal.

El subtipo del artículo 189.2.f) CP admite su aplicación a estructuras transitorias. Tal modalidad no podría incardinarse en el concepto de organización y asociación, pero sí podría subsumirse en el concepto de grupo criminal, toda vez que se corresponde con una agrupación de personas no suficientemente estructurada para perpetuarse en el tiempo. De nuevo en estos casos habrá de aplicarse el principio de

alternatividad, calificando los hechos bien como delito de pornografía infantil en su modalidad agravada, bien como delito de pornografía infantil en su modalidad no cualificada en concurso ideal con un delito de integración en grupo criminal.

6.3.7 HECHOS COMETIDOS POR ASCENDIENTE, TUTOR, CURADOR, GUARDADOR, MAESTRO O ENCARGADO DEL MENOR

6.3.7.1 Ideas generales

También se construye un subtipo agravado cuando el responsable sea ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o cualquier otra persona encargada, de hecho, aunque fuera provisionalmente, o de derecho, del menor o persona con discapacidad necesitada de especial protección, o se trate de cualquier otro miembro de su familia que conviva con él o de otra persona que haya actuado abusando de su posición reconocida de confianza o autoridad (art. 189.2 g).

La mayor antijuridicidad y culpabilidad de la conducta es evidente, toda vez que quien así actúa quebranta la posición de garante y los deberes específicos que el ordenamiento jurídico le atribuye respecto del menor.

La nueva configuración del subtipo incorporada por la LO 1/2015, inspirada a su vez por la Directiva, le dota de unos contornos más amplios, pudiendo entenderse aplicable a profesores, educadores o asimilados que, aunque no estén encargados del menor, hayan abusado de su posición de confianza o autoridad.

El subtipo agravado de la letra g) tampoco podría aplicarse a la pornografía virtual o técnica.

6.3.7.2 Hechos subsumibles

El ATS n.º 1839/2010, de 14 de octubre, considera aplicable este subtipo «porque en los hechos probados se indica que se elaboró material pornográfico con una menor con la que convivía y ejercía autoridad paterna (como se indica en los hechos el recurrente la estima como su hija, considerándola como hija adoptiva y cuidándola como tal aunque no haya formalizado la adopción y la niña le ha considerado su padre)».

Debe también entenderse aplicable este subtipo a las personas que ejercen de «canguros», cuanto cometen los hechos con los menores cuyo cuidado les ha sido encomendado.

El subtipo sería aplicable tanto a la producción como a la difusión, pues en ambos casos antijuridicidad y culpabilidad presentan una especial intensidad.

6.3.8 CONCURRENCIA DE LA AGRAVANTE DE REINCIDENCIA

La letra h) incorpora un nuevo subtipo agravado: cuando concurra la agravante de reincidencia.

El Legislador trata de dar cumplimiento a la Directiva 2011/93/UE pese a que lo único que la misma exigía era que se agravara la responsabilidad en el supuesto de que el autor de la infracción hubiera sido condenado con anterioridad por infracciones de la misma naturaleza. Esto se cumple con la previsión de la agravante genérica de reincidencia.

Constatada la concurrencia de reincidencia, habrá de apreciarse este subtipo agravado. En ningún caso cabrá apreciar simultáneamente la agravante de reincidencia y el subtipo agravado de reincidencia, pues se incurriría en una flagrante doble valoración sancionadora.

Debe tenerse presente que el artículo 190 CP equipara en estos supuestos la condena de un Juez o Tribunal extranjero a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia.

6.3.9 SUBTIPO HIPERAGRAVADO

La Directiva 2011/93/UE prevé agravar la responsabilidad cuando se emplee coacción, fuerza o amenazas con un menor, imponiendo una pena que permita alcanzar los ocho años de prisión (art. 4.3).

El apartado tercero del artículo 189 tras la reforma operada por LO 1/2015 dispone que si los hechos a que se refiere la letra a) del apartado primero (utilización de menores con fines pornográficos) se hubieran cometido con violencia o intimidación se impondrá la pena superior en grado a las previstas en los apartados anteriores.

El subtipo hiperagravado puede, pues operar sobre la pena prevista en el apartado primero (prisión de uno a cinco años) y sobre la pena prevista en el apartado segundo (prisión de cinco a nueve años). En este último caso la pena pues pivotaría entre los nueve años y un día y los trece años y seis meses.

Debe en primer lugar delimitarse el subtipo agravado, que castiga la aparición de la violencia física (o sexual) en el material pornográfico, del subtipo hiperagravado, que castiga la concurrencia de esa violencia física (o intimidación) en la elaboración del material, independientemente de que posteriormente aparezca o no en el material elaborado. Por tanto, si se utiliza violencia para elaborar el material y la violencia aparece reflejada en el mismo, debiera en principio apreciarse un delito del artículo 189.1 a) con la concurrencia del subtipo agravado del artículo 189.2 c) y con la concurrencia del subtipo hiperagravado del artículo 189.3.

En el supuesto en que se emplee violencia o intimidación para conseguir elaborar el material pornográfico pero no se utilice para consumar el acto sexual podrá aplicarse el subtipo hiperagravado sin que se planteen problemas concursales. Piénsese en supuestos en que se utilice intimidación sobre un menor para lograr elaborar una filmación centrada en sus genitales pero sin obligarle a llevar a cabo ningún acto sexual.

Si la violencia o intimidación se emplean para consumar el acto sexual reflejado en el material pornográfico la aplicación del subtipo hiperagravado planteará problemas concursales.

Hasta la reforma 1/2015 se venía entendiendo que los actos sexuales perpetrados para elaborar el material pornográfico debían castigarse autónomamente, en régimen de concurso de delitos con el tipo de utilización de menores para fines pornográficos.

En este sentido, la Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil considera que «en relación con el tipo previsto en el artículo 189.1 a), si además de la utilización del menor para elaborar material pornográfico, los actos grabados, filmados o fotografiados son en sí constitutivos de abuso sexual o agresión sexual, también deberán ser aplicados estos tipos en régimen de concurso real». El Tribunal Supremo asume la exégesis de la aplicación simultánea de tipos: «no forman parte del tipo, ni por tanto quedan absorbidos en él los actos sexuales efectuados y grabados, los que seguirán siendo actos de agresión sexual o abuso sexual» (STS n.º 947/2009, de 2 de octubre). También en esta línea cabe citar la STS n.º 795/2009, de 28 de mayo.

Tras la reforma operada por LO 1/2015 deberán los Sres. Fiscales entender que no será posible apreciar el subtipo hiperagravado en relación con el tipo de utilización de menores para elaborar material pornográfico y además apreciar simultáneamente el correspondiente tipo de agresión sexual, cuando la violencia o intimidación se

hubieran utilizado para hacer ejecutar al menor el acto sexual grabado, fotografiado o filmado. De proceder a tal aplicación simultánea se incurriría en un claro *bis in idem*.

Por ello, los Sres. Fiscales, hasta tanto no se consolide una línea jurisprudencial opuesta, optarán en estos casos por aplicar las normas que para resolver el concurso de leyes se contemplan en el artículo 8 CP, de modo que bien aplicarán el tipo del artículo 189.1 a) con la agravación contemplada en el artículo 189.3, bien aplicarán el tipo del artículo 189.1 a) en concurso real con el tipo correspondiente a la agresión sexual en el que pudieran subsumirse los hechos que generaron la elaboración del material. Serán las concretas circunstancias en cada caso concurrentes las que orienten a la hora de seleccionar el principio aplicable para resolver el concurso de leyes. En principio, no habría relación de especialidad, subsidiariedad o absorción, por lo que salvo que tales circunstancias aconsejen otra solución habrá de optarse por el principio de alternatividad.

Todo ello sin perjuicio de que la prolongación temporal de la actuación violenta, y con ella, de la privación de libertad sobre el menor, podrá generar eventualmente la apreciación de otras modalidades concursales.

7. LA PENA DE INHABILITACIÓN

Conforme a la nueva previsión del apartado tercero del artículo 192 CP, en sus conclusiones los Sres. Fiscales habrán de interesar además de las penas principales correspondientes, la pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurren en el condenado.

8. OTRAS MEDIDAS A INSTAR POR EL MINISTERIO FISCAL

Tras la reforma operada por LO 1/2015, se prevé la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste con carácter cautelar la retirada o bloqueo del acceso a los usuarios de Internet que se encuentren en territorio español de las páginas web o aplicaciones de internet que contengan o difundan pornografía infantil (apartado octavo del artículo 189 CP). En este punto la reforma también sigue la línea marcada por la Directiva 2011/92/UE en su artículo 25.

Esta previsión se conecta tanto con la norma básica del 13 LECrim como con el artículo 8 de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico que prevé la retirada de aquellos datos que atenten contra los principios que se relacionan en el propio artículo entre los cuales se encuentran el respeto a la dignidad de la persona y la protección de la juventud y de la infancia.

Como quiera que en los primeros momentos podrá no ser conocido si cabe la retirada o únicamente el bloqueo, los Sres. Fiscales, cuando sea necesario, instarán la medida cautelar de retirada y, alternativamente la medida cautelar de bloqueo de tales páginas o aplicaciones.

De no haberse acordado esta medida con carácter cautelar, los Sres. Fiscales interesarán que se adopte en sentencia.

Por otro lado, conforme a las previsiones del Convenio de Lanzarote, se añade el artículo 129 bis para la inclusión de perfiles de condenados en la base de datos de ADN.

En virtud de este precepto el juez o tribunal podrá acordar la toma de muestras biológicas y la realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción de los mismos en la base de datos policial respecto de condenados por delito grave contra la libertad o indemnidad sexual, cuando de las circunstancias del hecho, antecedentes, valoración de su personalidad, o de otra información disponible pueda valorarse que existe un peligro relevante de reiteración delictiva. el artículo 129 bis abre la previsión legal, ante la negativa del sujeto a cumplir la orden judicial, del uso de medios coactivos para su ejecución forzosa.

Cuando en el tipo de utilización de menores o de difusión de pornografía infantil concurra algún subtipo agravado se superaría el umbral del delito grave, por lo que los Sres. Fiscales, ponderando las circunstancias concurrentes, si se considera que concurre un peligro relevante de reiteración delictiva podrán interesar la toma de muestras, realización de análisis para la obtención de identificadores de ADN e inscripción.

Todo ello debe entenderse sin perjuicio de que, en el curso de la investigación, sin esperar a la condena, en el momento de la detención o de la imputación por delitos contra la libertad e indemnidad sexuales, ya sean delitos graves o menos graves, los Sres. Fiscales, procuren que los perfiles de ADN de estos imputados sean incorporados a la base de datos prevista en la LO 10/2007, de 8 de octubre, reguladora de la bases de datos policial sobre identificadores obtenidos a partir del ADN (art. 3.1 a).

9. VIGENCIA DE ANTERIORES PRONUNCIAMIENTOS DE LA FISCALÍA GENERAL DEL ESTADO

Se recuerda la expresa vigencia de la Consulta 3/2006, de 29 de noviembre, sobre determinadas cuestiones respecto de los delitos relacionados con la pornografía infantil y la Circular 9/2011, de 16 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de reforma de menores, en relación con el epígrafe III.2 sobre tratamiento de los delitos de pornografía infantil cometidos por menores.

10. CONCLUSIONES

1. Concepto de pornografía infantil.

1.1 La pornografía infantil necesariamente debe integrarse por representaciones visuales, no siendo suficiente el material de audio.

1.2 El material pornográfico escrito no puede estimarse incluido en el radio típico.

1.3 El puro y simple desnudo no puede integrarse en el tipo.

1.4 Pornografía técnica: el material al que se refiere el artículo 189.1 c) habrá de entenderse integrado por representaciones visuales de personas presentadas como menores de edad. Los Sres. Fiscales previamente a aplicar esta disposición legal habrán de agotar las posibilidades de determinar la edad real de la persona represen-

tada, por lo que deberán –si no se ha hecho de oficio interesar a la Policía que investigue este extremo.

La vía de la pornografía técnica no puede utilizarse para criminalizar la posesión o difusión de imágenes de personas a las que no se les presenta como menores, a las que no se consigue identificar y respecto de las que pueda existir duda sobre si sobrepasan o no los dieciocho años.

1.5 Pornografía virtual: el material al que se refiere el artículo 189.1 d) habrá de integrarse por «imágenes realistas» de modo que se aproximen en alto grado a la representación gráfica de un auténtico menor, o de sus órganos sexuales. Por ello, no deberán entenderse incluidos dibujos animados, manga o similares, pues no serían propiamente «imágenes realistas», en tanto no perseguirían ese acercamiento a la realidad.

1.6 Pseudo pornografía infantil: tras la reforma operada por LO 1/2015 se suprime formalmente el tipo de pseudo pornografía infantil. Sin embargo, ello no supone la sobrevenida atipicidad de estas conductas, pues eventualmente podrán castigarse como pornografía infantil virtual o técnica.

1.7 Materiales excluidos: aunque no se ha incorporado a nuestro Derecho interno una excepción expresa en tal sentido, por aplicación del sistema de eximentes y de los principios generales de Derecho Penal, deben excluirse del ámbito de la pornografía infantil los materiales que tengan una finalidad médica, científica o asimilada.

2. Utilización de menores para fines pornográficos.

2.1 En la modalidad de utilización de menores en espectáculos, ha de entenderse que el menor debe intervenir en el mismo. No será subsumible en este tipo el desempeño por el menor de tareas subalternas como pudieran ser las de vendedor de entradas, camarero etc.

2.2 En lo que se refiere a qué deba entenderse por espectáculo, habrá de operarse con un concepto amplio, pues el propio tipo incluye tanto los públicos como los privados, por lo que habrá de ser irrelevante el modo de captar a la clientela o el número de asistentes.

2.3 En la modalidad de utilización de menores para elaborar pornografía, la conducta de quien participando en la elaboración del material pornográfico distribuye posteriormente el material elaborado habrá de tipificarse exclusivamente conforme al artículo 189.1 a), partiendo de que la ulterior acción de difusión habría de considerarse comprendida dentro de la fase de agotamiento.

2.4 En relación con el tipo del artículo 189.1 a), si en el material pornográfico se emplean varios menores, tratándose de bienes jurídicos personalísimos, existirán tantos delitos de elaboración de material pornográfico con menores o incapaces, como hubiesen sido empleados.

2.5 Sujeto pasivo puede ser el menor de dieciocho años, esté o no emancipado, así como las personas con discapacidad necesitadas de especial protección, conforme a la definición contenida en el nuevo párrafo segundo del artículo 25 CP.

2.6 La realización en unidad de acto de varias escenas constituye un único delito.

3. Difusión de pornografía infantil.

La conducta consistente en compartir archivos mediante la utilización en Internet de un programa de los denominados P2P será subsumible en el artículo 189.1 b) cuando pueda acreditarse el dolo de difusión.

4. Posesión de pornografía infantil.

4.1 El concepto de pornografía infantil acuñado por la reforma operada por LO 1/2015 supone una ampliación del radio de las conductas típicas relacionadas con la posesión, pues será delito poseer material pornográfico virtual o técnico.

4.2 Los subtipos agravados del artículo 189.2 no se aplicarían a estas conductas.

4.3 La concurrencia de los presupuestos fácticos de alguno de los subtipos agravados puede y debe utilizarse a la hora de individualizar la pena del tipo de posesión.

5. Acceso a sabiendas a pornografía infantil.

Los Sres. Fiscales habrán de ser especialmente cuidadosos a la hora de acusar por meros accesos, teniendo en cuenta las graves dificultades probatorias que esta nueva modalidad entraña. Habrá de optarse por no acusar cuando no esté suficientemente acreditada la intencionalidad del acceso a los contenidos pornográficos infantiles.

6. Supuestos en los que no concurre antijuridicidad material.

6.1 Ante supuestos en los que la pornografía infantil virtual ha sido producida y está en posesión del productor estrictamente para su uso privado, siempre que para su producción no se haya empleado material pornográfico que represente a menores o a personas que parezcan menores y que el acto no implique riesgo de difusión del material, los Sres. Fiscales ponderarán la posibilidad de interesar el sobreseimiento de las actuaciones, pues este tipo de conductas, cuanto esté excluido el riesgo de difusión de un material que no representa a menores reales, carece de un mínimo contenido de antijuridicidad material.

6.2 Esta misma pauta será aplicable a los supuestos en los que el material se hubiera elaborado respecto de menores mayores de 16 años, con pleno consentimiento de éstos y en condiciones que excluyan totalmente el riesgo de difusión a terceros. Pese a que la conducta sería formalmente antijurídica, desde un punto de vista de antijuridicidad material no se colmaría el mínimo exigible, al no lesionarse el bien jurídico protegido.

7. Subtipos agravados de pornografía infantil.

7.1 Aunque no se prevé un tratamiento específico para los supuestos en los que concurra más de un subtipo, tal circunstancia habrá de tenerse en cuenta a la hora de determinar la concreta pena a imponer dentro de los límites mínimo y máximo (cinco a nueve años).

7.2 Mientras que para la aplicación de los tipos básicos del artículo 189.1 del CP no es necesario dolo directo, siendo suficiente que concurra dolo eventual y pudiendo entenderse colmadas las exigencias del tipo subjetivo con la concurrencia del denominado dolo de indiferencia, para la aplicación de los subtipos agravados es necesario un nivel de exigencia mayor.

7.3 Utilización de menores de 16 años.

7.3.1 Para aplicar el subtipo será necesario la utilización de menores reales, no pudiendo integrarse por pornografía virtual o técnica.

7.3.2 Tras la reforma operada por LO 1/2015, al ampliarse la aplicación del subtipo agravado a la utilización de menores de dieciséis años, queda claro que solamente cabe aplicar este subtipo agravado a quienes operan sobre menores de dieciséis años, y nunca a quienes lo que hacen es difundir material relativo a menores de dieciséis años, sin haber actuado sobre los mismos.

7.4 Carácter particularmente degradante o vejatorio de los hechos.

7.4.1 Este subtipo no puede integrarse con pornografía virtual o técnica, pues al referir lo degradante o vejatorio a «los hechos» exige afectación de menores reales.

7.4.2 Los Sres. Fiscales deberán describir cumplidamente en la conclusión primera del escrito de acusación, qué circunstancias justifican la calificación de los actos como particularmente vejatorios y degradantes.

7.4.3 Los Sres. Fiscales defenderán la aplicabilidad de este subtipo no solo a los supuestos de utilización (art. 189.1 a), sino también a los supuestos de difusión (art. 189.1 b). Para ello será necesario acreditar que el autor tenía pleno conocimiento respecto del contenido de tales archivos y que los mismos se difundieron o se poseían para difundirlos.

7.5 Representación de menores o personas con discapacidad víctimas de violencia física o sexual.

7.5.1 Este subtipo no podría aplicarse a materiales virtuales o técnicos, pues en ellos no habría propiamente víctimas.

7.5.2 Los Sres. Fiscales promoverán la aplicación de este subtipo respecto a conductas de mera difusión siempre que esté acreditado un dolo específico, consistente en el pleno conocimiento del autor respecto del contenido de tales archivos.

7.5.3 No cabe apreciar simultáneamente el subtipo de violencia física o sexual con el de hechos especialmente degradantes, salvo que uno y otro subtipo se apliquen en razón a distintas sevicias.

7.6 Puesta en peligro de la vida o salud de la víctima.

Este nuevo subtipo solo podrá aplicarse al tipo de utilización de menores (189.1 a) y no al de difusión de pornografía (189.1 b). Tampoco podrá aplicarse a supuestos de pornografía virtual.

7.7 Material pornográfico de notoria importancia.

7.7.1 El subtipo se refiere al material pornográfico, por lo que podrá aplicarse al tipo de difusión.

7.7.2 No será necesaria la tasación del valor económico del material.

7.7.3 La exasperación penológica no debe activarse para los que simplemente acumulan material sino que ha de reservarse para los que difunden masivamente material.

7.7.4 Este subtipo podrá integrarse con material virtual o técnico, siempre que hubiera sido objeto de difusión o estuviera dispuesto para la difusión.

7.8 Pertenencia del culpable a una organización o asociación.

7.8.1 Este subtipo puede también ser aplicado a organizaciones dedicadas a la producción de pornografía virtual o técnica.

7.8.2 No es admisible una interpretación que aplicara el subtipo al mero intercambio de archivos, pues sería claramente extensiva y contraria al principio de proporcionalidad.

7.8.3 Procederá la aplicación del subtipo en supuestos de comunidades virtuales en las que realmente existe un reparto de papeles y una coordinación en circunstancias tales que se incremente el potencial lesivo de la conducta.

7.8.4 Este supuesto puede ser aplicado tanto al tipo de utilización como al de difusión.

7.9 Hechos cometidos por ascendiente, tutor, curador, guardador, maestro o encargado del menor.

7.9.1 Puede entenderse aplicable a profesores, educadores o asimilados, aunque no estén encargados del menor, cuando hayan abusado de su posición de confianza o autoridad.

7.9.2 El subtipo agravado de la letra g) no podrá aplicarse a la pornografía virtual o técnica.

7.9.3 El subtipo sería aplicable tanto a la producción como a la difusión.

7.10 Concurrencia de la agravante de reincidencia

No cabrá apreciar simultáneamente la agravante de reincidencia y el subtipo agravado de reincidencia, pues se incurriría en una flagrante doble valoración sancionadora.

8. Subtipo hiperagravado

8.1 El subtipo agravado del artículo 189.2 c) castiga el reflejo de la violencia física o sexual en el material pornográfico, mientras que el subtipo hiperagravado del artículo 189.3 castigaría la concurrencia de esa violencia física (o intimidación) en la elaboración del material, independientemente de que posteriormente aparezca o no en el material elaborado. Por tanto, si se utiliza violencia para elaborar el material y en el material tiene reflejo la misma, debiera apreciarse un delito del artículo 189.1 a) con la concurrencia del subtipo agravado del artículo 189.2 c) y con la concurrencia del subtipo hiperagravado del artículo 189.3.

8.2 Cuando la violencia o intimidación se hubieran empleado para realizar el acto sexual grabado, filmado o fotografiado no será posible apreciar el subtipo hiperagravado en relación con el tipo de utilización de menores para elaborar material pornográfico y simultáneamente apreciar el correspondiente tipo de agresión.

8.3 En tales casos deberá operarse con las normas del concurso de leyes conforme al artículo 8 CP, por lo que bien se aplicará el tipo del artículo 189.1 a) con la agravación contemplada en el artículo 189.3, bien se optará por aplicar el tipo del artículo 189.1 a) en concurso real con el tipo correspondiente a la agresión sexual en el que pudieran subsumirse los hechos que generaron la elaboración del material, operando en principio conforme al criterio de la alternatividad.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la aplicación de la nueva regulación de los delitos de pornografía infantil, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

CIRCULAR 3/2015, DE 22 DE JUNIO DE 2015, SOBRE EL RÉGIMEN TRANSITORIO TRAS LA REFORMA OPERADA POR LO 1/2015

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Análisis de las Disposiciones Transitorias. 2.1 Principio de irretroactividad de las leyes penales. 2.2 Determinación de la ley más favorable. 2.3 Sentencias firmes no revisables.–3. Procedimiento. 3.1 Hechos pendientes de enjuiciamiento. 3.2 Hechos sentenciados pendientes de recurso. 3.3 Sentencias firmes pendientes de ejecución. 3.4 Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad. 3.4.1 *Suspensión*

3.4.2 *Expulsión sustitutiva*.—4. Efectos de la derogación del Libro III del Código Penal. 4.1 Modificación del régimen de perseguibilidad de algunas conductas. 4.2 Cambio de penalidad. 4.2.1 *Cambio de penas alternativas a penas únicas*. 4.2.2 *Nueva penalidad alternativa*. 4.3 Condenas no revisables por faltas. 4.4 Las condenas por las faltas de robo o hurto de uso de vehículos de motor o ciclomotor ajenos. 4.5 Las condenas por las faltas contra la propiedad intelectual o industrial. 4.6 Las condenas por faltas de imprudencia. 4.7 Los anteriores delitos configurados sobre la base de la comisión de faltas. 4.7.1 *El delito de hurto*. 4.7.2 *El delito de robo o hurto de uso de vehículo de motor ajeno*. 4.7.3 *El delito de lesiones*. 4.7.4 *El delito de receptación habitual de faltas contra la propiedad*. 4.7.5 *Delitos contra la administración de justicia*. 4.8 Conductas despenalizadas.—5. Supuestos excluidos del proceso de revisión. 5.1 Condenas no revisables por delitos. 5.2 Condenas por delito de apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido y por el delito de apropiación por error del transmitente.—6. Consideración particular de determinados delitos a los efectos de abrir el proceso de revisión de las sentencias. 6.1 Delito de daños en bienes militares. 6.2 Delito de administración desleal. 6.3 Delito contra los derechos de los trabajadores. 6.4 Delito de inmigración ilegal. 6.5 Delito de daños sobre el patrimonio histórico. 6.6 Delito de malversación. 6.7 Delitos de resistencia o desobediencia grave y atentado. 6.8 Delitos contra el orden público. 6.9 Delitos contra la libertad e indemnidad sexual. 6.9.1 *Corrupción de menores*. 6.9.2 *Represión penal del cliente solicitante de relaciones sexuales con menores de edad*.—7. Inicio del procedimiento de revisión.—8. Conclusiones.

1. INTRODUCCIÓN

La reforma del Código Penal de 1995 operada por LO 1/2015, de 30 de marzo, conlleva modificaciones en los tipos penales y en las penas aplicables a los mismos que exigen en aplicación del principio de unidad de actuación, rector de la función del Ministerio Fiscal, establecer unas pautas interpretativas sobre las disposiciones transitorias reguladas en esta Ley. Es de advertir que la nueva regulación prevé un periodo de *vacatio legis* de tan solo tres meses, teniendo prevista su entrada en vigor, de conformidad con lo establecido en la disposición final octava, el día 1 de julio de 2015.

Dejando la disposición transitoria cuarta aparte para su tratamiento individualizado, el resto de las disposiciones transitorias de la LO 1/2015 son una reproducción de las ya contenidas en anteriores leyes de reforma del Código Penal, que a su vez, figuran en la propia la LO 10/1995, por lo que la Fiscalía General del Estado ha tenido ocasión de pronunciarse sobre gran parte de las cuestiones derivadas de la necesidad de aplicar retroactivamente la ley penal más favorable. En este sentido, es imprescindible tener especialmente en cuenta el contenido de las Circulares 1/1996, 2/1996, 1/2000, 1/2004 y 3/2010, sirviendo la presente como recordatorio de la doctrina en ellas establecida para su aplicación concreta a la nueva reforma.

2. ANÁLISIS DE LAS DISPOSICIONES TRANSITORIAS

2.1 Principio de irretroactividad de las leyes penales

La primera de las disposiciones transitorias establece en su apartado primero que los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de esta Ley se juzgarán conforme a la legislación penal vigente en el momento de su comisión. No obstante lo anterior, se aplicará esta Ley una vez que entre en vigor, si las disposiciones de la misma son más favorables para el reo, aunque los hechos hubieran sido cometidos con anterioridad a su entrada en vigor.

Desarrolla esta disposición tanto el principio de irretroactividad de las leyes penales consagrado en los artículos 9.3 y 25.1 CE, como su anverso, esto es, la aplicación de las nuevas normas penales a hechos anteriores a su entrada en vigor, para el sólo caso de que las mismas favorezcan al reo. La aplicación retroactiva de la nueva norma, si es más favorable al reo, debe afectar a los hechos cometidos con anterioridad al día 1 de julio de 2015 que se encuentren pendientes de enjuiciamiento, y a aquellos que ya han sido sentenciados si dicha declaración no ha adquirido firmeza o si, aún firme, se encuentran pendientes o en trámite de ejecución. Quedan excluidos por tanto, los procedimientos por hechos que, a fecha 1 de julio de 2015, ya han sido enjuiciados y ejecutados en su totalidad, sin perjuicio, establece la disposición transitoria segunda respecto de las sentencias, de que el juez o tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previamente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta conforme a esta Ley.

En una valoración general, puede decirse que la reforma no es más beneficiosa que la regulación anterior, por lo que no son demasiados los supuestos en que procede la aplicación retroactiva. En cualquier caso, y en tanto pueda resultar más favorable para el reo, la nueva normativa sólo podrá hacerse efectiva a partir del 1 de julio de 2015, fecha de su entrada en vigor, y nunca durante el período de *vacatio legis*.

Es conveniente recordar que los problemas que puedan suscitarse en relación al momento en que deben entenderse cometidos los delitos continuados, permanentes, habituales y de tracto sucesivo, habrán de ser resueltos conforme a los criterios establecidos en la Circular 2/1996, de 22 de mayo.

2.2 Determinación de la ley más favorable

Al igual que las correspondientes disposiciones transitorias de las Leyes Orgánicas de reforma del Código Penal 15/2003 y 5/2010, el apartado segundo de la disposición transitoria primera mantiene la obligación de que los términos de comparación entre ambas regulaciones tengan en cuenta la totalidad de las mismas, de manera que la determinación de la ley más favorable se realice a la vista de una y otra normativa en su integridad. Así se dispone que para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma operada por la presente Ley, y, en su caso, la posibilidad de imponer medidas de seguridad. El apartado tercero establece que en todo caso, será oído el reo.

Ello no obsta para que, como se indicaba en las Circulares 1/2004 y 3/2010, la condena por varios delitos en una misma sentencia, permita hacer un tratamiento autónomo de cada uno de ellos siempre que estén en relación de concurso real, de

manera que pueda mantenerse en su integridad el pronunciamiento respecto de alguno de ellos, y sin embargo, se modifique respecto de otros en que sea más favorable la nueva regulación. Por el contrario, en los supuestos de delito continuado y de concurso ideal de delitos, y siguiendo el criterio de las Circulares 1/1996 y 3/2010, habrá de hacerse una comparación global, sin que sea posible castigar alguna de las conductas que lo integran conforme a la anterior regulación y la otra conforme a la nueva normativa, salvo que alguno de los delitos o faltas hubiera sido despenalizado.

En estos casos, y en el ámbito del concurso ideal, si se hubiera impuesto una pena única, se cotejará la pena impuesta con la que correspondería imponer a la infracción subsistente conforme a la nueva regulación a los efectos de valorar la legislación más beneficiosa, mientras que si las diversas infracciones hubieran sido penadas separadamente, una vez dejada sin efecto la pena de la infracción despenalizada, se hará la comparación con la que subsiste.

Resulta sin embargo novedosa la referencia a efectos comparativos no sólo de las penas que corresponderían al hecho enjuiciado, sino también, en su caso, a la posibilidad de imponer medidas de seguridad.

El legislador amplía así los elementos a tener en cuenta, de modo que, aunque la pena fijada en el nuevo tipo penal objeto de comparación sea por sí sola más favorable que la penalidad anterior, si además contiene la posibilidad de imponer una medida de seguridad, esta deberá también valorarse para determinar la ley más favorable.

Aunque la nueva ley modifica el Título IV del Libro I CP en el que se regulan las medidas de seguridad, sí introduce en el Libro II tres nuevos supuestos en los que junto a la pena correspondiente podrá imponerse la medida de libertad vigilada. Se trata del artículo 140 bis en relación con los delitos de homicidio, asesinato e inducción o cooperación al suicidio, del artículo 156 ter respecto a los delitos de lesiones cometidos sobre las personas a que se refiere el artículo 173.2, e igualmente en este artículo 173.2 relativo al delito de violencia habitual.

De la comparación de las penas previstas en todos estos tipos penales se evidencia que las establecidas antes de la reforma no son en general más favorables en la nueva regulación, por lo que no entrará en juego la necesidad de valorar la posible imposición de una medida de seguridad.

Sin embargo, hay alguna excepción como es el supuesto del artículo 152.1.1.º (delito de imprudencia grave con resultado de lesiones del anterior art. 147.1 CP) para el que se establecía sólo pena de prisión. Para este caso, la nueva regulación prevé alternativamente penas de prisión o multa. En principio, la pena de multa sería más favorable que la pena privativa de libertad impuesta, pero a la hora de revisar la sentencia, habrá de tenerse en cuenta la posibilidad de aplicar conforme al nuevo artículo 156 ter, además de la pena de multa, la medida de seguridad de libertad vigilada. En todo caso, la labor comparativa exige que se haga una previsión de las concretas medidas de libertad vigilada que, al amparo del artículo 106.1, procedería imponer al penado para que en el trámite de audiencia pueda ponderar adecuadamente la regulación que entiende que le es más favorable. Sin perjuicio de oír al reo, los Sres. Fiscales habrán de partir de que la comparación prisión frente a multa con libertad vigilada hace a ésta última más favorable, al no ser privativas de libertad ni la pena ni la medida.

2.3 Sentencias firmes no revisables

La Disposición transitoria segunda establece las sentencias susceptibles de revisión, a saber: las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectiva-

mente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial, debiendo entender incluidas aquellas sentencias firmes, cuyo cumplimiento se encuentra pendiente de ejecución, con las limitaciones que dispone la propia norma, la cual establece las penas que no se consideran más favorables, excluyendo del proceso de revisión los siguientes supuestos:

1.º En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código.

Se exceptúa el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso deberá revisarse la sentencia.

La regla que preside el proceso de revisión es la consideración taxativa de la disposición más favorable, excluyendo de la labor comparativa el ejercicio del arbitrio judicial. En aplicación de esta norma, tal y como se indica en la Circular 1/1996, 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 hubiera podido imponer una duración de pena inferior haciendo uso de la discrecionalidad. En el mismo sentido, la Circular 1/2004 especifica que cuando la pena privativa de libertad se encuentre incluida en el periodo de duración previsto para pena de la misma naturaleza en la regulación actual, no procede revisión alguna, con independencia de que en abstracto se hayan modificado los límites mínimo y máximo correspondiente al tipo penal de que se trate.

Interpretando la exclusión del «arbitrio judicial» en la tarea de revisión, el Tribunal Supremo establece la necesidad de distinguir dos momentos (SSTS n.º 538/2012, de 25 de junio y 290/2013 de 16 de abril):

«a) En primer lugar hay que comparar ambas legislaciones: la derogada conforme a la que se efectuó el enjuiciamiento y la vigente. En ese primer momento se orilla por imperativo legal el arbitrio judicial: solo cabe considerar más favorable la nueva disposición cuando en ningún caso podría amparar la pena impuesta y siempre, determinaría una penalidad inferior. Eso es lo que quiere decirse cuando se habla de la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. Y añade, el legislador con mayor o menor acierto y con el deseo de reducir el número de sentencias firmes que han de ser revisadas ha incluido esta regla comentada que simplifica la operación de comparación al expulsar de los términos de ponderación el aleatorio factor «arbitrio judicial». Así como en el enjuiciamiento de hechos anteriores con posterioridad a la entrada en vigor de la norma, no rige limitación alguna; la revisión de sentencias firmes solo se abre si en este primer escalón se concluye que la legislación nueva no permita de ninguna forma la pena impuesta (salvo la excepción ya apuntada de adición de una penalidad alternativa). (...)

b) Una vez sobrepasado ese escalón y proclamado el carácter más benigno de la reforma se aplica ésta sin condicionante alguno. En esta segunda fase no se excluye el arbitrio judicial. No es posible excluirlo porque es inherente a la función individualizadora. (...) Las alusiones a la exclusión del arbitrio judicial y la taxatividad operan en el momento de la comparación. Si la comparación efectuada con esas limitaciones conduce a considerar más favorable la nueva legislación se rompe la firmeza de la sentencia y el Tribunal recupera en toda su plenitud sus facultades de subsunción e individualización penológica ajustadas al nuevo marco penal. Esa es la interpretación pacífica asumida también por la Fiscalía General del Estado en la Circular 3/2010, de 23 de diciembre».

Como excepción a esta regla general de no revisibilidad, la disposición transitoria segunda se refiere a la posibilidad de que la reforma establezca para el mismo hecho una pena alternativa no privativa de libertad. En estos casos, deberá iniciarse el proceso de revisión, lo que no implica que sea obligatorio sustituir la pena inicialmente impuesta por la nueva pena de multa no prevista como alternativa en su momento, sino que dicha decisión únicamente debe adoptarse cuando tras el examen de la causa así se estime oportuno (Circular 1/2004). En el mismo sentido la Circular 1/1996, como criterio para determinar la procedencia de imponer o no esa pena alternativa no privativa de libertad, ya estableció la necesidad de valorar en cada caso las circunstancias concretas, razonando que 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.

Ejemplo de delitos en que se puede plantear esta cuestión, esto es, que se pase de una pena única de prisión a una pena alternativa de prisión o multa, son los de resistencia y desobediencia grave previstos en el artículo 556 CP. Es cierto que también se establece esta alternativa para los delitos de inmigración ilegal previstos en el apartado primero del artículo 318 bis CP, pero en éstos, el límite superior de la nueva pena de prisión es inferior al mínimo de la anterior pena privativa de libertad, por lo que siempre habrá que revisar la sentencia.

Distinto es que tanto en la norma anterior como en la reformada se contemple la posibilidad de pena alternativa, supuesto, dice la Circular 1/1996, en que no entrará en juego esta 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.

Tampoco será de aplicación esta excepción a los supuestos contemplados en los artículos 315 y 323 CP, referidos a los delitos contra los derechos de los trabajadores y a los delitos de daños contra el patrimonio histórico respectivamente, en los que en lugar de una pena conjunta de prisión y multa, el legislador de 2015 ha establecido una pena alternativa de prisión o multa.

2.º No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida.

Deberán tenerse en cuenta a estos efectos, no sólo los casos de suspensión de las penas privativas de libertad establecidos en el Código Penal, como son los contemplados en el artículo 4.4 CP respecto a la petición de indulto y en los artículos 80 a 87 en relación a las formas sustitutivas de la ejecución de dichas penas, sino también aquellos en que la suspensión es acordada por el Tribunal Constitucional al conocer del recurso de amparo (art. 56 LOTC).

—Igual regla se aplicará si el penado se encuentra en período de libertad condicional.

Esta excepción reproduce las contenidas en las anteriores LO 5/2010 y 15/2003, resultando superflua a la luz de la nueva configuración que de la libertad condicional se realiza en los artículos 90 a 92 CP, que aparece regulada como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena.

—Tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo a la redacción anterior de los artículos del Código y a la presente reforma, corresponda, exclusivamente, pena de multa.

3.º No serán revisadas las sentencias en que la pena esté ejecutada o suspendida, aunque se encuentren pendientes de ejecutar otros pronunciamientos del fallo, así como las ya totalmente ejecutadas, sin perjuicio de que el juez o tribunal que en el futuro pudiera tenerlas en cuenta a efectos de reincidencia deba examinar previa-

mente si el hecho en ellas penado ha dejado de ser delito o pudiera corresponderle una pena menor de la impuesta conforme a esta Ley.

Por tanto, como presupuesto de la revisión, será necesario que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena o en vías de su cumplimiento efectivo. No será obligada la revisión cuando el reo se haya sustraído a la acción de la justicia hasta que no sea habido, a no ser que la condena se refiera a un hecho despenalizado en la nueva regulación, en cuyo caso se procederá a la revisión y al archivo de la ejecutoria salvo que estén pendientes de cumplimiento los aspectos civiles, toda vez que los pronunciamientos relativos a la responsabilidad civil deberán ser ejecutados en todo caso sin que queden afectados por la despenalización.

En este aspecto, el principio «*pro reo*» cede ante el de la protección a las víctimas, pues, como ya señaló la STS n.º 221/1997 de 20 de febrero, la retroactividad sólo es predicable de las leyes penales que favorezcan al reo, [...] pero no las que regulan la responsabilidad civil *ex delicto* de naturaleza incuestionablemente civil, y, por ende, sujetas al principio de irretroactividad proclamado en el artículo 3 del Código Civil. (En el mismo sentido STS n.º 172/1998, de 14 de febrero y 106/1997, de 31 de enero).

4.º En los supuestos de indulto parcial, no se revisarán las sentencias cuando la pena resultante que se halle cumpliendo el condenado se encuentre comprendida en un marco imponible inferior respecto a esta Ley.

Finalmente debe tenerse presente que las condenas por hechos que hayan sido convertidos en delitos leves en la nueva legislación penal, aunque no hayan sido revisadas, no podrán servir de base para la apreciación de la reincidencia. 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. Cuando en el curso de un procedimiento en tramitación los Sres.

Fiscales en el trance de analizar la hoja histórico penal vislumbren la posibilidad de que un antecedente en principio aplicable pueda no serlo tras la reforma 1/2015, interesarán del Juzgado la unión a la causa de testimonio de la sentencia de referencia a fin de analizar si efectivamente es o no computable la condena a efectos de antecedentes penales.

También estas sentencias no revisables generarán no obstante efectos a los fines de evaluar si concurren los presupuestos para la suspensión de la ejecución de la pena. Las condenas anteriores ya ejecutadas pero referidas a hechos que ya no son constitutivos de delito menos grave sino leve, no impedirán la posible concesión de los beneficios referidos. Por tanto si la condena anterior no revisada se refiere a hechos que con arreglo a la nueva legislación pasan de delitos menos graves a leves se deberá entender cumplido el requisito de ser delincuente primario (en el mismo sentido Instrucción de 30 de agosto de 1928 de la Fiscalía del Tribunal Supremo y Circulares 2/1996 y 1/2004). De nuevo, cuando los Sres. Fiscales deban pronunciarse sobre la procedencia de conceder o no la suspensión y cuando al analizar la hoja histórico penal vislumbren la posibilidad de que un antecedente en principio aplicable pueda no serlo tras la reforma 1/2015, interesarán del Juzgado la unión a la causa de testimonio de la sentencia de referencia a fin de analizar si efectivamente debe o no entenderse computable.

3. PROCEDIMIENTO

En cuanto resulte más favorable, la nueva regulación será de aplicación, como se ha expuesto, a los hechos cometidos antes de su entrada en vigor y que todavía no han

sido objeto de enjuiciamiento, a los hechos ya enjuiciados en los que no ha recaído sentencia firme, y a los hechos ya enjuiciados en los que el pronunciamiento condenatorio sea firme y no haya sido totalmente ejecutado.

3.1 Hechos pendientes de enjuiciamiento

En los procedimientos por hechos cometidos con anterioridad al 1 de julio de 2015, ya se hallen pendientes de calificación o pendientes de enjuiciamiento, operará plenamente la discrecionalidad que permite una y otra legislación, debiendo tenerse en cuenta todas las circunstancias que pueden influir tanto en la determinación de la pena como en la ejecución de la misma.

La comparación debe efectuarse para cada caso concreto con la aplicación global de cada una de las regulaciones, sin que rijan las limitaciones que la disposición transitoria segunda establece para los supuestos de revisión de las sentencias. En la labor de comparación, como establece la Circular 1/2004, deberá partirse del tipo básico aplicable al autor del hecho. Si la previsión de pena es idéntica habrá de analizarse la pena prevista para el grado de ejecución, la intensidad de la participación y la concurrencia o no de circunstancias modificativas o excluyentes de la responsabilidad criminal, así como la existencia o inexistencia de tipos privilegiados que posibiliten la imposición de penas inferiores. Si ambas legislaciones establecen una pena idéntica en los dos supuestos y unas análogas posibilidades de reducción se podrá considerar más favorable aquella legislación que posibilite una ejecución más benigna en relación con las normas sobre suspensión, sustitución o libertad condicional. En este punto conviene reseñar las importantes modificaciones introducidas por la LO 1/2015, a saber:

- a) En materia de suspensión de la pena, el nuevo artículo 84.1 CP introduce la posibilidad de condicionar la suspensión al cumplimiento del acuerdo de mediación, al pago de una multa o a la realización de trabajos en beneficio de la comunidad.
- b) En relación a la sustitución de la pena a extranjeros por expulsión, frente a la posibilidad de sustitución establecida en la anterior redacción del art. 89 respecto a cualquier pena privativa de libertad no superior a seis años, la nueva norma reduce su aplicación a las penas de prisión superiores a un año y no superiores a cinco. Por el contrario, la posibilidad de sustituir la pena por expulsión se amplía al eliminarse el requisito de que se trate de extranjeros no residentes legalmente en España.
- c) La nueva regulación ha suprimido la sustitución ordinaria, como forma sustitutiva de ejecución de las penas privativas de libertad, al haber derogado el art. 88.
- d) Por último, en materia de libertad condicional, al regularse como una modalidad de suspensión de la ejecución del resto de la pena, debe valorarse que, al contrario de lo que venía sucediendo hasta ahora, el tiempo de libertad condicional no computará como tiempo de cumplimiento de la condena.

Siguiendo igualmente las pautas establecidas en la Circular 1/2004, «si resultare dudosa la determinación de la pena más favorable los Sres. Fiscales emitirán el escrito de calificación provisional especificando alternativamente la petición de pena conforme a la norma derogada y a la vigente, pues no ha de olvidarse que se hace un ejercicio teórico sobre qué pena se impondrá con cada texto. Los Sres. Fiscales formularán, pues, conclusiones alternativas cuando la decisión sobre la norma más favorable no se presente con nitidez y esté subordinada al uso que finalmente se haga del arbitrio judicial. En efecto, debe tenerse en cuenta que no existiendo un concreto

punto de referencia al no haberse impuesto aún pena alguna para hacer 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.

En los procedimientos ya calificados con anterioridad a la entrada en vigor de la reforma, la adaptación en su caso a la nueva legalidad habrá de hacerse bien con carácter previo, al inicio de las sesiones, bien en el trámite de elevación a definitivas de las conclusiones provisionales, modificando, si procede, la pena solicitada en función de dicho extremo.

En causas seguidas exclusivamente por hechos despenalizados en que ya se haya evacuado el trámite de calificación, nada impide –es más, será lo deseable, por razones de economía procesal y para evitar molestias innecesarias a los testigos– 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 (vid. Circular 2/1983 y Circular 2/1996)».

En cuanto al trámite de audiencia al reo establecido en la disposición transitoria primera sobre la legislación que entienden más favorable, debe efectuarse en el acto del juicio oral.

Por último, ha de entenderse que el órgano de enjuiciamiento podrá aplicar de oficio un texto penal distinto del invocado por el Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales o definitivas, sin que ello suponga infracción del principio acusatorio, siempre y cuando queden salvaguardados los términos fácticos de la acusación y el principio de retroactividad de la ley más favorable.

3.2 Hechos sentenciados pendientes de recurso

La disposición transitoria tercera, reproducción de la disposición transitoria novena de la LO 1/1995, y de las correspondientes a las reformas operadas por LO 1/2004 y 5/2010, establece lo siguiente:

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:

- a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar y el juez o tribunal aplicará de oficio los preceptos de la nueva Ley, cuando resulten más favorables al reo.
- b) Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos del nuevo Código.
- c) Si, interpuesto recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de la nueva Ley, y del recurso así modificado se instruirán las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a Derecho.

Debe advertirse, como así se hizo en la Circular 2/1996, que aunque no se prevé específicamente, la audiencia del Fiscal y la defensa es necesaria, pudiendo efectuarse en el trámite de la vista o, si no la hubiere, abriendo a tal efecto y antes de la resolución del recurso, un traslado para alegaciones de las partes.

3.3 Sentencias firmes pendientes de ejecución

Tratándose de la revisión de las sentencias firmes, el legislador ha omitido cualquier referencia al procedimiento a seguir, debiendo entenderse que siendo un incidente de ejecución de sentencia, es preceptivo el traslado al Ministerio Fiscal para que informe sobre la procedencia de la revisión y, en su caso, los términos de la misma, la audiencia al reo para que se pronuncie sobre la propuesta, y la conclusión del incidente mediante resolución motivada.

Sólo el requisito de la audiencia del reo ha sido previsto por el legislador en la disposición transitoria primera. Dicho requisito resulta imperativo –en todo caso– siempre que vaya a realizarse la revisión de la sentencia, aunque el órgano judicial que deba resolver el incidente considere evidente que la nueva regulación no le es más favorable. La audiencia al reo deberá realizarse con asistencia de letrado con el fin de que pueda ilustrar al interesado sobre las ventajas que proporciona una u otra solución, y aunque su opinión no es vinculante, si resulta especialmente relevante cuando legalmente no puede definirse con claridad qué legislación es más favorable.

Respecto a la competencia para el conocimiento del incidente de revisión, el párrafo primero del apartado primero de la disposición transitoria segunda establece: 1. El Consejo General del Poder Judicial, en el ámbito de las competencias que le atribuye el artículo 98 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, podrá asignar la revisión de las sentencias firmes dictadas antes de la vigencia de esta Ley a uno o varios de los Juzgados de lo Penal o secciones de las Audiencias Provinciales dedicados en régimen de exclusividad a la ejecución de sentencias penales. De no ser así, la revisión corresponderá al Juez o Tribunal que dictó la sentencia en la primera instancia, al margen de que la misma haya sido revocada o casada por la Audiencia Provincial o el Tribunal Supremo.

En cuanto al régimen de recursos que cabe interponer frente a las resoluciones que resuelvan el incidente de revisión, y puesto que tampoco las disposiciones transitorias abordan esta cuestión, deberá seguirse el criterio recogido en la Circular 1/1996, considerando que los autos de revisión deben gozar del mismo régimen de recursos que la sentencia revisada, limitándose la impugnación a la corrección o no de los aspectos revisados.

3.4 Formas sustitutivas de la ejecución de las penas privativas de libertad

3.4.1 SUSPENSIÓN DE LA EJECUCIÓN

En lo que concierne a la suspensión de la ejecución, las reglas generales sobre derecho transitorio se contienen, principalmente, en la Circular 1/2004, de 22 de diciembre, sobre régimen transitorio aplicable a la reforma 15/2003, cuyo apartado II.8 trató del entonces «nuevo régimen de la suspensión de condena para los toxicómanos» que supuso la instauración de un nuevo régimen más beneficioso que el anterior.

Los criterios sobre derecho transitorio son los que siguen:

1) Para las causas aún no enjuiciadas en las que eventualmente pueda plantearse, cabrá aplicar la nueva legislación aunque desde el punto de vista de la pena a imponer no sea más beneficiosa, si con el anterior régimen no era posible la suspensión.

2) Si se revisa una sentencia y 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 (Circulares 1/1996 y 1/2004).

3) Las sentencias firmes, cuando hubiese sido impuesta pena que impidiera la suspensión, podrán ser revisadas aun cuando por razón exclusiva de la pena impuesta no procediera, si esta revisión puede dar lugar a la aplicación de la suspensión.

Debe partirse de que la suspensión es una facultad discrecional del Juez que requiere una resolución que motive que «sea razonable esperar que la ejecución de la pena no sea necesaria para evitar la comisión futura por el penado de nuevos delitos», previa valoración de los elementos que fija el nuevo artículo 80 del Código Penal. Conforme a la doctrina del TC (STC n.º 202/2004, de 15 de noviembre de 2004) las exigencias de motivación suficiente y adecuada ponderación de las circunstancias individuales del penado son requisitos necesarios «dado que esta institución afecta al valor libertad personal en cuanto modaliza la forma en que la ejecución de la restricción de la libertad tendrá lugar y constituye una de las instituciones que tienden a hacer efectivo el principio de reeducación y reinserción social contenido en el artículo 25.2 CE». La privación de libertad debe poder ser impuesta o revisada en proceso contradictorio, en igualdad de armas, en el que se otorgue al sometido a restricción de libertad la posibilidad de alegar sobre los fundamentos específicos de dicha restricción (entre otras muchas, SSTEDH de 12 de diciembre de 1991, Toht contra Austria; de 23 de septiembre de 2004, Kotsaridis contra Grecia).

En los casos en los que se plantee la revisión, será necesaria la audiencia de las partes no sólo por exigencia de la disposición transitoria primera de la LO 1/2015, sino también por la exigencia que deriva de la prohibición constitucional de indefensión que afecta directamente al derecho a la libertad (*vid.* STC n.º 248/2004 de 20 de diciembre).

Debe concretarse inicialmente en qué aspectos puede considerarse que el beneficio resulta ampliado. Tales son: 1) En el momento de la concesión, no se tendrán en cuenta los antecedentes penales correspondientes a delitos que, por su naturaleza o circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros (nuevo artículo 80.2.1.º). 2) En el momento de la revocación, no basta con que el sujeto cometa un nuevo delito (como en la redacción del anterior artículo 84 n.º 1), sino que la infracción cometida durante el período de suspensión tiene que poner de manifiesto que la expectativa en la que se fundaba la decisión de suspensión adoptada ya no puede ser mantenida (nuevo artículo 86.1.a). 3) Respecto al concepto de «abandono del tratamiento», en el caso de suspensión otorgada por dependencia a sustancias, no se entienden por tal «las recaídas en el tratamiento si estas no evidencian un abandono definitivo del tratamiento de deshabituación» (art. 80.5.3 *in fine*).

En estos casos, si la nueva legislación es más beneficiosa en cuanto a la posibilidad de concesión del beneficio o en cuanto a la no revocación del mismo, procederá abrir el incidente de ejecución.

3.4.2 EXPULSIÓN SUSTITUTIVA

El artículo 89 CP en su redacción anterior a la reforma preveía la sustitución de la las penas privativas de libertad inferiores a seis años por la expulsión para extranjeros no residentes legalmente en España.

Tras la reforma operada por LO 1/2015 se modifica el artículo 89 CP, limitando la expulsión sustitutiva a las penas de prisión de más de un año y suprimiendo el presupuesto de que se trate de extranjeros no residentes legalmente en España. Es por ello que surge la necesidad de valorar si procede revisar las sentencias en que se haya

acordado la expulsión en sustitución de penas privativas de libertad distintas de la de prisión, o de penas de prisión que no alcancen el límite de un año, o de las penas de prisión superiores a cinco años.

En todos estos casos, siempre que la expulsión todavía no se hubiera materializado, deberá abrirse el proceso de revisión, siendo especialmente relevante la opinión que en el trámite de audiencia manifieste el penado. No obstante, son criterios a tener en cuenta los siguientes:

a) En los supuestos en los que se hubiere acordado la expulsión en sustitución de penas de prisión de más de un año y hasta de cinco, habrá de entenderse que no procede la revisión, al tratarse de una consecuencia que podía haberse acordado tanto con la antigua como con la nueva legislación.

b) Si se hubiera acordado la expulsión en sustitución de penas de prisión de más de cinco años, habrá de entenderse que no procede la aplicación retroactiva del nuevo texto del artículo 89 CP (que no permite la sustitución total de penas de prisión de más de cinco años), por ser más favorable la legislación derogada. En efecto, la aplicación de la nueva legislación implicaría la necesidad de comenzar con la ejecución de la pena de prisión sin perjuicio de la sustitución de una parte de la pena por la expulsión.

c) En los supuestos en los que se hubiera acordado la expulsión en sustitución de penas de prisión de menos de un año o de penas privativas de libertad distintas de las de prisión la cuestión reviste mayor complejidad, debiendo tenerse especialmente en cuenta el resultado de la audiencia al reo.

El cumplimiento de la pena de prisión mediante su efectiva ejecución, en cuanto pena privativa de libertad, es en principio más grave que la sustitución de la pena por la expulsión del territorio nacional. Sin embargo, dejar sin efecto la expulsión acordada para penados a penas inferiores a un año, no implica que en todo caso deba procederse al cumplimiento efectivo de la pena de prisión, pues, si concurren los requisitos establecidos en los artículos 80 y siguientes, la pena inicialmente sustituida por la expulsión podrá ser objeto de suspensión.

Por ello, si ponderadas las circunstancias concurrentes se estimara que no procede la suspensión de la pena, supuesto por ejemplo del penado que no es delincuente primario (art. 80.2.1.ª), los Srs. Fiscales, como regla general, y sin perjuicio de valorar el resultado de la audiencia, habrán de informar en contra de la revisión de la sentencia, debiendo mantenerse la ejecución de la expulsión acordada. En caso contrario, la valoración de la norma más favorable exigirá que se haga una previsión de las prohibiciones, deberes, prestaciones o medidas a las que, conforme a los artículos 83 y 84, debe quedar condicionada la suspensión de la pena para que, con estos datos, el penado pueda considerar si entiende más favorable la sustitución acordada o el régimen de suspensión de la pena de prisión impuesta.

d) Si se tratara de una pena privativa de libertad de otra naturaleza, en principio los Sres. Fiscales optarán por la ejecución en territorio español de la pena impuesta salvo que el penado solicite que se mantenga el pronunciamiento sobre la expulsión.

e) Podrá también debatirse la procedencia de la revisión cuando se trate de condenas a penas de prisión de entre uno y cinco años impuestas a extranjeros residentes legalmente en España, cuando éstos lo soliciten por considerar más beneficiosa la expulsión sustitutiva que la permanencia en España y el sometimiento a la pena impuesta, toda vez que con el nuevo régimen cabe tal posibilidad, inviable antes de la reforma operada por LO 1/2015.

Ha de tenerse presente, no obstante, el principio general de que han de aplicarse las normas completas de una u otra legislación, por lo que deberá previamente evaluarse la pena principal que, conforme a la nueva normativa, correspondería imponer

al delito que motivó la expulsión sustitutiva. Con carácter previo, habrá de analizarse, lógicamente, si procede o no la revisión de la pena impuesta como principal y su impacto sobre la posibilidad de acordar la expulsión sustitutiva.

4. EFECTOS DE LA DEROGACIÓN DEL LIBRO III DEL CÓDIGO PENAL

La mayor parte de las conductas tipificadas como faltas en el derogado Libro III del Código Penal mantienen su relevancia penal, pasando con la reforma operada por LO 1/2015 a ser consideradas delitos leves y a regularse dentro del articulado del Libro II junto con los delitos graves y menos graves, de los que se diferencian por su menor entidad cuantitativa o cualitativa, y consiguientemente, por la pena imponible.

El traslado del contenido de las anteriores faltas a los nuevos delitos leves plantea cuestiones que es necesario tener en cuenta, tanto respecto al régimen de perseguibilidad de los delitos leves, como respecto al cambio de penalidad de estas infracciones o al régimen de revisión de las condenas por faltas o por delitos configurados sobre la existencia de conductas constitutivas de faltas.

4.1 Modificación del régimen de perseguibilidad de algunas conductas

Parte de los delitos leves se configuran como delitos semipúblicos, en tanto su persecución requiere la denuncia previa de la persona agraviada, de su representante legal o, conforme a lo dispuesto en el artículo 105 LECrim, del Ministerio Fiscal, si la persona agraviada fuera menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida.

Varias de las faltas que ahora tienen la consideración de delitos leves ya exigían denuncia previa para su persecución: es el caso de las amenazas o de las coacciones actualmente reguladas en los artículos 171.7,1 y 172.3,1 CP y, antes de la reforma, en el artículo 620 CP.

Sin embargo, las antiguas faltas de lesiones y de maltrato previstas en el artículo 617 CP, eran infracciones públicas, en tanto que los delitos leves que contemplan ahora dichas conductas, artículos 147.2 y 3 CP introducen como requisito de perseguibilidad la denuncia previa.

La incidencia de este requisito en procesos iniciados antes de su vigencia ha sido prevista en la disposición transitoria cuarta, que por su especial trascendencia es objeto de tratamiento independiente. Nos limitamos a recordar aquí que la ausencia de este requisito de perseguibilidad por hechos que han dado lugar a una sentencia condenatoria, no permite abrir un proceso de revisión de la sentencia. En efecto, tal y como establece la Circular 2/1996, de 22 de mayo, a partir de la vigencia de la reforma y aunque el hecho se hubiese cometido antes de su entrada en vigor, se exigirá la correspondiente denuncia del perjudicado en los casos legalmente previstos. Sin embargo, la exigencia del mismo no tendrá 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.

Los efectos para las causas en tramitación de la mutación de faltas perseguibles de oficio en delitos semipúblicos se analizarán in extenso en la Circular dedicada a los nuevos delitos leves.

4.2 Cambio de penalidad

4.2.1 CAMBIO DE PENAS ALTERNATIVAS A PENAS ÚNICAS

El criterio de punición con penas alternativas que en gran medida regía el castigo de las conductas tipificadas como faltas no ha sido trasladado a los equivalentes delitos leves, en los que el legislador ha optado mayoritariamente por establecer una pena única de multa.

Son muchas las conductas que en su anterior regulación como falta eran castigadas con la pena alternativa de localización permanente o multa, y que, como delito leve, sólo se sancionan con pena de multa. Ello ocurre en los siguientes supuestos:

- Falta de lesiones o maltrato: artículo 617 derogado, nuevo artículo 147. 2 y 3.
- Falta de hurto: artículo 623.1 derogado, nuevo artículo 234.2.
- Falta de sustracción de cosa propia: artículo 623.2 derogado, nuevo artículo 236.2.
- Falta de estafa: artículo 623.4 derogado, nuevo artículo 249 párrafo segundo.
- Falta de apropiación indebida: artículo 623.4 derogado, nuevo artículo 253.2.
- Falta de defraudación de electricidad: art. 623.4 derogado, nuevo artículo 255.2.
- Falta de daños: artículo 625 derogado, nuevo artículo 263.1 párrafo segundo.
- Falta de expendición de moneda falsa: artículo 629 derogado, nuevo art. 386.3.
- Falta de expendición de sellos o efectos timbrados falsos: art. 629 derogado, nuevo artículo 389 párrafo segundo.
- Falta de permanencia incontestada en domicilio social: artículo 635 derogado, nuevo artículo 203.2.
- Falta de uso público de uniforme: artículo 637 inciso primero, derogado, nuevo artículo 402 bis.

A la hora de valorar la ley más favorable, si el juzgador hubiera optado por imponer en la sentencia pena de multa, no procederá su revisión pues esta pena podría también ser impuesta en la nueva consideración de la conducta como delito leve. En cambio, si se hubiera impuesto pena de localización permanente, deberá abrirse el proceso de revisión, partiendo de que, en principio, esta pena, al ser pena privativa de libertad, es más gravosa que la pena de multa. No obstante, el penado podría considerar lo contrario, por lo que, como en otros supuestos, será indispensable el resultado del preceptivo trámite de audiencia.

4.2.2 NUEVA PENALIDAD ALTERNATIVA

La conducta contemplada en la derogada falta del artículo 620.2 *in fine*, de amenazas, coacciones, injurias o vejaciones injustas contra las personas referidas en el artículo 173.2, castigada con la pena alternativa de localización permanente o de trabajos en beneficio de la comunidad, aparece ahora recogida en los nuevos artículos 171.7, segundo párrafo, 172.3, segundo párrafo, y 173.4, que mantienen las mencionadas penas alternativas pero incluyendo además, también como pena alternativa, la pena de multa. Ante la posibilidad de imponer esta nueva pena, la sentencia deberá ser objeto de revisión, a cuyo efecto deben hacerse dos importantes precisiones. La primera, de carácter general común para todos los casos de inclusión de una nueva penalidad alternativa, en que deberá hacerse una valoración sobre la procedencia de su imposición evitando automatismos, pues la posibilidad de imponer pena de multa no implica que necesariamente haya de optarse por la misma. La segunda, específica para esta conducta, pues la aplicación de la pena de multa está limitada por la condición exigida en el artículo 84.2 según el cual sólo podrá optarse por la imposición de la pena

de multa en los casos en que «conste acreditado que entre ellos –autor del hecho y ofendido– no existen relaciones económicas derivadas de una relación conyugal, de convivencia o filiación, o de la existencia de una descendencia común».

4.3 Condenas no revisables por faltas

No procederá la revisión de las condenas por las siguientes faltas, en tanto tienen ahora la consideración de delitos leves y establecen una penalidad igual o superior a la prevista antes de la reforma operada por LO 1/2015:

- Falta de amenazas: artículo 620 derogado, nuevo artículo 171.7, primer inciso.
- Falta de coacciones: artículo 620 derogado, nuevo artículo 172.3, primer inciso.
- Falta de alteración de lindes: artículo 624.1 derogado, nuevo artículo 246.2.
- Falta de distracción de aguas: artículo 624.2 derogado, nuevo artículo 247.2.
- Falta de abandono de animales: artículo 631.2 derogado, nuevo artículo 337 bis.
- Falta de respeto a la autoridad: artículo 634 derogado, nuevo artículo 556.2.

4.4 Las condenas por las faltas de robo o hurto de uso de vehículos de motor o ciclomotor ajenos

El derogado artículo 623.3 CP castigaba con la pena de localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses, a los que sustraigan o utilicen sin la debida autorización, sin ánimo de apropiárselo, un vehículo a motor o ciclomotor ajeno, si el valor del vehículo utilizado no excediera de 400 euros.

A diferencia del criterio mantenido respecto de los otros delitos contra el patrimonio, el legislador de 2015 no ha establecido expresamente en el delito de robo o hurto de uso (art. 244.1) el límite delimitador de 400 euros para distinguir las conductas menos graves de las leves. Así las cosas, cuando la sustracción se realice con fuerza, con independencia del valor del vehículo a motor o del ciclomotor, se prevé una pena alternativa única de trabajos en beneficio de la comunidad de sesenta y uno a noventa días o multa de siete a doce meses, por lo que, atendida esta penalidad, las condenas anteriores por falta de robo de uso no serán en principio revisables, a salvo el supuesto en el que el penado al que se le hubiera impuesto localización permanente, pena privativa de libertad, muestre su preferencia por la nueva pena de trabajos en beneficio de la comunidad o por la de multa, penas ambas no privativas de libertad.

Por el contrario, en los supuestos de hurto de uso, este límite de 400 euros existe por referencia al delito de hurto, pues el artículo 244.1 establece que en ningún caso la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo. La cuestión estriba en que en la regulación del hurto, el artículo 234.2 establece una pena de multa de uno a tres meses, si la cuantía de lo sustraído no excediere de 400 euros, por lo que con la nueva regulación, la pena máxima para el hurto de uso de vehículo a motor o ciclomotor cuyo valor no exceda de esa cuantía, no podrá llegar al mes de multa, pena en cualquier caso inferior a la prevista en la falta del artículo 623.3, por los que las condenas por estas conductas siempre serán objeto de revisión.

4.5 Las condenas por las faltas contra la propiedad intelectual o industrial

El artículo 623.5 CP castigaba como falta, con pena de localización permanente de cuatro a doce días o multa de uno a dos meses, a los que realizaran los hechos descritos en el párrafo segundo de los artículos 270.1 y 274.2 cuando el beneficio no sea superior a 400 euros, salvo que concurra alguna de las circunstancias prevenidas en los artículos 271 y 276, respectivamente. Se establecía por tanto la cuantía de 400 euros para distinguir los delitos de las faltas contra la propiedad intelectual o industrial.

Derogadas las faltas, la nueva regulación de los delitos contra la propiedad intelectual o industrial describe unas conductas de distribución o comercialización ambulante o meramente ocasional, a las que señala una pena base de seis meses a dos años de prisión, para a continuación, introducir unos tipos atenuados (arts. 270.4, párrafo segundo, y 274.3, párrafo segundo), atendidas las características del culpable y la reducida cuantía del beneficio económico obtenido o que se hubiera podido obtener, siempre que no concurra ninguna de las circunstancias del artículo 271 (o del artículo 276).

Se prescinde así en la reforma del límite cuantitativo diferenciador de 400 euros, lo que no obsta para que, en la descripción de estos nuevos tipos atenuados, deban considerarse integradas las conductas antes tipificadas como faltas. Por ello, y dado que para los mismos se prevé la imposición, con carácter facultativo, de una pena alternativa de multa de uno a seis meses o trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a sesenta días, las condenas por las faltas contra la propiedad intelectual e industrial no serán objeto de revisión, a salvo el supuesto en el que habiéndose impuesto pena de localización permanente (privativa de libertad) el penado prefiera la imposición de una pena no privativa de libertad.

4.6 Las condenas por faltas de imprudencia

Los tres primeros apartados del artículo 621 CP castigaban con pena de multa a los que por imprudencia grave causaren alguna de las lesiones previstas en el artículo 147.2, a los que por imprudencia leve causaren la muerte de otra persona y a los que por imprudencia leve causaren lesión constitutiva de delito, estableciendo en los siguientes apartados la posibilidad de imponer las penas de privación del derecho a conducir o a la tenencia y porte de armas, dependiendo del modo comisivo.

El Legislador, en el Preámbulo de la LO 1/2015 estima oportuno reconducir las actuales faltas de homicidio y lesiones por imprudencia leve hacia la vía jurisdiccional civil, de modo que sólo serán constitutivos de delito el homicidio y las lesiones graves por imprudencia grave (apartado primero del artículo 142 y apartado 1 del artículo 152), así como el delito de homicidio y lesiones graves por imprudencia menos grave, que entrarán a formar parte del catálogo de delitos leves (apartado 2 del artículo 142 y apartado 2 del artículo 152 del Código Penal).

Se recoge así una modulación de la imprudencia delictiva entre grave y menos grave, lo que dará lugar a una mejor graduación de la responsabilidad penal en función de la conducta merecedora de reproche, pero al mismo tiempo permitirá reconocer supuestos de imprudencia leve que deben quedar fuera del Código Penal. No toda actuación culposa de la que se deriva un resultado dañoso debe dar lugar a responsabilidad penal, sino que el principio de intervención mínima y la consideración del sistema punitivo como última ratio, determinan que en la esfera penal deban incardinarse exclusivamente los supuestos graves de imprudencia, reconduciendo otro tipo de conductas culposas a la vía civil, en su modalidad de responsabilidad extracontractual.

tual o aquiliana de los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a la que habrá de acudir quien pretenda exigir responsabilidad por culpa de tal entidad.

De esta manera la nueva graduación de la imprudencia comprende la imprudencia grave, la imprudencia menos grave y la imprudencia leve, quedando ésta última extra muros del derecho penal.

La Circular 10/2011, establece que precisamente en orden a la distinción entre la imprudencia grave y leve, hay que manejar los conceptos básicos delimitadores, como la intensidad de la falta de diligencia del autor atendidas las circunstancias concurrentes, la mayor o menor previsibilidad del resultado y el mayor o menor grado de infracción del deber de cuidado según las normas socio-culturales vigentes ya recogidos en la Instrucción 3/2006.

La muerte y las lesiones ocasionadas por imprudencia leve tipificadas en el artículo 621.2 y 3 CP han de estimarse despenalizadas y procederá en consecuencia la revisión de todas las sentencias condenatorias que hayan aplicado tales preceptos. En este punto hay que partir de la base de que una vez se ha calificado de leve en un pronunciamiento judicial la imprudencia desencadenante del resultado, dicho pronunciamiento resulta inamovible por el efecto de la cosa juzgada material inherente a la firmeza de la sentencia.

Por lo expuesto y para los supuestos mencionados, en las sentencias condenatorias por estas faltas ya se ha realizado una labor valorativa sobre la intensidad de la infracción del deber de cuidado y por tanto de la omisión de la diligencia debida, valoración que supuso su tipificación como imprudencia leve, hoy despenalizada, por lo que dichas resoluciones deberán ser objeto de revisión, sin perjuicio de que continúe su tramitación a efectos de responsabilidad civil.

Aunque constituyen un caso distinto, es preciso mencionar también la situación en la que quedan las lesiones de menor entidad causadas por imprudencia grave del artículo 621.1 CP. La LO 1/2015 ha incorporado su supuesto de hecho al artículo 152.1.1.º CP, que castiga con pena de prisión de tres a seis meses o multa de seis a dieciocho meses a quien por imprudencia grave causa las lesiones del artículo 147.1 CP, que en su actual redacción abarca todas las que requieren tratamiento médico o intervención quirúrgica para su curación, sin distinción alguna entre ellas, lo que incluye las consecuencias lesivas de menor gravedad a las que se refería el derogado artículo 147.2 CP. Huelga decir que tratándose de una modificación legislativa peyorativa queda excluida la revisión de las sentencias.

4.7 Los anteriores delitos configurados sobre la base de la comisión de faltas

4.7.1 EL DELITO DE HURTO

El nuevo artículo 234, junto al delito menos grave de hurto básico, que castiga con la pena de prisión de seis a dieciocho meses si la cuantía de lo sustraído excediese de 400 euros, incorpora un delito leve, castigado con pena de multa de uno a tres meses si la cuantía de lo sustraído no excediere de 400 euros, salvo si concurriese alguna de las circunstancias del artículo 235.

El artículo 235 describe una serie de subtipos agravados por razón de la naturaleza o cuantía de lo sustraído, por las características del autor, por la utilización de menores de dieciséis años, por la reiteración o por la situación económica en que deja a la víctima, que determinan la imposición de una pena de prisión de uno a tres años.

El anterior artículo 234, párrafo segundo, CP castigaba con la pena de prisión de seis a dieciocho meses al que en el plazo de un año cometiera tres faltas de hurto siempre que el montante acumulado de las infracciones fuera superior a 400 euros.

A los efectos de revisar las sentencias condenatorias por este tipo derogado, se pueden plantear dos situaciones distintas. A saber:

–Si en al menos una de las sustracciones inferiores a 400 euros concurre alguna de las circunstancias cualificadoras previstas en el nuevo artículo 235, no procederá la revisión de la sentencia porque cualquiera que hubiera sido la pena impuesta conforme al derogado artículo 234, párrafo segundo, estaría integrada, o incluso sería inferior, a la prevista en el artículo 235.

–Si no concurre ninguna de las circunstancias cualificadoras del artículo 235, deberá revisarse la sentencia al efecto de valorar, oído el reo, si es más favorable mantener la pena de prisión impuesta por un solo delito del derogado artículo 234, párrafo 2.º, o sustituirla por la imposición de tantas penas de multa como delitos leves (antes faltas) hubieran integrado el delito objeto de la condena. Aunque en principio resulta más gravosa una pena privativa de libertad que varias penas de multa, la manifestación que a tal efecto realice el penado resulta en estos casos especialmente relevante.

No obstante, si de los hechos declarados probados en la sentencia condenatoria se desprende la concurrencia de los requisitos de la continuidad delictiva, y que por tanto las tres o más sustracciones que configuraron el delito del artículo 234 párrafo 2.º, también integran un delito continuado, en tanto que la pena impuesta podría igualmente imponerse en la nueva regulación con la calificación de delito continuado, no procederá revisar la sentencia.

4.7.2 EL DELITO DE ROBO O HURTO DE USO DE VEHÍCULO DE MOTOR AJENO

El derogado artículo 244.1 castigaba como hurto de uso al que sustrajere o utilizare sin la debida autorización un vehículo de motor o ciclomotor ajenos, cuyo valor excediere de 400 euros, sin ánimo de apropiárselo, previendo una pena de trabajos en beneficio de la comunidad de treinta y uno a noventa días o multa de dos a doce meses, si lo restituyera, directa o indirectamente en un plazo no superior a cuarenta y ocho horas, sin que, en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo. En un segundo inciso de este artículo, se castigaba con la misma pena al que en el plazo de un año cometiera cuatro faltas de robo o hurto de uso siempre que el montante acumulado de las infracciones fuera superior a 400 euros. El artículo 244.2, no modificado en la reforma, establece que si el hecho se ejecutare empleando fuerza en las cosas la pena se aplicará en su mitad superior.

El nuevo artículo 244.1 castiga la misma conducta en idénticos términos, con la salvedad de que ha suprimido de su dicción la referencia a los 400 euros, si bien, dado que en ningún caso, la pena impuesta pueda ser igual o superior a la que correspondería si se apropiare definitivamente del vehículo, y que el delito de hurto en cuantía inferior a 400 euros, tiene asignada una pena de multa de uno a tres meses, el hurto de uso en cuantía inferior a 400 euros, solo podrá castigarse con pena inferior a un mes de multa.

Lógicamente, y en consonancia con la supresión de las faltas, se ha dejado sin efecto el párrafo segundo del apartado primero del artículo 244, por lo que, al igual que con la figura del hurto construido por suma de faltas, debemos plantearnos si la condena por este tipo penal derogado debe dar lugar a la revisión de la sentencia, dándose como en aquél, dos situaciones distintas:

–Si al menos una de las sustracciones constitutivas de falta que integraban el artículo 244.1 párrafo segundo se hubiera realizado con fuerza, no procederá la revisión de la sentencia porque cualquiera que hubiera sido la pena impuesta conforme al derogado tipo penal, estaría integrada, o incluso sería inferior, a la prevista en el artículo 244.2.

–Si ninguna de las sustracciones hubiera sido realizada con fuerza, siempre deberá abrirse el procedimiento de revisión de la sentencia. En el caso en que en ella se hubiera impuesto la pena de trabajos en beneficio de la comunidad, deberá valorarse, oído el reo, si es más favorable mantener esta pena impuesta por el delito del derogado artículo 244.1, párrafo 2.º, o sustituirla por la imposición de tantas penas de multa inferiores a un mes, como sustracciones hubieran integrado el delito objeto de la condena. Si se hubiera impuesto una pena de multa, solo deberá revisarse la sentencia si por su extensión, no pudiera imponerse ahora la misma pena por la suma de las multas de cada una de las infracciones.

En cuanto a la consideración de que todas las conductas integradas en el precepto derogado pudieran constituir un único delito continuado, damos por reproducidas las conclusiones expuestas para el delito de hurto.

4.7.3 EL DELITO DE LESIONES

La anterior regulación del delito de lesiones, junto con el tipo básico del artículo 147.1 castigado con la pena de seis meses a tres años, establecía en un segundo párrafo la misma penalidad para el que en el plazo de un año, haya realizado cuatro veces la acción descrita en el artículo 617 de este Código. Para ambos supuestos, si el hecho se consideraba de menor gravedad, se disponía en el artículo 147.2 una penalidad alternativa de tres a seis meses o multa de seis a doce meses.

Tras la reforma 1/2015, el tipo básico de lesiones previsto en el artículo 147.1 se castiga con pena alternativa de tres meses a tres años de prisión o multa de seis a doce meses, el delito leve de lesiones se castiga con pena de multa de uno a tres meses y el delito leve de maltrato se castiga con pena de multa de uno a dos meses, habiéndose suprimido el tipo de lesiones construido por la comisión de cuatro faltas.

Nuevamente la condena por el derogado artículo 147.1, párrafo 2.º, puede dar lugar a distintas supuestas a la hora de valorar la ley más favorable:

–Si la pena impuesta hubiera sido de multa, por aplicación del artículo 147.2, habrá que comprobar si la extensión de la misma podría imponerse igualmente por la suma de las multas correspondientes a cada uno de los cuatro delitos leves de lesiones, por lo que, solo procederá la revisión de la sentencia, si la pena inicialmente impuesta excediera de esta suma.

–Si la pena impuesta hubiera sido de prisión, en principio deberá revisarse la sentencia, dado que una pena privativa de libertad es más gravosa, si bien será relevante la manifestación que a tal efecto realice el penado, que puede verse condicionada por otros factores, como puede ser su consideración como reo habitual (art. 94) en relación al régimen de suspensión de la ejecución de la pena.

4.7.4 DELITO DE RECEPCIÓN HABITUAL DE FALTAS CONTRA LA PROPIEDAD

El delito previsto en el anterior artículo 299 CP de receptación habitual de faltas contra la propiedad, castigado con pena de prisión de seis meses a un año, en conso-

nancia con la supresión de éstas, ha sido también derogado, regulándose ahora todas las conductas de receptación en el artículo 298 CP.

Las anteriores faltas contra el patrimonio merecen con la nueva regulación la consideración de delitos leves, castigados con pena de multa de uno a tres meses. Por su parte, el artículo 298.3 CP establece que en ningún caso podrá imponerse pena privativa de libertad que exceda de la señalada al delito encubierto. Si éste estuviese castigado con pena de otra naturaleza, la pena privativa de libertad será sustituida por la de multa de 12 a 24 meses, salvo que el delito encubierto tenga asignada pena igual o inferior a ésta; en tal caso, se impondrá al culpable la pena de aquel delito en su mitad inferior.

Conforme a esta premisa, las condenas por el derogado artículo 299 deberán ser siempre objeto de revisión, sustituyendo la pena de prisión impuesta, por la pena de multa del delito leve encubierto en su mitad inferior, esto es, con pena de multa de uno a dos meses.

4.7.5 DELITOS CONTRA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

En el delito de prevaricación judicial previsto en el artículo 446 y en el delito de acusación y denuncia falsas previsto en el artículo 456 se establece un sistema de graduación de penas dependiendo de la gravedad del hecho al que vienen referidas, quedando la pena menor reservada para los supuestos en que la prevaricación consiste en dictar una sentencia injusta en juicio de faltas o para cuando la acusación o denuncia falsa lo es de una conducta constitutiva de falta. Con la supresión de las conductas tipificadas como faltas, la mención que ambos artículos hacían a las mismas, ha sido sustituida por la de delitos leves, manteniendo la misma penalidad.

Para las conductas antes constitutivas de faltas y que ahora tienen la consideración de delitos leves, en tanto se mantiene la misma pena, no procederá la revisión de la sentencia y por la misma razón, tampoco afectará a los supuestos de prevaricación o de acusación o denuncias falsas que todavía no han sido enjuiciados.

La cuestión se plantea en relación a las conductas totalmente despenalizadas, como son las faltas contempladas en los derogados artículos 618.1 y 2, 619, 622, 626, 630, 631.1, 632.1, 633, 636 y 637, inciso segundo, CP. La respuesta no puede ser la misma para estos dos delitos.

En el caso del delito de prevaricación, el hecho de que la falta por la que el juez ha condenado quede despenalizada, no implica que su conducta no pueda ser enjuiciada o que la sentencia condenatoria por prevaricación deba revisarse.

En efecto, todos los elementos objetivos, subjetivos y normativos de este delito permanecen intactos en tanto que la resolución manifiestamente injusta ya ha sido dictada.

Distinto es el supuesto del delito de denuncia falsa, pues el elemento normativo de que la imputación sea de un delito leve forma parte del tipo, no existiendo por tanto el delito si la imputación ha sido realizada sobre un hecho atípico. En estos casos los Srs. Fiscales deberán abstenerse de formular acusación o en su caso, deberán retirar la misma si el hecho no ha sido enjuiciado, procediendo a solicitar la revocación de la sentencia condenatoria no firme y el archivo de la ejecutoria cuando sí lo sea.

4.8 Conductas despenalizadas

Deberán ser objeto de revisión todas las condenas por faltas que han sido despenalizadas, como son las contempladas en los derogados artículos 618.1 y 2, 619,

622, 626, 630, 631.1, 632.1, 633, 634, cuando el sujeto pasivo es agente de la autoridad, 636 y 637, inciso segundo, CP.

En todos estos supuestos deberá dejarse sin efecto la condena impuesta, o el resto de la condena que quede por cumplir, y acordar el archivo de la causa, sin perjuicio de ejecutar, si lo hubiera, el pronunciamiento relativo a la responsabilidad civil.

5. SUPUESTOS EXCLUIDOS DEL PROCESO DE REVISIÓN

5.1 Condenas no revisables por delitos

En tanto la pena prevista en la nueva regulación es igual o superior que la contemplada en la anterior, en ningún caso serán objeto de revisión las condenas por los delitos de homicidio doloso (art. 138), asesinato (art. 139 y 140), detención ilegal (arts. 166 y 167), violencia habitual (art. 173.2), trata de seres humanos (art. 177 bis), descubrimiento y revelación de secretos (art. 197), injurias (arts. 209 y 210), tipo básico de hurto (art. 234, párrafo primero), hurto cualificado (art. 235), sustracción de cosa propia (art. 236), robo con fuerza (art. 240 y 241), robo con violencia (art. 242), alteración de lindes (art. 246), distracción de aguas (art. 247), estafa (arts. 249 y 250), apropiación indebida (anterior artículo 252, nuevo artículo 253), defraudación de energía eléctrica, etc. (art. 255), uso no consentido de terminal de telecomunicación (art. 256), tipos de insolvencia punible (arts. 257 a 261 bis), tipo básico de daños (art. 263), tipo básico de daños informáticos (art. 264), delitos contra la propiedad intelectual e industrial (arts. 270, 271, 274 y 276), receptación (art. 298), delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente (anterior art. 325, nuevo art. 325.2; anterior art. 326, nuevo art. 327; anterior art. 328, nuevos arts. 326 y 326 bis), delitos relativos a la protección de la flora, fauna y animales domésticos (arts. 332, 334, 335 y 337) delitos de riesgo catastrófico (arts. 345 y 346), incendios forestales (art. 353), delitos contra la salud pública (art. 361; anterior art. 361 bis, nuevo art. 362 quinquies; anterior 362, nuevo art. 362 y 362 bis), falsedad de moneda y efectos timbrados (arts. 386, 387 y 389.2 y 400), intrusismo (art. 403), prevaricación administrativa (arts. 404 y 405), violación de secretos (art. 418), cohecho (arts. 419, 420, 423, 424, 427), tráfico de influencias (arts. 428 a 430), fraudes y exacciones ilegales (arts. 436 y 438), negociaciones prohibidas (arts. 439 a 442), corrupción en transacciones comerciales internacionales (anterior art. 445, nuevo art. 286 ter), prevaricación judicial (art. 446), delitos contra la Corona (art. 485), delitos relativos al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas (arts. 510 a 512), depósito de armas (arts. 566 y 567), delito de pertenencia a organización o grupo criminal (arts. 570 bis y 570 ter), contra el derecho de gentes (art. 605), genocidio (art. 607) y los delitos de lesa humanidad (art. 607 bis).

5.2 Condenas por delito de apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido y por el delito de apropiación por error del transmitente

En la regulación en vigor hasta el día 1 de julio de 2015, y dentro de la sección dedicada a los delitos de apropiación indebida, figuraban, junto al tipo básico previsto en el artículo 252, dos tipos específicos que castigaban a los que con ánimo de lucro se apropiaren de cosa perdida o de dueño desconocido (art. 253) y a quien habiendo

recibido indebidamente, por error del transmitente, dinero o alguna otra cosa mueble, niegue haberla recibido o, comprobado el error, no proceda a su devolución (art. 254). Ambos tipos requerían que la cuantía excediera de 400 euros (para diferenciarlos de la correlativa falta del art. 623.4), siendo castigados con pena de multa de tres a seis meses. Además el artículo 253 preveía un subtipo agravado castigado con pena de prisión de seis meses a dos años, si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico.

La LO 1/2015 simplifica el tratamiento de los delitos de apropiación indebida, pues además del tipo básico ahora regulado en el artículo 253.1 (con el correlativo delito leve para cuantías no superiores a 400 euros), solo se contempla un nuevo artículo 254, cuyo apartado primero establece: quien fuera de los supuestos del artículo anterior, se apropiare de una cosa mueble ajena, será castigado con la pena de multa de tres a seis meses. Si se tratara de cosas de valor artístico, histórico, cultural o científico, la pena será de prisión de seis meses a dos años, introduciendo el apartado segundo como delito leve el supuesto de que la cuantía de lo apropiado no excediere de 400 euros.

El nuevo tipo, de carácter residual, exige apropiarse de cosa mueble ajena no habiéndola recibido por título que produzca obligación de entregarla o devolverla. No existe un quebrantamiento de la confianza del dueño de la cosa mueble característico del tipo básico del artículo 253, ni tampoco se sustraen contra de la voluntad del mismo. Deslindados así los elementos del artículo 254, cabe entender que en el mismo se integran las conductas de los anteriores artículos de apropiación de cosa perdida o de dueño desconocido y de apropiación por error del transmitente, por lo que, a tenor de las penas reseñadas, las condenas por tales tipos atenuados no será objeto de revisión.

6. CONSIDERACIÓN PARTICULAR DE DETERMINADOS DELITOS A LOS EFECTOS DE ABRIR EL PROCESO DE REVISIÓN DE LAS SENTENCIAS

6.1 Delito de daños en bienes militares

El tipo previsto en el artículo 265, antes y después de la reforma, castiga con pena de prisión de dos a cuatro años al que causare daños en bienes, medios o recursos afectados al servicio de las Fuerzas Armadas o de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, si el daño causado excede de una determinada cuantía.

Con la regulación anterior, y como la LO 15/2003 olvidó sustituir la referencia de pesetas a euros, se mantenía anacrónicamente la mención de 50.000 pesetas, habiéndose interpretado pro reo que el límite debía tener como referencia la cifra de 400 euros.

En su nueva redacción, el artículo 265 exige que el valor de los daños exceda de 1.000 euros, por lo que deberán revisarse las condenas por daños causados en bienes militares cuya cuantía exceda de 400 y no supere los 1.000 euros. Ello no implica que esta conducta haya quedado impune, pues faltando un requisito de este tipo especial, deberá sancionarse conforme al tipo básico de los daños previsto en el artículo 263.1 con la pena de multa de seis a veinticuatro meses.

6.2 Delito de administración desleal

La reforma suprime el artículo 295 CP que, dentro del Capítulo XIII del Título XIII del Libro II dedicado a los delitos societarios, regulaba la administración desleal sancionándola con la pena alternativa de prisión de 6 meses a cuatro años o multa del tanto al triple del beneficio obtenido.

En sustitución de este precepto, el nuevo artículo 252, dentro del mismo Título, pero en el Capítulo VI dedicado a las defraudaciones, establece un tipo básico de administración desleal castigado con la pena única de seis meses a tres años de prisión, por remisión a la prevista en el artículo 249, o con la pena conjunta de uno a seis años de prisión y multa, en el caso en que concurrieran las circunstancias del artículo 250. Además, introduce un nuevo tipo, que como delito leve, castiga con pena de multa de uno a tres meses los supuestos en que el perjuicio patrimonial no exceda de 400 euros.

La nueva regulación exige proceder a la revisión de las sentencias dictadas al amparo del derogado artículo 295, pudiendo plantearse distintas situaciones en función de la cuantía del perjuicio patrimonial causado y de la pena impuesta. A saber:

—Cuando en el texto de la sentencia que se revisa figure que el perjuicio patrimonial causado no excede de 400 euros, deberá procederse a la revisión toda vez que conforme al anterior artículo 295 cualquier cuantía defraudada permitía la incardinación de los hechos como delito. En estos casos, si se hubiera impuesto pena de prisión, deberá revisarse la pena para imponer la pena de multa de uno a tres meses establecida en el nuevo artículo 252.2. Si la pena impuesta hubiera sido la de multa proporcional, también procederá la revisión de la sentencia sustituyendo dicha pena de multa proporcional por la multa de uno a tres meses. Ello es así porque, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 33.3.k, la multa proporcional (para las personas físicas) es siempre una pena menos grave, mientras que la multa de hasta tres meses (art. 33.4.g) es una pena leve, con lo que se pasaría de una condena por un delito menos grave, a una condena por un delito leve, con las consecuencias más beneficiosas para el penado en orden a la cancelación de antecedentes penales y a la imposibilidad de aplicar la circunstancia agravante de reincidencia.

—Cuando en el texto de la sentencia que se revisa figure que el perjuicio patrimonial causado es superior a 400 euros, y se hubiera impuesto pena de multa, no procederá la revisión de la sentencia en el entendimiento de que ésta es más favorable para el penado que la pena de prisión establecida en el nuevo tipo. Si se hubiera impuesto una pena de prisión no superior a tres años, tampoco procederá la revisión de la sentencia, pues con la nueva regulación dicha pena también podría haber sido impuesta. Ahora bien, si la condena hubiera sido a pena de prisión superior a tres años, deberá comprobarse si concurre alguna de las circunstancias establecidas en el artículo 250. Si así fuese, la pena de entre tres y cuatro años de prisión también podría imponerse conforme a la nueva regulación y la sentencia no será revisable. Si no concurriera ninguna de estas circunstancias, procederá la revisión de la sentencia al objeto de reducir la pena de prisión impuesta y ajustarla a la nueva penalidad establecida por remisión al artículo 249.

6.3 Delito contra los derechos de los trabajadores

El nuevo artículo 315 CP dispone en su apartado primero que serán castigados con las penas de prisión de seis meses a dos años o multa de seis a doce meses los que,

mediante engaño o abuso de situación de necesidad, impidieren o limitaren el ejercicio de la libertad sindical o el derecho de huelga.

El apartado segundo establece que si las conductas reseñadas en el apartado anterior se llevaren a cabo con coacciones serán castigadas con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses.

Conforme al apartado tercero, quienes actuando en grupo o individualmente, pero de acuerdo con otros, coaccionen a otras personas a iniciar o continuar una huelga, serán castigados con la pena de prisión de un año y nueve meses hasta tres años o con la pena de multa de dieciocho meses a veinticuatro meses.

En el apartado primero se establece una pena alternativa de prisión o multa que sustituye la anterior pena conjunta de prisión de seis meses a tres años y multa de seis a doce meses, por lo que siempre habrá que revisar la sentencia para suprimir una de las dos penas, la de prisión, cuyo límite máximo se reduce de tres a dos años, o la de multa, cuya extensión se mantiene.

A la hora de optar por una u otra posibilidad, los Sres. Fiscales deberán valorar todas las circunstancias tenidas en cuenta en la determinación de la pena tales como la gravedad de los hechos, circunstancias personales de su autor o tiempo de pena que ya haya sido cumplido. Si se opta por el mantenimiento de la pena privativa de libertad, deberá en su caso reducirse a los límites actuales.

Procederá optar por la imposición de la pena de multa en aquellos casos que la menor entidad justifique una respuesta penal menos intensa.

En el apartado segundo, el artículo modificado castigaba con las penas superiores en grado las mismas conductas si se llevaren a cabo con fuerza, violencia o intimidación, por lo que la pena conjunta resultante era de tres años y un día a cuatro años y seis meses de prisión y multa de doce a dieciocho meses. La actual regulación, solo si tales conductas se llevaren a cabo con coacciones, establece una penalidad, también alternativa, de prisión de un año y nueve meses a tres años o multa de dieciocho a veinticuatro meses. En el proceso de revisión de estas conductas, será preciso valorar, además de lo señalado, la intensidad de la fuerza, violencia o intimidación ejercida en la conducta penada, a fin de resolver si se mantiene o no la pena de prisión, aunque siempre reduciéndola en su extensión dados los límites de la nueva pena. En cualquier caso debemos entender que el cambio de denominación no implica despenalización de las conductas llevadas a cabo con fuerza, violencia o intimidación, pues no dejan de ser manifestaciones de conductas coactivas.

En el apartado tercero, las dos regulaciones se remiten a las penas, antes conjuntas y ahora alternativas previstas en el artículo 315.2, por lo que igualmente será necesario abrir el proceso de revisión de la sentencia en los términos ya mencionados.

6.4 Delito de inmigración ilegal

El artículo 318 bis ha sido ampliamente revisado en sus penas para ajustarlas, según señala el apartado XXV del Preámbulo de la LO 1/2015 «a lo dispuesto en la Decisión Marco 2002/946/JAI, que únicamente prevé para los supuestos básicos la imposición de penas máximas de una duración mínima de un año de prisión, reservando las penas más graves para los supuestos de criminalidad organizada y de puesta en peligro de la vida o la integridad del inmigrante».

El apartado primero del artículo 318 bis establece que el que intencionadamente ayude a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a entrar en territorio español o a transitar a través del mismo de un modo que vulnere

la legislación sobre entrada o tránsito de extranjeros, será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

(...) Si los hechos se hubieran cometido con ánimo de lucro se impondrá la pena en su mitad superior.

Conforme al apartado segundo, el que intencionadamente ayude, con ánimo de lucro, a una persona que no sea nacional de un Estado miembro de la Unión Europea a permanecer en España, vulnerando la legislación sobre estancia de extranjeros será castigado con una pena de multa de tres a doce meses o prisión de tres meses a un año.

Frente a la pena única de prisión de cuatro a ocho años establecida con la anterior regulación, la inclusión de penas alternativas de multa y la importante reducción de la extensión de la pena de prisión hace imprescindible la revisión de las condenas por estas conductas.

El tercer apartado del nuevo artículo 318 bis establece que los hechos a que se refiere el apartado 1 de este artículo serán castigados con la pena de prisión de cuatro a ocho años cuando concorra alguna de las circunstancias siguientes:

a) Cuando los hechos se hubieran cometido en el seno de una organización que se dedicare a la realización de tales actividades. Cuando se trate de los jefes, administradores o encargados de dichas organizaciones o asociaciones, se les aplicará la pena en su mitad superior, que podrá elevarse a la inmediatamente superior en grado.

Por ello deberán ser revisadas las penas impuestas por el subtipo cualificado de pertenencia a una organización dedicada a tales actividades, que se reduce de la pena de ocho años y un día a doce años, a la de cuatro a ocho años de prisión.

En todos estos supuestos, en el proceso de revisión deberá tenerse en cuenta la gravedad del hecho, las circunstancias en que el mismo se ha cometido, las características y condiciones de su autor y particularmente el tiempo que el reo lleva privado de libertad por los hechos objeto de la condena dado que no es inimaginable que al tiempo de procederse a la revisión, la pena de prisión pueda estar cumplida conforme a la nueva regulación.

No serán revisables las penas impuestas por estos tipos penales a las personas jurídicas, que se mantienen inalterables.

6.5 Delito de daños sobre el patrimonio histórico

Las penas conjuntas de prisión y multa que establecía el artículo 323 pasan en la nueva regulación a ser penas alternativas manteniendo cada una de ellas la misma extensión. Dispone el artículo 323.1 CP que será castigado con la pena de prisión de seis meses a tres años o multa de doce a veinticuatro meses el que cause daños en bienes de valor histórico, artístico, científico, cultural o monumental, o en yacimientos arqueológicos, terrestres o subacuáticos. Con la misma pena se castigarán los actos de expolio en estos últimos.

La modificación evidencia la clara voluntad del legislador de rebajar la respuesta penal sancionadora, y con ello la necesidad de abrir el proceso de revisión en el cual, tal y se ponía de relieve en la Circular 3/2010, pueden plantearse diversos supuestos que requieran a su vez distintas soluciones: en aquellos casos en que una de las dos penas impuestas conjuntamente haya sido ejecutada en su integridad al momento de la revisión, y la otra se encuentra en ejecución o pendiente de ejecutar habrá de solicitarse que ésta última quede sin efecto, dando por cumplida la pena impuesta por el delito. La misma solución habrá de darse a aquellos supuestos en que una de las penas impuestas hubiere prescrito, por transcurso del plazo legalmente establecido, y la otra estuviere en ejecución o pendiente de ser ejecutada. Cuando ambas penas están pen-

dientes de ejecución deberá revisarse la sentencia optando por una de las dos alternativas y dejando la otra sin efecto.

En estos casos los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta que cualquiera que sea la pena por la que se opte, la revisión pasará tan solo por dejar sin efecto una de las penas, manteniendo por tanto la otra pena de prisión o de multa, tal y como se impuso en la sentencia que se revisa, esto es, manteniendo su duración y cuantía. Siguiendo la citada Circular, para los supuestos en que ambas penas se hayan ejecutado parcialmente, la opción, efectuada en trámite de revisión, entre una y otra, deberá acompañarse de la oportuna compensación de la parte que haya sido satisfecha o cumplida de la pena que va a quedar sin efecto.

Para llevar a cabo esta compensación, habrá que acudir a las normas establecidas en el artículo 53.1 de tal modo que cada día de prisión equivaldrá a dos cuotas de multa. Así, si se opta por la pena de multa habrá de computarse como parte del pago los días en que el penado estuvo privado de libertad por esa causa, y si se opta por la pena de prisión se tendrán en cuenta los pagos parciales de la multa ya satisfechos para reducir correlativamente la pena de prisión pendiente de cumplimiento.

6.6 Delito de malversación

La reforma operada por LO 1/2015 simplifica la regulación del delito de malversación, reduciendo las conductas que antes se contenían en tres tipos penales de sustracción de caudales o efectos públicos (art. 432), destino a usos ajenos a la función pública (art. 433) o aplicación privada de bienes muebles o inmuebles de las administraciones (art. 434), a un único artículo, el artículo 432, que remite a la descripción de los tipos de la administración desleal y de la apropiación indebida.

Conforme al nuevo apartado primero del artículo 432 la autoridad o funcionario público que cometiere el delito del artículo 252 sobre el patrimonio público, será castigado con una pena de prisión de dos a seis años, inhabilitación especial para cargo o empleo público y para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo por tiempo de seis a diez años. Cargo o empleo público y derecho de sufragio pasivo por tiempo de uno a cinco años, habrá que ponderar en cada caso concreto, si la regulación actual va a suponer una pena más beneficiosa para el reo puesto que, necesariamente, habrá de elevarse la pena de multa, y cambiar la pena de suspensión por inhabilitación especial con un mínimo, antes no previsto, de un año. En todos estos supuestos, resulta especialmente relevante la manifestación que haga el penado en el preceptivo trámite de audiencia.

En esta nueva configuración del delito de malversación, debemos resaltar la introducción en el artículo 434 de un subtipo privilegiado del siguiente tenor: si el culpable de cualquiera de los hechos tipificados en este Capítulo hubiere reparado de modo efectivo e íntegro el perjuicio causado al patrimonio público, o hubiera colaborado activamente con las autoridades o sus agentes para obtener pruebas decisivas para la identificación o captura de otros responsables o para el completo esclarecimiento de los hechos delictivos, los jueces y tribunales impondrán al responsable de este delito la pena inferior en uno o dos grados.

En aplicación de este precepto, y en tanto que la pena inferior en un grado se establece como imperativa, si en la sentencia impuesta por cualquiera de los delitos de malversación figurara que el penado ha realizado la íntegra devolución de la cantidad malversada y no se hubiera hecho uso de la atenuante de reparación del daño como muy cualificada reduciendo la pena en grado, deberá a estos efectos, revisarse la condena impuesta.

6.7 Delitos de resistencia o desobediencia grave y atentado

El nuevo artículo 556 CP castiga la resistencia y la desobediencia grave a la autoridad y a sus agentes en el ejercicio de sus funciones, pero además de extender su ámbito al personal de seguridad privada en determinadas condiciones, modifica las penas a imponer. De una parte, reduce el mínimo de la pena de prisión de seis a tres meses, y de otra, introduce como alternativa a esta pena, la pena de multa. Es un supuesto claro en que deberá abrirse el procedimiento de revisión de la sentencia por aplicación de lo dispuesto en la disposición transitoria segunda 1 de la LO 1/2015, aunque efectuado el mismo, y ponderando todas las circunstancias tenidas en cuenta en la sentencia que se revisa, puede ser mantenida si procede la pena de prisión inicialmente impuesta, pues, como se expuso, en estos casos la revisión no supone necesariamente tener que optar por la nueva pena de multa introducida como alternativa.

La revisión será obligada, al igual que en el delito de atentado, en todos aquellos supuestos en que en la sentencia se hubiera impuesto la pena inferior en grado pues, aún sin tener en cuenta la nueva pena alternativa de multa, esta pena siempre será superior que la que correspondería imponer con la nueva penalidad.

6.8 Delitos contra el orden público

La nueva regulación del Capítulo III del Título XXII del Libro II ha modificado ampliamente la descripción de los delitos de desórdenes públicos, pese a lo cual, la condena por el tipo básico del artículo 557.1 CP debe entenderse comprendida en el actual tipo básico del artículo 557, no procediendo la revisión de la misma al conservar la misma penalidad de seis meses a tres años. Tampoco será objeto de revisión la condena por el subtipo agravado comprendido en el anterior artículo 557.2 CP, pues esta conducta (castigada con la pena superior en grado a la anterior), aunque con una redacción simplificada, aparece ahora integrada dentro de las circunstancias agravatorias contempladas en el artículo 557 bis 3.^a (cuando los hechos se lleven a cabo en una manifestación o reunión numerosa o con ocasión de alguna de ellas), estando comprendida la pena que hubiera podido imponerse dentro del arco penológico (de 1 a 6 años) de este nuevo artículo.

Distinto es el supuesto comprendido en el anterior artículo 559 CP que castigaba con la pena de dos a seis años, la perturbación grave del orden público con objeto de impedir a alguna persona el ejercicio de sus derechos cívicos, tipo que ha sido derogado. Ahora bien, la especialidad de este tipo venía determinada exclusivamente por su elemento intencional que desplazaba la aplicación del delito previsto en el artículo 557. A falta de éste elemento subjetivo intencional perseguido por el sujeto activo, la grave perturbación o alteración del orden público o de la paz pública, subsiste. La conducta sigue siendo antijurídica por más que su tipificación deba reconducirse hacia el nuevo delito básico previsto en el artículo 557 o hacia el cualificado por las circunstancias concurrentes del artículo 557 bis. Por ello, la revisión de la sentencia condenatoria por el derogado delito del artículo 559, deberá efectuarse teniendo en cuenta esta nueva tipificación y las penas previstas en estos preceptos. Solo en el caso de que la pena impuesta no pudiera igualmente ser aplicada conforme a la nueva regulación, deberá procederse a modificar la sentencia.

6.9 Delitos contra la libertad e indemnidad sexual

6.9.1 CORRUPCIÓN DE MENORES

El nuevo artículo 183 bis CP castiga con una pena de prisión de seis meses a dos años al que con fines sexuales, determine a un menor de dieciséis años a participar en un comportamiento de naturaleza sexual, o le haga presenciar actos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos. Si le hubiera hecho presenciar abusos sexuales, aunque el autor no hubiera participado en ellos, se impondrá una pena de prisión de uno a tres años.

Este precepto vendría a sustituir al anterior artículo 189.4 que castigaba con la pena de prisión de seis meses a un año al que haga participar a un menor o incapaz en un comportamiento de naturaleza sexual que perjudique la evolución o desarrollo de la personalidad de éste.

No obstante, en el nuevo régimen la corrupción de menores no protegería a menores de más de dieciséis años. Por ello, las condenas por delito de corrupción de menores cuando la víctima al tiempo de los hechos tuviera más de dieciséis años deberán ser revisadas.

6.9.2 REPRESIÓN PENAL DEL CLIENTE SOLICITANTE DE RELACIONES SEXUALES CON MENORES DE EDAD

El apartado cuarto del artículo 188 CP tras la reforma castiga con una pena de uno a cuatro años de prisión al que solicite, acepte u obtenga, a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con una persona menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección. Si el menor no hubiera cumplido dieciséis años de edad, se impondrá una pena de dos a seis años de prisión.

En el sistema anterior a la reforma de 2015 se castigaba en el apartado primero del artículo 187 con las penas de uno a cinco años y multa a quien solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa, una relación sexual con persona menor de edad o incapaz. Si la víctima es menor de trece años será castigado con la pena de prisión de cuatro a seis años.

El subtipo agravado de prevalimiento de la condición de autoridad y asimilados era también, antes de la reforma, aplicable al cliente y suponía la aplicación de la pena en su mitad superior e inhabilitación absoluta. Tras la reforma esta agravación específica no es aplicable al cliente, lo que podría generar igualmente la necesidad de revisión.

Las condenas impuestas a clientes de menores de más de dieciséis años, cuando se hubieran impuesto más de cuatro años de prisión, serán revisables.

7. INICIO DEL PROCEDIMIENTO DE REVISIÓN

El apartado primero de la Disposición Transitoria segunda establece que los jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes.

Parece pues que la reforma –como ocurriera con reformas anteriores– residencia en los Jueces y Tribunales la iniciativa para abrir el incidente de revisión. Los Sres. Fiscales despacharán las causas cuando el Juez de lo Penal o las Secciones de las Audiencias Provinciales les den traslado de las mismas para la emisión del preceptivo informe, correspondiendo la decisión al Juez o Tribunal, que la adoptará por medio de auto.

Pero en todo caso, debe partirse de que la revisión puede iniciarse no solo de oficio sino también a instancia del penado o del Ministerio Fiscal.

A estos efectos, no puede perderse de vista que el Fiscal tiene asignada constitucionalmente la función de custodio de la legalidad. Por ello los Sres. Fiscales en ningún caso podrán ampararse en la Disposición Transitoria transcrita para adoptar una postura pasiva o inhibirse de su obligación de promover la necesaria adaptación de las penas al nuevo marco del Código. Por ello, en los casos en los que detecten causas que siendo revisables no se haya iniciado el procedimiento, solicitarán su activación al Juzgado o Tribunal sentenciador. Como establecía la Circular 1/1996, 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.

8. CONCLUSIONES

1. La presente Circular no modifica las previsiones de las Circulares 1/1996 de 23 de febrero, 2/1996, de 22 de mayo, 1/2000, de 18 de diciembre, 1/2004, de 22 de diciembre, y 3/2010, de 22 de junio, que contienen los principios fundamentales en materia de régimen transitorio.

2.1 El régimen transitorio está presidido por el principio de irretroactividad de las leyes penales en tanto no sean más favorables para el reo.

2.2 A los efectos de determinar la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las resultantes de la reforma operada por la LO 1/2015.

2.3 Como presupuesto de la revisión de la sentencia, será necesario que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena o en vía de su cumplimiento efectivo. Cuando la pena impuesta sea susceptible de imponerse con la nueva regulación, no procederá la revisión de la sentencia, salvo que en esta también se prevea la posibilidad de imponer una pena alternativa.

3. El trámite de audiencia del reo es requisito necesario y deviene esencial en los supuestos en que pueda ser discutible la determinación de la ley más favorable.

3.1 En los hechos pendientes de enjuiciamiento, deberá tenerse en cuenta no solo el tipo básico impuesto al autor del hecho, sino también el grado de ejecución y participación, la concurrencia de circunstancias modificativas o excluyentes de la responsabilidad criminal, la existencia de tipos privilegiados, así como las normas referentes a la ejecución, suspensión o sustitución de la pena.

En estos procedimientos operará plenamente la discrecionalidad que permite una y otra legislación, debiendo tenerse en cuenta todas las circunstancias que pueden influir tanto en la determinación de la pena como en la ejecución de la misma.

Si resultare dudosa la determinación de la pena más favorable, los Sres. Fiscales emitirán el escrito de calificación provisional especificando alternativamente la petición de pena conforme a la norma derogada y a la vigente.

3.2 Frente a las sentencias que no han adquirido firmeza, la solicitud de revisión para aplicar retroactivamente la nueva regulación por estimar que resulta más favorable, deberá hacerse a través del recurso de apelación o de casación dependiendo del procedimiento y del Juez o Tribunal que las haya dictado.

3.3 A las resoluciones que resuelvan el incidente de revisión de las sentencias firmes, les es aplicable el mismo régimen de recursos que a la sentencia revisada, limitándose la impugnación a la corrección o no de los aspectos revisados.

3.4.1 El régimen de suspensión de la ejecución de la pena permite aplicarlo a penados no primarios cuyos antecedentes penales, por su naturaleza y circunstancias, carezcan de relevancia para valorar la probabilidad de comisión de delitos futuros. La comisión de un nuevo delito durante el período de suspensión no implica automáticamente la revocación de este beneficio salvo que revele que la expectativa en que se fundó su concesión ya no puede ser mantenida. No se entiende que existe abandono del tratamiento de deshabitación si las recaídas no evidencian un abandono definitivo del mismo.

Para las causas aún no enjuiciadas, cabe aplicar la nueva legislación aunque desde el punto de vista de la pena a imponer no sea más beneficiosa, si con el anterior régimen no era posible la suspensión.

Si se revisa una sentencia, la nueva pena lo permite y la anterior no, nada impide que puedan ser aplicados los beneficios de la suspensión de la ejecución.

Las sentencias firmes, cuando hubiese sido impuesta pena que impedía la suspensión, podrán ser revisadas aun cuando por razón exclusiva de la pena impuesta no procediera, si esta revisión puede dar lugar a la aplicación de la suspensión.

3.4.2 La modificación de los supuestos de sustitución de la pena impuesta por la expulsión del territorio nacional exige la revisión de las sentencias en que se haya acordado la expulsión en penas privativas de libertad distintas de la prisión, en penas de prisión inferiores a un año, y en penas de prisión que excedan del límite de cinco años establecido en el artículo 89.

4. La derogación del Libro III del Código Penal, no implica que hayan perdido relevancia penal todas las conductas anteriormente tipificadas como faltas.

4.1 Las sentencias firmes condenatorias por faltas perseguibles de oficio no serán objeto de revisión aunque falte el requisito de perseguibilidad exigido en su nueva configuración como delito leve.

4.2.1 Las condenas a pena de localización permanente por conductas constitutivas de falta que tras la reforma pasan a ser delitos leves para los que solo está prevista la pena de multa, exigirán abrir el proceso de revisión de la sentencia.

4.2.2 Procede la revisión de las condenas por injurias del derogado artículo 620.2 *in fine*.

4.3 No serán objeto de revisión las conductas penadas como falta que en su configuración como delitos leves tengan señalada una pena igual o superior.

4.4 Atendida la nueva regulación del artículo 244, no serán objeto de revisión las condenas por falta de robo de uso de vehículos de motor ajenos, pero sí las condenas por falta de hurto de uso de vehículos de motor ajeno.

4.5 Las condenas por faltas contra la propiedad intelectual e industrial no serán objeto de revisión, a salvo el supuesto en el que habiéndose impuesto pena de localización permanente (privativa de libertad) el penado prefiera la imposición de una pena no privativa de libertad.

4.6 De todas las conductas recogidas en el derogado artículo 621, serán revisables las condenas por las faltas de imprudencia leve con resultado muerte o lesiones en tanto éstas conductas han quedado despenalizadas.

4.7 Los delitos configurados sobre la base de la comisión de faltas han sido derogados.

4.7.1 No procederá revisar la sentencia condenatoria dictada al amparo del derogado delito de hurto del artículo 234, párrafo segundo, si en alguna de las conductas que lo integraban concurriera alguna de las circunstancias establecidas en el nuevo artículo 235 o si los hechos declarados probados en la sentencia permiten la calificación por delito continuado de hurto. En caso contrario deberá abrirse el procedimiento de revisión de la sentencia siendo especialmente relevante la manifestación que a tal efecto realice el penado.

4.7.2 No procederá revisar la sentencia condenatoria conforme al derogado delito de robo o hurto de uso del artículo 244.1, inciso segundo, si alguna de las conductas que lo integraban hubieran sido realizadas con fuerza. Si todas ellas tuvieran la consideración independiente de hurto de uso, deberá abrirse el proceso de revisión valorando no solo la naturaleza de la pena impuesta sino también, para el caso en que se tratara de pena de multa, la extensión de la misma.

4.7.3 Si la pena impuesta por el derogado artículo 147.1, párrafo 2.º, hubiera sido de multa, solo procederá la revisión de la sentencia si por su extensión excediera de la resultante de sumar las varias penas de multa correspondientes a cada uno de las conductas tipificadas como delitos leves. Procederá en todo caso la revisión de la sentencia si la pena impuesta hubiera sido la de prisión.

4.7.4 Las condenas por el derogado artículo 299 CP (receptación habitual de faltas) deberán ser siempre objeto de revisión sustituyéndose la pena de prisión impuesta por la de multa.

4.7.5 No serán revisables las condenas por delito de prevaricación consistente en dictar sentencia injusta contra el reo en proceso por falta (art. 446.2.º), aunque se refiera a faltas que hayan sido despenalizadas. En los supuestos de delito de denuncia falsa (art. 456) si la imputación lo fue a una conducta constitutiva de falta que ha quedado despenalizada, falta un elemento del delito y debe entenderse que tal imputación es ahora imputación al recaer sobre un hecho atípico.

4.8 Deberán ser objeto de revisión todas las condenas por faltas cuyas conductas, antes previstas en los artículos 618.1 y 2, 619, 622, 630, 631.1, 633, 634 –cuando el sujeto pasivo sea agente de la autoridad–, 636 y 637 inciso segundo, al haber sido despenalizadas.

5.1 En tanto la pena prevista en la nueva regulación es igual o superior a la contemplada en la anterior, no serán objeto de revisión la mayor parte de las sentencias condenatorias por delito.

5.2 No procederá la revisión de las sentencias dictadas al amparo de los artículos 253 y 254 pues estas conductas están integradas en el contenido del nuevo artículo 254.1 CP.

6.1 Los daños en bienes militares en cuantía inferior 1.000 euros quedan excluidos del tipo del artículo 265, sancionándose tras la reforma conforme al tipo básico de daños del artículos 263.1.

6.2 Las condenas por el delito de administración desleal del derogado artículo 295, serán objeto o no de revisión de la sentencia en función de la cuantía del perjuicio y de la pena impuesta.

6.3 Las condenas por el delito contra los derechos de los trabajadores previsto en el artículo 315 serán siempre objeto de revisión pues de la penalidad conjunta de prisión y multa se ha pasado a la pena alternativa de prisión o multa.

6.4 Las condenas por el delito de inmigración ilegal previsto en el artículo 318 bis, deberán ser revisadas al pasarse de una pena única de prisión, a una pena alternativa de prisión o multa, y además reducirse la extensión de la pena de prisión.

6.5 Las condenas por el delito de daños sobre el patrimonio histórico previsto en el artículo 323 CP, también deberán ser revisadas al pasarse de una pena única de prisión, a una pena alternativa de prisión o multa.

6.6 En relación a las condenas por delito de malversación de los artículos 432, 433 y 434, solo será objeto de revisión la condena por la conducta prevista en el artículo 432.3. No obstante, en cualquiera de las sentencias condenatorias, deberá siempre tenerse en cuenta el nuevo tipo privilegiado del artículo 434.

6.7 Deberá abrirse en todo caso el proceso de revisión de sentencias por las condenas impuestas por delitos de resistencia o desobediencia grave.

6.8 La conducta contenida en el anterior artículo 559 deberá entenderse integrada tras la reforma en los tipos de desórdenes públicos de los nuevos artículos 557 o 557 bis y en relación con la penalidad en ellos establecida habrá de ser realizada la labor de determinación de la ley más favorable.

6.9 Las condenas por delito de corrupción de menores cuando la víctima al tiempo de los hechos tuviera más de dieciséis años deberán ser revisadas.

Las condenas impuestas a clientes de menores de más de dieciséis años (art. 187.1 CP), cuando se hubieran impuesto más de cuatro años de prisión, serán revisables.

7. Los Sres. Fiscales en los casos en los que detecten causas en que procediendo la revisión de la sentencia no se haya iniciado el procedimiento, solicitarán su activación al Juzgado o Tribunal sentenciador.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la aplicación del régimen transitorio derivado de la reforma operada por LO 1/2015, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

CIRCULAR 4/2015, SOBRE LA INTERPRETACIÓN DE LA NUEVA REGLA PENOLÓGICA PREVISTA PARA EL CONCURSO MEDIAL DE DELITOS

SUMARIO: 1. Antecedentes.–2. Concepto de concurso medial.–3. Casuística.–4. El nuevo sistema de determinación de la pena en los concursos mediales.–5. Filosofía de la reforma.–6. Interpretación de la nueva regla de determinación de la pena en el concurso medial.–7. Operaciones para concretar la pena en el concurso medial.–8. La necesidad de motivar la pena interesada.–9. Cuestiones de Derecho Transitorio.–10. Cláusula de vigencia.–11. Conclusiones

1. ANTECEDENTES

La equiparación del concurso medial al concurso ideal procede de la Escuela Clásica italiana, para la que el propósito perseguido por el autor del delito era la clave para delimitar la unidad o pluralidad de delitos, de forma que, concurriendo unidad de fin y pluralidad de derechos lesionados, el delito medio pasaba a valorarse como agravante.

El concepto del concurso de infracciones –si bien tiene elementos comunes– no tiene tratamiento unitario en el derecho comparado y, concretamente, la categoría de concurso medial no aparece en los Códigos Penales alemán (*Strafgesetzbuch*, § 52 a § 55), italiano (*del concorso di reati, articoli 71 y ss*), en el portugués (*concurso de crimes e crime continuado y punição do concurso de crimes e do crime continuado, artigos 30, 77 y 78*), ni en el francés (*des peines applicables en cas de concours d'infractions*, articles 132-2 a 132-7).

En el ámbito de los países iberoamericanos es relativamente frecuente encontrar el concurso medial en sus códigos, pero también hay países que prescinden de esta construcción (así, por ejemplo, México o Brasil).

Nuestros Códigos Penales (salvo en el CP de 1822, en el que no se regulaba expresamente la cuestión) siempre partieron de la asimilación de los concursos ideal y medial a efectos de su tratamiento punitivo y de la determinación de la pena. Igualmente siempre se siguió (con distintas variantes) la regla de aplicar la pena del delito más grave en su grado máximo, aplicando el sistema de absorción con agravación, con el límite derivado de penar separadamente ambos delitos. Este esquema general se repite en el artículo 77 del Código Penal de 1848, artículo 77 del Código Penal de 1850, artículo 90 del Código Penal de 1870 (en su redacción dada por Ley de 3 de enero de 1908), artículo 75 del Código Penal de 1932, artículo 71 del Código Penal de 1944 y artículo 71 del texto refundido de 1973. El artículo 164 del Código Penal de 1928 siguió, como en otros aspectos, un régimen singular.

El tratamiento penológico unitario con el concurso ideal se fundamenta en la ficción de que existe una unidad de acción basada en la unidad de pensamiento y voluntad (SSTS n.º 123/2003, 3 de febrero; 474/2004, 13 de abril, y 590/2004, 6 de mayo).

Es cierto, no obstante, que la Jurisprudencia expresó, en ocasiones, reservas acerca del acierto del tratamiento legal y punitivo de esta clase de situaciones concursales, como también lo hizo un sector de la doctrina científica, partiendo de su mayor semejanza con el concurso real que con el ideal. La STS de 15 de marzo de 1988 consideró que «propriadamente se trata de una modalidad o subforma del concurso real, que en nuestro Derecho se acarrea, al tiempo de su penalización, al sistema propio del concurso ideal.» En este sentido, el TS ha considerado alguna vez el concurso medial como una «rara figura en nuestras leyes», pero de aplicación inexcusable, incluso de oficio (SSTS n.º 2/1998, de 29 de julio, y 1837/2001, de 19 de octubre).

En el CP de 1995, antes de la reforma de 2015 el concurso medial tenía igualmente un tratamiento penológico equiparado al concurso ideal, estableciendo el artículo 77.2 CP que en estos casos se aplicará en su mitad superior la pena prevista para la infracción más grave, sin que pueda exceder de la que represente la suma de las que correspondería aplicar si se penaran separadamente las infracciones. En el apartado tercero se disponía que cuando la pena así computada exceda de este límite, se sancionarán las infracciones por separado.

El sistema incorporado al artículo 77 CP anterior a la reforma seguía también el de absorción con agravación, es decir, se imponía sólo la pena del delito más grave, aunque el marco penal se fijaba en su mitad superior. Por ende, se diferenciaba tanto del sistema de absorción, que comporta la aplicación directa de una sola penalidad, como del de exasperación, en el que se parte de un marco penal superior al del delito más grave. No obstante, se disponía la punición separada de las infracciones, es decir, la acumulación material, cuando de esta forma resultara una penalidad inferior. El precepto no determinaba si la comparación debía hacerse en abstracto o en concreto, pero la jurisprudencia tradicionalmente se decantó, no sin fluctuaciones, por la comparación en concreto (SSTS n.º 745/2005, de 16 de junio, y 513/2006, de 5 de mayo),

debiendo el Tribunal «precisar como paso previo cuál sería la pena a imponer a cada delito separadamente considerado en atención a los criterios contenidos en los artículos 61 y ss.» y «determinando el máximo imponible penando separadamente», criterio que ya mantenía la Consulta 6/1978, de 29 de septiembre, sobre la determinación de la gravedad de las penas a los efectos del párrafo 2 del artículo 71 del Código Penal.

La justificación era clara: se entendía que cuando se cometen varios delitos con esa relación medial, la reacción penal ha de ser más intensa que si se hubiera cometido un solo delito pero menos intensa que si se hubieran cometido varios sin relación entre sí, supuesto en el que se sigue el sistema de acumulación jurídica de los artículos 75 y 76 CP. Se consideraba procedente refundir las individualidades delictivas concurrentes por aparecer como meras fases de un solo proceso delictivo.

En palabras de la STS n.º 123/2003, de 3 de febrero, «parece que el fundamento de tal asimilación punitiva, de un caso de concurso real a las normas del concurso ideal, con la posible atenuación que ello supone, se encuentra en la existencia de una unidad de pensamiento y de voluntad que el legislador español asimila al caso de unidad de acción». Para la STS n.º 504/2003, de 2 de abril, «el supuesto de delito medio para la comisión de otro, realmente lo que regula es un concurso real con los efectos en la penalidad del concurso ideal. Por ello es llamado doctrinalmente concurso ideal impropio. La fundamentación del tratamiento punitivo radica en la existencia de una unidad de intención delictiva que el legislador trata como de unidad de acción».

2. CONCEPTO DE CONCURSO MEDIAL

Las novedades de la reforma operada por LO 1/2015 se ciñen a los efectos penológicos de cada modalidad concursal, no afectando al concepto de uno y otro concurso.

El CP se limita a distinguir dos supuestos: cuando un solo hecho constituya dos o más delitos (concurso ideal), y cuando uno de ellos sea medio necesario para cometer el otro (concurso medial).

Siguen siendo pues, aplicables, los criterios jurisprudencialmente consolidados para determinar cuándo nos encontramos ante un concurso medial. Debe partirse de que en el concurso medial no hay un solo hecho sino dos perfectamente diferenciados, pero interconectados en una relación teleológica de medio a fin, relación de necesidad que debe ser entendida en un sentido concreto y taxativo, no bastando el plan subjetivo del autor sino que será preciso que en el caso concreto un delito no pueda producirse objetivamente sin otro delito que esté tipificado como tal de forma independiente.

La dificultad para determinar la existencia del concurso medial estriba en dar un concreto contenido a la expresión «medio necesario» que exige el presupuesto del concurso. Ha sido la jurisprudencia la que ha ido aquilatando los supuestos.

Sin perjuicio de una futura Circular que aborde en profundidad las numerosas incógnitas aún no resueltas pacíficamente ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, a modo de recordatorio, deben tenerse en cuenta las siguientes pautas sobre el concurso medial:

La voluntad del autor no es suficiente para la configuración de este concurso ideal impropio, pues el Código exige que la relación entre los delitos sea necesaria, lo que deja fuera del concurso aquellos supuestos sujetos a la mera voluntad, a la mera conveniencia o a la mayor facilidad para la comisión del delito, siendo preciso que la conexión instrumental sea de carácter objetivo, superador del criterio subjetivo, que entre

en el ámbito de lo imprescindible en la forma en que realmente ocurrieron los hechos delictivos concurrentes (SSTS n.º 336/2014, de 11 de abril, 504/2003, de 2 de abril).

La STS n.º 1632/2002, de 9 de octubre, con cita de otras, afirma que «la determinación de cuándo un delito es medio necesario para cometer otro, no debe ser valorada en abstracto, sino en un sentido concreto y en relación específica con el fin último perseguido por el autor o autores de los diferentes hechos delictivos» aunque «tampoco cabe exigir una necesidad absoluta, pues esa exigencia chocaría con el concurso de leyes en la medida que esa exigencia supondría la concurrencia de dos leyes en aplicación simultánea».

Parece que un criterio seguro para la determinación de la «necesidad» es el de comprobar si en el caso concreto se produce una conexión típica entre los delitos concurrentes. Así, cuando en la comisión de un delito fin, por ejemplo la estafa, el engaño típico se materializa a través de otro delito, por ejemplo, falsedades, uso de nombre supuesto, etc., teniendo en cuenta las exigencias de conexión lógica, temporal y espacial, esa acción ha de ser tenida por necesaria para la consideración de delito instrumental (STS n.º 504/2003, de 2 de abril).

En todo caso el requisito de que el primer delito sea un medio necesario para cometer otro no significa que deba ser absolutamente imprescindible para la comisión del segundo.

A efectos de prescripción, debe recordarse que cuando conjuntamente se enjuician varios delitos se aplica a todos el plazo del más grave (STS n.º 1016/2005, de 12 de septiembre, con cita de otras) lo que en numerosas sentencias se ha declarado, en concreto, respecto del concurso medial (SSTS n.º 627/2009, de 14 de mayo, y 1006/2013, de 7 de enero).

3. CASUÍSTICA

En cuanto a la casuística, pueden citarse como supuestos más frecuentes los siguientes:

En los robos y detenciones ilegales «cuando la privación de libertad deambulatoria de la víctima se ejecuta en el seno de un delito de robo con violencia o intimidación la regla fundamental para conocer si estamos ante un concurso de normas (art. 8 CP) o de delitos, real (art. 73) o medial (art. 77) ha de ser una valoración jurídica según la cual, si la sanción por uno de los delitos fuera suficiente para abarcar la total significación antijurídica del comportamiento punible nos hallaríamos ante un concurso de normas; y en caso contrario, ante un concurso de delitos, real o ideal (SSTS n.º 1372/2011, de 21 de diciembre; 1424/2005, de 5 de diciembre). Si la privación de libertad es un instrumento necesario y proporcionado para el apoderamiento de la cosa habrá concurso de normas, con absorción de la detención ilegal por el robo violento; en caso contrario estaremos en un concurso de delitos (SSTS n.º 479/2003, de 31 de marzo; 12/2005, de 20 de enero; 383/2010, de 5 de mayo, y 1323/2009, de 30 de diciembre).

Las posibilidades en los robos y detenciones ilegales son, básicamente, tres:

1) Se descarta el concurso de delitos en los supuestos de mínima duración temporal, en los que el compromiso de la libertad queda ceñido al tiempo y la ocasión del despojo conforme a la dinámica comisiva empleada. De esta manera, el robo absorbe (art. 8.3 CP) al posible delito de detención ilegal ya que *per se* afecta, aun cuando sea de

modo instantáneo, a la libertad ambulatoria del perjudicado (SSTS n.º 501/2004, de 14 de abril, y 430/2009, de 29 de abril).

2) Habrá concurso medial de delitos cuando la detención sea medio necesario para cometer el robo y se produzca durante la ejecución de éste, si la privación de libertad por sí misma en su ejecución y circunstancias (inmovilización, encierro, ataduras, etc.) tiene una relevancia tal que rompe la estricta relación de funcionalidad, afectando de manera autónoma al bien jurídico tutelado por el delito de detención ilegal, que, por ello, resultaría desprotegido con la sola aplicación del delito contra la propiedad (*vid.* en esta línea, STS n.º 178/2007, de 7 de marzo, entre muchas).

3) El concurso sería real cuando la privación de libertad tenga lugar después de cometido el robo o se prolongue de manera gratuita, desde el punto de vista de la necesidad de asegurar el fin perseguido por este, para el que, por ello, en el exceso o la prolongación, ya no sería medio (STS n.º 273/2003, de 28 de febrero, también entre muchas otras).

Por contra, se descarta el concurso medial entre el delito de hurto de uso y robo violento, aunque en la intención del autor el uso del vehículo fuese el medio diseñado para la comisión del delito, al faltar el elemento de la necesidad. De igual manera, se excluye el concurso medial entre el delito de tenencia lícita de armas y el robo violento (STS n.º 504/2003, de 2 de abril).

El TS ha considerado la relación entre el delito de cohecho y la comisión del delito para el cual se cohecha como de concurso real y no medial (STS n.º 504/2003, de 2 de abril, con prevaricación).

Tampoco se aprecia el concurso medial entre homicidio y tenencia ilícita de armas pues «la autonomía de las dos infracciones resulta palmaria» (STS n.º 1458/2004, de 10 de diciembre).

El robo de armas a un policía y la tenencia ilícita de armas tampoco entraría en concurso medial pues no existe «una conexión de necesidad de carácter objetivo» (STS n.º 460/2006, de 26 de abril). Para esta resolución «la figura del concurso medial no resulta fácilmente aplicable a supuestos en los que el pretendido delito fin sea de los llamados de carácter permanente o de efectos permanentes, que algún sector doctrinal han caracterizado como causantes de un estado de consumación permanente, pues en estos casos, aun cuando el inicio del delito pudiera ponerse hipotéticamente en relación de medio a fin con otra infracción, lo cierto es que al mantenerse la consumación por un tiempo relevante esa primera infracción deja de tener la consideración de necesaria».

Es obvio que para la detención ilegal no es precisa, en sentido objetivo, la causación de lesiones físicas, por lo que su concurrencia será de acuerdo a las normas del concurso real (STS n.º 590/2004, de 6 de mayo).

En cuanto a las agresiones sexuales y detenciones ilegales «cuando la privación de libertad de la víctima no está completamente desvinculada del ilícito acto (de agresión sexual), ni se desarrolla durante el tiempo estrictamente imprescindible del episodio central del delito (de agresión sexual) –aunque no pierda su relación con la actividad atentatoria a la libertad sexual–, la privación de libertad de la víctima alcanza entidad propia y es penalmente reprochable por sí misma, aunque por el contexto en que se desarrolla ha de considerarse como un medio para alcanzar el objetivo pretendido por los autores, de suerte que deberá ser contemplada como un instrumento al servicio del proyecto perseguido. Dicho en otras palabras, se trataría de un delito cometido como medio necesario para cometer el principal perseguido por los autores, por lo que estaríamos ante un concurso medial o instrumental contemplado en el artículo 77 CP» (SSTS n.º 48/2012, de 1 de febrero, 1024/2011, de 11 de octubre, 1250/2009, de 10 de febrero).

La STS n.º 1302/2011, de 29 de noviembre, considera que el allanamiento previo a la violación está en relación instrumental y aprecia concurso medial entre ambos.

El delito de falsedad en documento mercantil, artículos 392 y 390 a diferencia de la falsedad en documento privado, constituye un delito autónomo respecto a la estafa correlativa, en concurso medial (SSTS n.º 1016/2010, de 24 de noviembre, 1538/2005, de 27 de diciembre, 1409/2002, de 6 de septiembre, 441/2006, de 5 de abril).

La falsificación del pasaporte y tarjeta de identidad en correspondencia con la tarjeta de crédito también falsificada son medio para cometer la estafa, que no puede absorber tales delitos a diferencia de lo que ocurre con las falsedades en documento privado (SSTS n.º 979/2005, de 18 de julio, 1111/2006, de 15 de noviembre, y 305/2011, de 12 de abril).

La STS n.º 17/2005, de 3 de febrero, califica también de instrumental la relación entre las falsificaciones de actas de inspección que un inspector de Hacienda realiza para cometer defraudación a la Hacienda Pública y estafa.

El robo de la droga y el delito contra la salud pública «son del todo independientes y perfectamente diferenciadas entre sí (...) es discutible la configuración, en este caso, de un concurso de delitos, pero que, de llevarse a cabo, sin duda estaríamos ante un concurso medial, o instrumental, del artículo 77 del Código Penal (STS n.º 1941/2002, de 22 de noviembre).

El robo con violencia y las lesiones causadas durante su ejecución entran en concurso real y no medial (STS n.º 201/2009, de 28 de febrero).

Conforme a la Circular 5/2011, de 2 de noviembre, sobre criterios para la unidad de actuación especializada del Ministerio Fiscal en materia de extranjería e inmigración la realización de conductas favorecedoras de la inmigración clandestina por parte del funcionario público puede consistir tanto en conductas desarrolladas en la propia frontera no oponiéndose al pase del inmigrante, como cuando este colabora en la tramitación fraudulenta o falsaria de expedientes dirigidos a obtener permisos de entrada o residencia en España de extranjeros no residentes en territorio nacional. En estos casos, además de realizar la conducta típica de un delito contra los derechos de los ciudadanos extranjeros previsto y penado en el artículo 318 bis apartado 1.º, 2.º, 3.º (en su caso continuado, en relación con el artículo 74 CP), se produciría un concurso medial del artículo 77.1 CP con un delito de cohecho previsto y penado en el artículo 423.1 CP, y, en su caso con el delito de falsedad del artículo 390 CP.

No debe considerarse aplicable el régimen del concurso medial a los delitos cometidos para procurar la impunidad de otros entre los que sólo surge el efecto procesal de la conexidad previsto en el artículo 17 LECrim.

4. EL NUEVO SISTEMA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN LOS CONCURSOS MEDIALES

La LO 1/2015 modifica el artículo 77.3 y establece la nueva penalidad del concurso medial.

Se establece literalmente que se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y que no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Dentro de estos límites, el juez o tribunal individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el artículo 66. En todo caso, la pena impuesta no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo anterior.

La redacción finalmente aprobada coincide con la del Anteproyecto de 2012, con la única salvedad de que en éste no se contenía el límite de que la pena impuesta no puede exceder del límite de duración previsto en el artículo 76 CP.

5. FILOSOFÍA DE LA REFORMA

El Preámbulo de la LO 1/2015 nada aclara en relación con la reforma de las reglas de determinación de la pena en los supuestos de concurso medial.

El Anteproyecto de 2012 sí establecía en su Exposición de Motivos una explicación: «se modifican las reglas de fijación de la pena en los supuestos de (...) concurso de delitos, con la finalidad de evitar las consecuencias arbitrarias que se plantean en la actualidad (...) se revisa el sistema de fijación de las penas, de modo que en estos casos deberá imponerse una pena superior a la pena concreta que habría correspondido por la infracción más grave cometida, e inferior a la suma de las penas correspondientes a todas ellas. De este modo se evita la situación actual, en la que de modo no infrecuente, la reiteración delictiva no tiene reflejo en la agravación de la pena ya impuesta por uno o varios delitos semejantes ya cometidos».

El Consejo Fiscal, en su informe al Anteproyecto, consideró que «... carece de justificación la idéntica respuesta penal que en la actualidad se otorga al concurso ideal y al medial... El concurso medial en realidad constituye una modalidad de concurso real. Por ello, se estima razonable diferenciar la respuesta penal de ambas figuras».

El Legislador pretende romper con el sistema precedente y deja sin efecto la asimilación del concurso medial al ideal a efectos penológicos. La filosofía que parece subyacer es la de dar al concurso medial un tratamiento más severo que el establecido para el concurso ideal pero no tan riguroso como el del concurso real.

Es claro, pues, que habrá de superarse la costumbre arraigada en la praxis y justificada por la identidad de tratamiento penológico, de denominar indistintamente concurso ideal tanto a los supuestos en los que un solo hecho constituya dos o más infracciones como a los supuestos en los que una infracción sea medio necesario para cometer otra. En la conclusión segunda del escrito de calificación, los Sres. Fiscales deberán determinar con toda precisión si el concurso es ideal y consiguientemente, se aplica la regla establecida en el artículo 77.2 CP o si por el contrario es medial y entra en juego la regla prevista en el artículo 77.3 CP.

6. INTERPRETACIÓN DE LA NUEVA REGLA DE DETERMINACIÓN DE LA PENA EN EL CONCURSO MEDIAL

El Legislador de 2015 opta por diseñar un sistema para determinar la pena aplicable al concurso medial que pivota en torno a una pena híbrida que se forma con las penas de las infracciones concurrentes, con unos límites cuantitativos comprendidos entre un mínimo (la prevista para el delito más grave, umbral que habrá de ser excedido en la concreción final) y un máximo (la suma de las penas concretas que se hubieran impuesto a los delitos de haberse castigado por separado, límite que no podrá ser sobrepasado). Una vez establecido el mínimo y el máximo, este marco cuantitativo constituirá una nueva pena, a la que habrán de aplicarse los criterios del

artículo 66, como mecanismo final de individualización a fin de abarcar el desvalor total del complejo concursal.

Debe ahora determinarse –es este, sin duda, el *punctus pruriens* de toda la regulación– a qué se refiere el nuevo artículo 77.3 CP cuando establece que se impondrá una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave.

Es cierto que cabría entender que con «una pena superior» se alude a la pena superior en grado, esto es, a una elevación por encima del marco legal de la pena correspondiente a la infracción más grave, combinando así el criterio de absorción de las penas en la correspondiente a la infracción más grave, con el de exasperación, que impone la subida de grado, operando en todo caso, el límite que pueda representar, conforme al criterio de acumulación, la suma de las penas individuales por separado.

Esta interpretación se compadece con la *voluntas legislatoris* de intensificar la respuesta penal del concurso medial por su proximidad con el concurso real.

Sin embargo, conforme a una interpretación sistemática, cuando el Legislador quiere tal efecto, utiliza una referencia totalmente consolidada: la pena superior en grado (*vid.* artículos 66.4, 66.5, 74, 164, 177 bis, 281, 302, 327, 345, 370, 371, entre otros). En este sentido el artículo 70 CP expresamente y con carácter general dispone cómo operar para determinar la pena superior e inferior en grado a la prevista por la Ley para cualquier delito. Cuando el Código Penal faculta u obliga a aplicar una pena 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, indefectiblemente utiliza la expresión «pena superior en grado».

Por contra, el artículo 77.3 no remite a la pena superior en grado, sino a «una pena superior a la que habría correspondido». No parece que conforme al principio *odiosa sunt restringenda* quepa optar por esa exégesis contra reo. Las dudas que esta oscura referencia plantea habrán de resolverse decantándose por entender que la pena superior implica una pena más elevada a la representada por la pena concreta imponible para el delito más grave, pero dentro del mismo marco penal.

El informe del CGPJ al Anteproyecto de 2012 expresamente advirtió de que «si lo que realmente se quiere es endurecer el régimen jurídico del concurso medial se estima necesario estatuir, para este supuesto, la imposición de la pena superior en grado, con el límite de la suma de las penas correspondiente a cada una de las infracciones».

En el mismo sentido, el informe del Consejo de Estado al Anteproyecto de 2012, advirtió que «el concurso ideal podría resultar sancionado con una pena superior, pues para aplicar la regla del apartado 3 bastaría con elevar un mínimo la pena concreta aplicable, en ese caso, para la infracción más grave», considerando que «si el objetivo del Anteproyecto en este punto fuese, como parece también deducirse del apartado IV de la exposición de motivos, “evitar las consecuencias arbitrarias que se plantean en la actualidad”, el apartado 3 del artículo 77 debería prever la imposición de la pena “superior en grado” a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave, y no simplemente “una pena superior”».

El hecho de que, pese a la doble advertencia, no se siguieran tales recomendaciones refuerza la tesis de que –más allá de la inicial voluntad del Prelegislador– no se ha querido establecer tal regla penológica. Si lo que se pretendía era establecer un tratamiento más severo para los casos de pluralidad delictiva debía haber seguido las recomendaciones del Consejo General del Poder Judicial y del Consejo de Estado.

7. OPERACIONES PARA CONCRETAR LA PENA EN EL CONCURSO MEDIAL

La primera operación es la de seleccionar la infracción más grave, que será aquella que lleve aparejada una pena más grave, conforme al artículo 33 CP. En el caso de que todas las penas sean de igual gravedad, cabe optar por cualquiera de ellas. Para determinar cuál de los delitos es «la infracción más grave», habrá de tenerse en cuenta el grado de ejecución y la participación (arts. 62 y 63 CP), en cuanto constituyen –según cualificada doctrina– formas de tipicidad autónomas que el Código Penal incorpora a su Parte General por razones sistemáticas, así como las eximentes incompletas (art. 68 CP), y el error de prohibición vencible (art. 14.3 CP), en cuanto constituyen institutos con eficacia limitadora del marco penal aplicable al delito.

Dentro de este marco, la tarea de concreción de la pena se completará mediante la aplicación de todas las reglas del artículo 66 CP concernientes al juego de las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal de naturaleza común. En todo este trabajo de individualización de la pena se atenderá exclusivamente a las circunstancias concurrentes en el delito más grave, sin entrar a valorar, de momento, las circunstancias subjetivas y objetivas que acompañaron a la comisión del otro delito en concurso.

La pena resultante para la infracción más grave, en su concreta expresión, es la que va a delimitar el umbral de esa pena única que el precepto analizado destina a abarcar el completo desvalor de los delitos concurrentes.

Definido el umbral de la sanción aplicable al conjunto de las infracciones, el techo o límite superior vendrá dado por la adición de las penas concretamente imponibles a cada delito concurrente, tras haberse apreciado en cada uno de ellos las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal respectivamente aplicables.

Determinados ya techo y suelo, el siguiente paso previsto en la norma es la individualización final de la pena «dentro de estos límites» y «conforme a los criterios expresados en el artículo 66» según su tenor literal. El mandato de operar dentro de los límites les confiere un carácter infranqueable, lo que permite afinar el sentido que ha de otorgarse al segundo inciso, que no alude a las «reglas» del artículo 66, sino a sus criterios o fórmulas de moderación equitativa. En esta segunda fase, se ponderarán de modo conjunto las circunstancias concurrentes en ambos delitos para delimitar la pena que habrá de abarcar el desvalor de ambas conductas, aunque sin posibilidad de traspasar, sea por elevación, sea por degradación, los límites definidos por la previa aplicación de las reglas de los artículos 61 a 72 CP a las infracciones en concurso.

La concreta pena final imponible al concurso medial habrá de ser necesariamente una pena más elevada a la que concretamente correspondería al delito más grave, pero nunca superior a la suma de las penas imponibles a cada uno de los delitos concurrentes. Este incremento punitivo habrá de definirse, respetando el principio de proporcionalidad, valorando la entidad y las circunstancias concurrentes en ambos delitos de modo que se abarque el desvalor de los delitos en concurso, pero sin sujeción a las reglas del artículo 66 CP, cuya operatividad ya se ha agotado en la concreción de las penas imponibles a todos los delitos concurrentes.

Habrán pues de ponderarse exclusivamente en la concreción final de la pena los criterios del artículo 66.1.6.^a (circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad de los hechos), por lo que no será preciso delimitar una mitad inferior y una mitad superior. En esta última operación individualizadora habrá de ser valorada en conjunto la entidad jurídico penal de los hechos, tratando de dar respuesta al total desvalor del complejo concursal.

Siempre habrá de operarse con tres límites: 1) la pena final habrá de ser superior a la concretamente imponible para el delito más grave; 2) la pena final no podrá superar la suma de las penas concretas que hubieran sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos, y 3) la pena final no podrá exceder del límite de duración previsto en el artículo 76.

Cuando las penas imponibles por los delitos que integren el concurso medial sean penas heterogéneas (un delito sancionado con prisión y el otro con multa) el tope mínimo se cifrará en la pena concreta que correspondería al delito sancionado con prisión y el tope máximo se integraría por las penas concretas que corresponderían al delito sancionado con prisión y al delito sancionado con multa.

Un ejemplo puede ilustrar las operaciones a realizar: si se trata de una acusación por robo con intimidación (art. 242 CP, pena de dos a cinco años) en el que concurre la atenuante de reparación del daño, en concurso medial con una detención ilegal (art. 163 CP, pena de cuatro a seis años), en la que concurre la agravante de reincidencia, ambos delitos consumados y en concepto de autor, las operaciones a realizar serían las siguientes:

Determinación de la pena imponible al delito más grave: sería el de detención ilegal en el que concurre reincidencia: se impondría la mitad superior, y por tanto, la pena de cinco años y un día, por ejemplo.

Determinación de la pena imponible al delito menos grave: robo con intimidación concurriendo una atenuante: se impondría, por ejemplo (partiendo de que en el caso concreto no concurre ningún factor que justifique una mayor punición) el mínimo de la mitad inferior: pena de dos años de prisión.

Determinación del tope máximo imponible: suma de las penas concretas imponibles a los delitos concurrentes: siete años y un día de prisión.

Por tanto, dentro de la horquilla que va desde los cinco años y un día (umbral que ha de ser excedido) a los siete años y un día de prisión (límite que no podrá ser sobrepasado), habrá de concretarse la pena finalmente individualizada. Dentro de este marco abstracto y para llevar a cabo la individualización final habrían de aplicarse los criterios del artículo 66.1.6.º CP, teniendo en cuenta la gravedad de ambos hechos y las circunstancias del autor y, consecuentemente, podría aplicarse, por ejemplo, la pena de cinco años y seis meses de prisión.

Pese a lo que parece ser la *voluntas legislatoris*, es lo cierto que con este nuevo sistema en ocasiones los hechos pueden ser sancionados con una pena inferior a la que correspondería conforme a la regla penológica prevista para el concurso ideal. Los Sres. Fiscales, como orientación general, y en la medida en que la pena síntesis resultante lo permita, tenderán a concretar la pena final en una extensión que no sea inferior a la que correspondería al concurso ideal puro.

En realidad, el nuevo sistema vendría a otorgar mayores márgenes de discrecionalidad al Juzgador a la hora de concretar la pena imponible en supuestos de concurso medial, pero siempre con dos límites: la pena resultante nunca puede ser igual o inferior a la pena concreta imponible por el delito más grave (lo que viene impuesto por la naturaleza de las cosas pues en otro caso, el concurso medial podría pensarse con pena inferior a la que correspondería si sólo se hubiera cometido un delito) y nunca puede ser superior a la que se impondría castigando los hechos por separado (lo que igualmente viene impuesto por el propio reconocimiento del concurso medial como supuesto singular y privilegiado respecto del concurso real).

Tratando de sintetizar, el nuevo tratamiento del concurso medial tras la reforma operada por LO 1/2015 sigue el modelo de absorción con agravación, aunque la agravación imperativa podría ser, teóricamente, mínima.

Los Sres. Fiscales en todo caso se atenderán a la interpretación propuesta, como más beneficiosa para el reo en tanto no se consolide una línea jurisprudencial opuesta.

8. LA NECESIDAD DE MOTIVAR LA PENA INTERESADA

El deber de motivar las sentencias se concreta «en la necesidad de razonar la cuantía concreta de la sanción o sanciones que se imponen» (STS n.º 850/2003, de 11 de junio). El derecho del justiciable a recibir una respuesta razonada no puede quedar satisfecho si el Tribunal que lo juzga no explicita las razones por las que le impone una determinada magnitud de pena, extremo de la sentencia que es, en la mayoría de los casos, el que más intensamente afecta a sus derechos y a su vida futura (STS n.º 455/2002, de 13 de marzo). La fijación de la pena debe ser considerada como uno de los elementos más relevantes y como tal, debe estar soportada por la oportuna motivación –motivación reforzada–. Hoy puede afirmarse que el proceso penal más que un medio de control social, debe ser considerado como esquema racional para justificar la pena, y por ello el ejercicio del *ius puniendi* del Estado (STS n.º 171/2009, de 24 de febrero).

El TS exige que el juzgador justifique la opción elegida entre las dos previstas en el artículo 77 CP anterior a la reforma, es decir, la punición conjunta o separada, debiendo efectuar las operaciones pertinentes por ambos procedimientos, porque de no hacerlo, esa omisión es motivo de casación. En otro caso se apreciaba omisión del deber de motivar un aspecto nuclear de la decisión, cual es la pena impuesta, omisión aún más grave cuando ésta sea privativa de libertad (*vid.* SSTS n.º 171/2009, de 24 de febrero, 878/2009, de 7 de septiembre, y 580/2010, de 16 de junio).

Esta pauta seguirá siendo aplicable *mutatis mutandis* al nuevo sistema. Aunque ya no hay propiamente una opción entre la pena del delito más grave en su mitad superior y las penas de los delitos por separado, toda vez que el arbitrio judicial es mayor, la necesidad de motivar la pena impuesta se incrementa.

Deberán también los Sres. Fiscales, por vía de informe, explicar y justificar el quantum de pena propuesto. Como quiera que el escrito de acusación por su propia estructura no es apto para proporcionar tales explicaciones, habrán de contenerse en el extracto, para que a través del informe oral pueda exponerse al órgano sentenciador el fundamento de la pena elegida (arts. 734 y 788.3 LECrim).

No está de más recordar aquí las consideraciones que en relación con el extracto y el visado se contenían en la Instrucción 1/2005, de 27 de enero, sobre la forma de los actos del Ministerio Fiscal: «el visado, además de su función básica como mecanismo para salvaguardar la unidad de actuación del Ministerio Público, ha de servir de control de calidad para garantizar al Fiscal que acude a juicio un extracto suficiente, claro y coherente con el escrito de calificación. Por tanto, el Fiscal encargado del visado de las calificaciones habrá de comprobar que los extractos cumplen tales requisitos». Los Sres. Fiscales encargados del visado habrán de comprobar especialmente que en el extracto se explique y justifique la pena impuesta al amparo del artículo 77.3 CP.

9. CUESTIONES DE DERECHO TRANSITORIO

El nuevo régimen transitorio del concurso medial en muchos casos no va a imponer por sí la revisión de causas resueltas por sentencia firme, pues la pena que se hubiera impuesto ordinariamente sería imponible con la nueva regulación. No obstante, no cabe acuñar reglas generales y habrán de hacerse los cálculos para cada supuesto concreto.

En las causas en tramitación habrá de analizarse en cada caso sí, atendiendo a las concretas circunstancias concurrentes, es más beneficioso el nuevo régimen.

En todo caso, debe partirse de la disposición transitoria primera de la LO 1/2015, por lo que para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con la aplicación de las normas completas del Código en su redacción anterior y con las del Código resultante de la reforma. Ello implica el que para aplicar el artículo 77 redactado conforme a la LO 1/2015, deberá igualmente aplicarse la pena correspondiente a los nuevos tipos penales. En definitiva, lo que no procederá es aplicar el nuevo artículo 77 CP manteniendo la calificación y las penas sin tener en cuenta las novedades introducidas por la LO 1/2015.

10. CLÁUSULA DE VIGENCIA

La presente Circular no afecta a la vigencia de Circulares anteriores.

11. CONCLUSIONES

1.º En relación con el concurso medial, las novedades de la reforma operada por LO 1/2015 se ciñen a sus efectos penológicos, no quedando afectado su concepto. Siguen siendo pues, aplicables, los criterios jurisprudencialmente consolidados para determinar cuándo nos encontramos ante esta modalidad de concurso.

2.º En la conclusión segunda del escrito de calificación los Sres. Fiscales deberán determinar con toda precisión si el concurso es ideal y consiguientemente se aplica la regla establecida en el artículo 77.2 CP o si por el contrario es medial y entra en juego la regla prevista en el artículo 77.3 CP.

3.º El artículo 77.3 CP no remite a la pena superior en grado, sino a «una pena superior a la que habría correspondido». Esta pena superior implica una pena más elevada a la representada por la pena concreta imponible para el delito más grave, sin que en ningún caso pueda exceder de la suma de las penas concretas imponibles por los delitos en concurso.

4.º La reforma operada por LO 1/2015 sanciona el concurso medial con una pena híbrida o pena síntesis que se forma con las penas de las infracciones concurrentes, con unos límites cuantitativos comprendidos entre un mínimo (la pena concreta que se impondría al delito más grave) y un máximo (la suma de las penas concretas que se impondrían a los delitos para el caso de que se castigaran por separado). Para individualizar dentro de los límites de esta pena síntesis la concreta pena imponible habrán de aplicarse los criterios del artículo 66.1.6.ª CP (circunstancias personales del delincuente y mayor o menor gravedad del hecho). Esta individualización final debe

estar orientada hacia la traducción penológica del desvalor total del complejo delictivo. La pena final habrá de ser siempre superior en al menos un día a la concretamente imponible al delito más grave.

5.º En la operación de individualización final no se han de aplicar las reglas del artículo 66 CP, cuya funcionalidad ya se ha agotado en la construcción de los límites mínimo y máximo de la pena síntesis.

6.º Nunca podrá imponerse una pena igual o inferior a la pena mínima imponible al delito más grave.

7.º Deberán los Sres. Fiscales, por vía de informe, explicar y justificar la pena interesada y las operaciones efectuadas para su cálculo. Como quiera que el escrito de acusación por su propia estructura no es apto para proporcionar tal explicación, la misma habrá de contenerse en el extracto, para a través del informe oral exponer al órgano sentenciador el fundamento de la opción elegida (arts. 734 y 788.3 LECrim).

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la aplicación de la nueva regla establecida para el concurso medial, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

CIRCULAR 7 /2015, SOBRE LA EXPULSIÓN DE CIUDADANOS EXTRANJEROS COMO MEDIDA SUSTITUTIVA DE LA PENA DE PRISIÓN TRAS LA REFORMA OPERADA POR LA LO 1/2015

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Ámbito subjetivo de la expulsión sustitutiva.–3. Ámbito objetivo. 3.1 Penas de prisión de hasta un año de duración. 3.2 Penas de prisión de un año y un día de duración hasta cinco años. 3.3 Penas de prisión de duración superior a cinco años, o penas de prisión que sumadas tengan una duración superior a cinco años.–4. Excepciones a la aparente imperatividad de la medida. 4.1 Excepción relativa o de orden político-criminal. 4.2 Excepción absoluta: la necesidad de que la expulsión sea proporcionada.–5. Restricciones derivadas del estatuto jurídico que ampara a ciertos extranjeros. 5.1 Ciudadanos de la UE y asimilados. 5.1.1 *Régimen general*. 5.1.2 *Régimen especial para ciudadanos de la UE residentes durante más de diez años*. 5.1.3 *Improcedencia de aplicar la expulsión sustitutiva completa a ciudadanos de la Unión Europea*. 5.2 Otros extranjeros sometidos a régimen especial. 5.2.1 *Apátridas*. 5.2.2 *Asilados y protegidos internacionalmente*. 5.2.3 *Indocumentados y ciudadanos cuya nacionalidad u origen no pueden determinarse*.–6. Tiempo y forma de la resolución judicial.–7. Definición del plazo de duración de la prohibición de regreso al territorio español.–8. Reversibilidad de la decisión de expulsión.–9. Aseguramiento cautelar de la ejecución.–10. Imposibilidad de ejecución.–11. Quebrantamiento de la prohibición de regreso.–12. Sustitución judicial de las medidas de seguridad por la expulsión.–13. Cláusula de vigencia.–14. Conclusiones.

(...)

14. CONCLUSIONES

1.^a Las penas de prisión de duración igual o inferior a un año no son susceptibles de sustitución por expulsión. Procederá, en consecuencia, su ejecución penitenciaria o su suspensión condicional si concurren los requisitos de los artículos 80 y ss. CP.

2.^a Si una sentencia impone al mismo ciudadano extranjero dos o más penas de prisión y ninguna de ellas individualmente considerada excede la duración de un año, no procederá su expulsión aunque la suma de las penas rebase dicho límite.

3.^a Si a un ciudadano extranjero se le imponen en la misma sentencia dos o más penas de prisión de las que sólo una o algunas superan el umbral de un año de duración, se podrá solicitar, si concurren los restantes requisitos para la aplicación de la medida, la sustitución de todas ellas por expulsión. Igual solución cabe dar cuando la pena o penas de prisión de duración superior a un año van acompañadas de otras penas de distinta naturaleza, esto es, la concurrencia de dichas penas no impedirá la aplicación de la medida de expulsión.

4.^a En los supuestos del artículo 89.1 CP –penas de prisión de más de un año y hasta cinco– los Sres. Fiscales solicitarán la sustitución completa de la pena por expulsión del territorio nacional. Excepcionalmente instarán la sustitución parcial cuando a la vista de la naturaleza y gravedad de los hechos que han motivado la condena se aprecie una necesidad efectiva de afirmar el ordenamiento jurídico mediante su cumplimiento en Centro Penitenciario, a cuyo fin se tomarán en consideración los criterios orientativos fijados en el apartado 4.1 de la presente Circular. En ningún caso se emitirá dictamen favorable a la suspensión condicional en los términos del artículo 80 y ss. CP.

5.^a En los supuestos del artículo 89.2 CP, los Sres. Fiscales interesarán el cumplimiento total o parcial de la condena en atención a las circunstancias concretas del caso y a la necesidad de realizar los fines de prevención general en los términos indicados en el apartado 4.1 de esta Circular.

6.^a En todo caso, iniciada la ejecución de la pena de prisión, el acceso al tercer grado de clasificación penitenciaria y la obtención de la libertad condicional traerán consigo la expulsión del extranjero en sustitución del resto de la pena. Como consecuencia de ello, los Fiscales interesarán del juez o tribunal que determine en sentencia o en auto motivado posterior que la expulsión se producirá cuando acceda el penado al tercer grado de clasificación penitenciaria o a la libertad condicional y concretarán en sus escritos de calificación el plazo de prohibición de regreso a España que se le habrá de imponer a contar desde que la expulsión se haga efectiva.

7.^a La expulsión sustitutiva no se aplicará, en ninguna de sus modalidades, si resulta desproporcionada.

8.^a Para valorar la proporcionalidad de la medida se tomará en consideración el tiempo de residencia del penado en España, su situación familiar y económica, su integración laboral, social y cultural y los vínculos con el país de origen. En cualquier caso el arraigo familiar exige para poder excluir la aplicación del artículo 89 una relación de convivencia real y estable y sólo puede provenir de las relaciones con los parientes próximos, entendiéndose por tales los padres y hermanos, cónyuges o parejas de hecho, e hijos –matrimoniales o no–, siempre que residan en España, u otros familiares con los que se acredite una relación estable de dependencia material o económica.

9.^a Cuando la expulsión del extranjero haya sido desechada por resultar desproporcionada, no habrá impedimento para que pueda serle aplicada alguna de las modalidades de suspensión condicional previstas en los artículos 80 y ss. CP si reúne los requisitos necesarios para beneficiarse de ellas.

10.^a La sustitución de la pena de prisión impuesta a un ciudadano de la UE y asimilados por expulsión del territorio español sólo será posible si concurren graves razones de orden público o seguridad pública; si lleva más de diez años residiendo en España será preciso, además, que se encuentre incluido en alguno de los supuestos tasados en el artículo 89.4, 3 CP. La sustitución será siempre parcial.

11.^a Los apátridas e indocumentados no están excluidos del régimen del artículo 89 del CP. No obstante, en ambos casos habrán de tenerse en cuenta las enormes dificultades que la medida de expulsión entraña. En el caso de los apátridas, deberá ofrecérseles un plazo de 30 días prorrogables para que se pueda gestionar su admisión legal en otro país.

12.^a Si desde la firmeza de la sentencia o auto que acuerden la expulsión sustitutiva de un ciudadano extranjero transcurren, por cualquier causa, más de dos años sin que ésta se haya ejecutado, podrá reconsiderarse la decisión judicial si hay motivos suficientes para creer que la situación del extranjero ha experimentado tal variación, en sentido favorable a su arraigo en España, que el cumplimiento de la medida haya devenido desproporcionado. Los Sres. Fiscales interesarán en tal caso que se abra un incidente en la ejecutoria con el fin de dar audiencia al penado asistido por su Letrado y a las restantes partes, si las hubiere. Este incidente se abrirá automáticamente si se trata de ciudadanos de la UE. Cabrá también excepcionalmente la reconsideración antes de los dos años, si concurre causa justificada.

13.^a En todo escrito de calificación provisional en el que se dirija la acusación contra un ciudadano extranjero, los Sres. Fiscales expondrán su postura en lo que atañe a la aplicación del artículo 89 CP. Ello implica:

13.1 Que en la conclusión primera se indicará la filiación del extranjero y su situación administrativa en España. Si se considera que el extranjero mantiene vínculos efectivos y actuales de carácter familiar, laboral o social en España se especificarán de manera sucinta pero suficiente.

13.2 Que en la conclusión quinta deducirán pretensión de sustitución de la pena de prisión por expulsión si resulta procedente en los términos de la Ley, indicando si la sustitución afecta a toda la pena, o a una parte, y concretando la porción cuyo cumplimiento se interesa. Se habrá de solicitar asimismo que se le imponga la prohibición de regresar a territorio español en los términos del artículo 89.5 CP, incluso en los casos en que se haya pedido por razones de prevención general el cumplimiento total de la pena, ante la eventualidad de que se le expulse al alcanzar el tercer grado de clasificación penitenciaria o la libertad condicional.

Si se estima que no procede la sustitución por desproporción de la medida, se indicará expresamente.

13.3 Que mediante otrosí se instará el ingreso o permanencia del acusado en prisión en garantía del cumplimiento de la medida, su internamiento en un CIE, o, excepcionalmente, el otorgamiento de un plazo de cumplimiento voluntario de la medida.

14.^a Si materializada la expulsión, el extranjero aparece de nuevo en territorio español, con carácter general se informará desfavorablemente la reducción de pena prevista en el artículo 89.7 CP. Excepcionalmente se informará a favor de la reducción de la pena si se constata que el penado ha respetado en su mayor parte el tiempo de prohibición de regreso y que el regreso no obedece a móviles espurios.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme en la aplicación de la nueva regulación sobre la expulsión sustitutiva de la pena, los Sres. Fiscales se atenderán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.

CIRCULAR 8/2015, SOBRE LOS DELITOS CONTRA LA PROPIEDAD INTELECTUAL COMETIDOS A TRAVÉS DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN TRAS LA REFORMA OPERADA POR LEY ORGÁNICA 1/2015

SUMARIO: 1. Introducción.–2. Problemática de la calificación jurídica de la actividad de las páginas de enlace con anterioridad a la LO 1/2015. Los conceptos de comunicación pública y de ánimo de lucro. 2.1 Contenido y alcance del concepto de comunicación pública. 2.2 Contenido y alcance del concepto de ánimo de lucro.–3. Novedades introducidas por la LO 1/2015, de 30 de marzo, en los delitos contra la propiedad intelectual. 3.1 Nueva redacción del artículo 270.1 del Código Penal. 3.1.1 *Redefinición y ampliación de las conductas típicas.* 3.1.2 *Modificación del elemento subjetivo.* 3.1.3 *Ampliación de los derechos objeto de protección.* 3.2 La tipificación expresa de la vulneración de los derechos de la Propiedad Intelectual a través de los servicios de la sociedad de la información. 3.2.1 *Formas de explotación ilícita a través de los servicios de la sociedad de la información.* 3.2.2 *Análisis del artículo 270.2 del Código Penal.* A) *Responsabilidad penal de los prestadores de servicios de la sociedad de la información.* B) *La atipicidad de la conducta de los motores de búsqueda.* C) *Responsabilidad penal y aportación de los contenidos por los usuarios de internet.* 3.3 Conductas de exportación, almacenamiento e importación 3.4 Conductas relacionadas con las medidas de protección tecnológica de las obras o prestaciones. 3.4.1 *Instrumentos concebidos o adaptados para facilitar la supresión o neutralización de dispositivos técnicos de protección de las obras o prestaciones.* 3.4.2 *Medidas tecnológicas: actos de modificación, de eliminación, de elusión y de facilitación de la elusión de las medidas tecnológicas de protección.* 3.5 Medidas cautelares. Medidas de retirada de contenidos, interrupción de la prestación del servicio y bloqueo de acceso. 3.6 Penalidad de los delitos contra la propiedad intelectual. 3.7 Los subtipos agravados.–4. Responsabilidad civil derivada de los delitos contra la propiedad intelectual.–5. Cláusula de vigencia.–6. Conclusiones.

(...)

6. CONCLUSIONES

1.^a La reforma de los delitos relativos a la propiedad intelectual operada por LO 1/2015 obedece a la necesidad de ofrecer respuestas legales ante las nuevas formas de vulneración de estos derechos vinculadas al desarrollo de las TICs solucionando con ello los problemas jurídicos que han ido surgiendo, en los últimos años, en la persecución penal de este tipo de conductas.

Las modificaciones introducidas en esta materia en el Código Penal incorporan a su articulado los más recientes criterios de interpretación fijados tanto por la Jurispru-

dencia de nuestros Tribunales como por la de los Tribunales Europeos en la resolución de diversas cuestiones que han dificultado la aplicación de los tipos penales vigentes hasta el 1 de julio de 2015.

En consecuencia, esta Circular responde al doble propósito de establecer pautas para la interpretación y aplicación de los nuevos tipos penales incorporados en la reforma y, al tiempo, ofrecer soluciones y criterios de actuación respecto a algunas cuestiones jurídicas que se plantean en los procesos incoados antes de la entrada en vigor de la LO 1/2015.

2.^a Hasta la reforma que se analiza, la persecución penal de muchas de las acciones vulneradoras vinculadas al uso de las TICs se ha visto dificultada por dos motivos distintos. De un lado, por el entendimiento de que la actividad desarrollada por las webs de enlace no era incardinable en ninguna de las conductas típicas relacionadas en el derogado artículo 270 CP, y en particular en el concepto de comunicación pública, y de otro por considerar que únicamente era apreciable la concurrencia de ánimo de lucro en los supuestos en que las descargas irregulares de obras protegidas generaran una obligación de contraprestación directa.

3.^a El concepto comunicación pública es un elemento normativo del artículo 270 CP que ha de ser interpretado a la luz del artículo 20.1 LPI y del artículo 3 de la Directiva 2001/29/CE sobre armonización de determinados aspectos de los derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información.

Dicho concepto ha sido recientemente interpretado por la STJUE de 13 de febrero de 2014 que entiende como tal todo acto de comunicación –o puesta a disposición– a un público nuevo distinto del autorizado por el titular del derecho para acceder a su obra, indicando expresamente dicha resolución que la conducta consistente en facilitar links o enlaces sobre los que se puede pulsar y que conducen a obras protegidas a un público no autorizado para ello, constituye un acto de comunicación pública.

En consecuencia, los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta este criterio en la interpretación del elemento normativo comunicación pública en los procesos relacionados con actividades ilícitas de esta naturaleza, aun cuando se hayan incoado con anterioridad a la reforma operada por LO 1/2015.

4.^a En la interpretación del requisito del ánimo de lucro los Sres. Fiscales habrán de tomar en consideración la doctrina sentada al respecto por la Circular 1/2006 a cuyo tenor dicho elemento intencional ha de entenderse como ánimo de lucro comercial, quedando al margen de la persecución penal aquellos comportamientos que pretenden la obtención de algún tipo de ventaja o beneficio distinto del comercial.

Para la concurrencia de este elemento, el beneficio derivado de la actividad ilícita puede obtenerse bien directamente –a través de contraprestaciones económicas por cada acto de descarga o acceso irregular a obras protegidas– o bien indirectamente –mediante ganancias obtenidas por publicidad, por la comercialización de los datos de los usuarios u otros medios–. La interpretación que la Circular 1/2006 hace del lucro comercial alcanza, por tanto, a los supuestos en que el beneficio económico aparece como el resultado de la actividad ilícita analizada en su conjunto, con independencia de que los accesos irregulares a contenidos no sean remunerados. En consecuencia los Sres. Fiscales habrán de tener en cuenta este criterio para la determinación de la concurrencia del ánimo de lucro en los procesos relacionados con actividades ilícitas de esta naturaleza, aun cuando se hayan incoado con anterioridad a la reforma operada por LO 1/2015.

5.^a La LO 1/2015 ha modificado la redacción del tipo básico del artículo 270 CP –que se enumera como artículo 270.1–, incorporando al mismo novedades significativas que se concretan en la redefinición y ampliación de las conductas típicas, la modificación del elemento subjetivo y la ampliación de los derechos objeto de protección.

6.^a El nuevo artículo 270.1 CP abandona el sistema de *numerus clausus* en la concreción de las conductas típicas al añadir a las tradicionales de reproducir, distribuir, plagiar y comunicar públicamente, la expresión cualquier otro modo de explotación económica. Con ello se pretende abarcar toda forma de aprovechamiento irregular de derechos que pueda surgir en función del estado de la técnica en cada momento, evitando una definición excesivamente cerrada de los comportamientos típicos que haga inviable el reproche penal ante mecanismos o formas de actuación –impensables actualmente– que resulten, en el futuro, mercedores de ello.

La cualificación de la actividad con el adverbio económicamente sirve de pauta para la interpretación no solo de la explotación, como género, sino también de las acciones de reproducción, distribución, plagio o comunicación pública como especie y habrá de ser interpretada en el sentido de que únicamente serán típicas las acciones de esta naturaleza dirigidas a la obtención de un rendimiento económico, ganancia o ingreso.

7.^a Los tipos delictivos derivados de la reforma operada por LO 1/2015 sustituyen el requisito del ánimo de lucro, utilizado en la regulación anterior, por el de obtener un beneficio económico directo e indirecto, circunstancia que se produce tanto en el artículo 270.1 CP como en los artículos 270.2, 270.4 y 270.5, apartado d). Tal modificación tiene como objetivo solventar las discrepancias acerca de la inclusión en el tipo penal de aquellas conductas en las que los beneficios económicos se obtengan por vía indirecta (publicidad, comercialización de datos...) en línea con lo indicado en la conclusión cuarta y en el cuerpo de esta Circular.

Esta redefinición del elemento subjetivo y la utilización del adverbio económicamente para delimitar el alcance de las conductas típicas, llevan a concluir que el mero acceso irregular a un contenido protegido, sin otra finalidad que el ahorro del precio que pudiera exigirse por el disfrute de la obra o prestación, queda extramuros del derecho penal.

8.^a El artículo 270.1 CP hace expresamente extensiva la protección penal a las prestaciones junto a la que ya otorgaba el derogado artículo 270 a las obras literarias, artísticas o científicas o a su transformación, interpretación o ejecución artística.

Habrà de entenderse por prestaciones los derechos afines o conexos contemplados en el libro II LPI y concretamente las interpretaciones artísticas –artículos 105 a 113–, las producciones fonográficas y grabaciones audiovisuales –artículos 114 a 125–, las transmisiones o emisiones realizadas por las entidades de radiodifusión –artículos 126 y 127– y las meras fotografías –artículo 128–.

9.^a El artículo 270.2 CP sanciona específicamente las actividades de vulneración de derechos de propiedad intelectual desarrolladas por los prestadores de servicio de la sociedad de la información mediante la facilitación del acceso/localización irregular de contenidos protegidos en Internet. Tal actividad solo será típica cuando, además de realizarse con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero –elementos comunes con la conducta del artículo 270.1–, se lleve a efecto de modo activo y no neutral y sin limitarse a un tratamiento puramente técnico. El precepto abarca cualquier modo en que pueda materializarse la comunicación pública de contenidos, si bien se refiere expresamente al más generalizado de ellos, las páginas de enlace, al indicar... en particular ofreciendo listados ordenados y clasificados a las obras y contenidos.

10.^a La exigencia de una actuación activa y no neutral ni meramente técnica del prestador de servicios implica el conocimiento efectivo de que las obras o prestaciones que aloja o a las que redirecciona se están ofreciendo irregularmente sin la autorización de los legítimos titulares de derechos.

El conocimiento efectivo, elemento exigido en los artículos 14 a 17 LSSICE que regulan la responsabilidad penal, civil y administrativa de los prestadores de servicios, ha sido interpretado por una consolidada doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo en el sentido de que dicho conocimiento puede adquirirse tanto con la notificación de una resolución dictada al efecto por órgano competente para ello como a través de una comunicación expresa del afectado o, incluso, por la mera constancia de la ilicitud cuando sea evidente por sí misma. En atención a ello, la apreciación de la concurrencia de este elemento por los Sres.

Fiscales habrá de hacerse, en cada supuesto concreto, de acuerdo con criterios ordinarios de valoración del material probatorio.

11.^a La actividad que desarrollan los motores de búsqueda, consistente en rastrear automáticamente la red para indexar, sin previa selección de los mismos, todos los contenidos disponibles con el objetivo de ofrecerlos debidamente ordenados y sistematizados a los internautas constituye, en principio, un claro ejemplo de actuación meramente técnica y neutral, por lo que, aun cuando eventualmente pudieran facilitar el acceso a contenidos irregulares, tal conducta resultaría atípica al no concurrir los elementos exigidos por el tipo penal.

No obstante, cuando por cualquiera de los medios indicados en la conclusión anterior el responsable del motor de búsqueda tuviera conocimiento efectivo de la ilicitud del contenido al que redirecciona, vendría obligado, conforme al artículo 17.1b) LSSICE, a suprimir o inutilizar el enlace a dichos contenidos irregulares para exonerarse de una posible responsabilidad civil administrativa o incluso penal –si concurren el resto de los requisitos del tipo delictivo– derivada de esa conducta.

12.^a La actividad que desarrollan los prestadores de servicios de la sociedad de la información será perseguible penalmente cuando concurren los presupuestos legales para ello, aunque los enlaces que ofrezcan al público hayan sido facilitados inicialmente por los destinatarios de sus servicios (art. 270.2, inciso último), ya que tal circunstancia no varía la naturaleza de actividad de intermediación realizada por el responsable de la página al facilitar el acceso irregular a contenidos con la finalidad de beneficiarse económicamente en perjuicio de tercero.

Ello no obstante, habrá de analizarse la eventual responsabilidad criminal en que pueden incurrir estos *uploaders* e incluso la de quienes con ellos colaboran, grabando la obra en la sala de cine u obteniéndola irregularmente por cualquier otro medio. Cuando unos y otros actúan concertadamente con el prestador de servicios, y en consecuencia obtienen una contraprestación económica por su actividad o una participación en los beneficios derivados de la ilícita explotación de esas obras y prestaciones, ha de entenderse que participan activamente en la actuación criminal por lo que se harán acreedores de sanción si concurren el resto de los requisitos que exige el tipo penal. Por el contrario, la mera subida de contenidos protegidos efectuada por el *uploader* con la única finalidad de hacer posible su disfrute por otros internautas resultará atípica –salvo que la obtención de los mismos constituya por sí sola un delito– toda vez que la acción del *uploader* no vendrá presidida por el elemento subjetivo que exige el tipo penal.

13.^a En los apartados a) y b) del nuevo artículo 270.5 se sancionan las conductas de exportación, almacenamiento e importación, anteriormente tipificadas en el artículo 270.2. La actual regulación acota expresamente la trascendencia penal de estos comportamientos al incorporar como requisito del tipo el elemento finalístico de que las obras exportadas, importadas y/o almacenadas estén destinadas a ser reproducidas, distribuidas o comunicadas públicamente. Esta modificación, que supone una mejora técnica, no varía la interpretación que de estas conductas se hizo en la Circular 1/2006.

14.^a El nuevo artículo 270.6 castiga determinadas conductas relativas a la fabricación o puesta en circulación de cualquier medio apto para la supresión o neutralización de medidas tecnológicas de protección. Se introducen dos novedades:

En primer término, se sustituye la exigencia –contemplada en el antiguo artículo 270.3– de que el dispositivo o componente esté específicamente destinado a la inutilización o neutralización del sistema protector por la de que el mismo esté principalmente concebido, producido, adaptado o realizado con esa finalidad, lo que facilitará, sin duda, la aplicación de esta figura.

De otro lado, se delimita el alcance de la aplicación del tipo penal en los supuestos de posesión de estos medios o instrumentos, exigiendo que la misma tenga finalidad comercial.

15.^a En los nuevos tipos penales previstos en los apartados c) y d) del artículo 270.5 se sancionan determinados actos de eliminación, modificación, elusión y facilitación de la elusión de las medidas tecnológicas de protección, hasta ahora únicamente contemplados en la legislación civil (art 160.1).

El apartado c) del artículo 270.5 tipifica como delito autónomo lo que no es sino una forma de colaboración en un posterior ilícito de vulneración de los derechos de propiedad intelectual sancionable por los párrafos 1.º y 2.º del mismo art 270 CP.

Ello explica que en esta figura no se exija la concurrencia del ánimo de obtener un beneficio económico, bastando con que el dolo abarque el conocimiento de que esa acción va a servir para la ejecución de actividades de vulneración, más o menos concretadas, de derechos protegidos.

La eliminación de las medidas tecnológicas de protección de películas, libros o videojuegos para que otros –generalmente los administradores de páginas web de enlace o de alojamiento– exploten económicamente esas mismas obras encajará plenamente en este tipo penal.

16.^a El apartado d) del artículo 270.5 sanciona a quien, de forma genérica, pone a disposición de terceros un método, herramienta o instrumento que les permita acceder a obras y prestaciones protegidas y explotarlas ilícitamente o bien, personalmente, hace ineficaces las medidas tecnológicas establecidas para, de esta forma, hacer factible el acceso a las mismas por parte de otras personas. El autor de esta conducta se desvincula de las ulteriores actividades vulneradoras y por ello el tipo penal exige, para su tipicidad que se actúe con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto. La conducta de quienes, a cambio de un precio, *hackean* videoconsolas para la instalación de juegos piratas o los tutoriales remunerados sobre esta materia, que con frecuencia se ofrecen en Internet, constituyen buenos ejemplos de este tipo de actuaciones.

17.^a En el nuevo artículo 270.3 CP se regulan las medidas que pueden adoptarse en el curso del proceso para proteger los intereses y derechos de las víctimas y evitar que se perpetúen en el tiempo los efectos del delito.

Estas medidas podrán ser acordadas con carácter cautelar y también como definitivas al dictarse sentencia.

Aun cuando el Legislador se refiere expresamente a las medidas de retirada de obras o prestaciones, de interrupción del servicio de prestación que difunde exclusiva o preponderantemente esos contenidos y de bloqueo de acceso a los mismos, el precepto habilita al Juez para acordar, con esa finalidad, y con carácter cautelar, cualquier otra que considere oportuna, en clara referencia a las medidas cautelares relacionadas en el artículo 141 LPI, y a las que se remite el artículo 143 del mismo texto legal cuando contempla la posibilidad de adopción de medidas cautelares en causas criminales.

18.^a Las medidas cautelares se encuentran sometidas al régimen general de adopción de medidas provisionales que, por propia naturaleza, son facultativas y únicamente deben acordarse cuando resulten justificadas para proteger los intereses de los perjudicados y evitar se prolonguen en el tiempo los efectos del delito.

Sin perjuicio de ello, las especiales características de estos delitos y la potencialidad que ofrecen las TICs para la difusión de contenidos, hacen de plena actualidad las indicaciones realizadas al respecto por la Circular 1/2006 a cuyo tenor los Sres. y Sras. Fiscales instarán durante la instrucción de la causa y tan pronto resulte de la misma los datos y presupuestos necesarios, la adopción de aquellas medidas específicas de carácter cautelar que sean eficaces para evitar la permanencia en la actividad delictiva que lesiona los derechos de propiedad intelectual y que igualmente sirvan para garantizar las responsabilidades que puedan ser establecidas en la sentencia.

19.^a Las medidas de interrupción de la prestación del servicio y de bloqueo de acceso al mismo, participan de una misma naturaleza. La diferencia radica en que la interrupción del servicio supone la clausura de la página infractora que se encuentre en nuestro país y el bloqueo procederá cuando la página infractora se encuentre ubicada fuera de España. En este último caso serán los prestadores nacionales de servicios de internet los que colaborarán para impedir que desde nuestro país pueda accederse a esa página localizada más allá de nuestras fronteras.

Las notas de excepcionalidad, reiteración de conductas y proporcionalidad, eficiencia y eficacia que exige el precepto para la adopción de la medida de bloqueo fácilmente concurrirán en la generalidad de los supuestos en que se estime necesario acudir a esta solución. Así, en cuanto a la reiteración, no ha de olvidarse que la persistencia en la actividad ilícita es una de las características de este tipo de delitos y, en cuanto a las restantes, es evidente que en los supuestos en que la página infractora radique fuera de nuestras fronteras, el bloqueo será la única medida posible para evitar que en nuestro país se sigan produciendo los efectos del delito.

20.^a Los beneficios del artículo 270.4 únicamente serán aplicables a las conductas sancionadas en el artículo 270.1 y en los distintos apartados del artículo 270.5. El Legislador ha excluido su aplicación en los supuestos del artículo 270.2, lo que es plenamente coherente con el efecto multiplicador que ofrecen las TIC, s y, en consecuencia, con el mayor potencial lesivo para los derechos protegidos cuando la vulneración se produce a través de los servicios de la sociedad de la información.

21.^a En los procedimientos por hechos ilícitos de esta naturaleza, los Sres. Fiscales deberán solicitar, como consecuencia accesoria, el comiso de los efectos que provengan del delito y de los bienes, medios o instrumentos utilizados para su ejecución de conformidad con el artículo 127 CP. En ocasiones esta medida coincidirá con las de retirada de contenidos o interrupción del servicio a que se refiere la conclusión 17.^a

Ha de recordarse asimismo que los delitos contra la propiedad intelectual están incluidos entre los que pueden dar lugar al decomiso ampliado, al decomiso sin sentencia y al decomiso de bienes de terceros (arts. 127 bis a 127 octies en su actual redacción) y también que es posible la destrucción anticipada de estos efectos en las circunstancias y condiciones previstas en el artículo 367 ter 3.º LECrim.

22.^a El artículo 272 CP deriva la determinación de la responsabilidad civil por estos delitos a los preceptos de la LPI sobre cese de la actividad ilícita (art. 139) e indemnización de daños y perjuicios (art. 140).

A fin de asegurar la satisfacción de las responsabilidades civiles, los Sres. Fiscales instarán la adopción de las medidas cautelares necesarias para ello, tanto las previstas en los artículos 139 y 141 LPI como las genéricas de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

En razón de todo lo expuesto, con el propósito de adoptar un criterio uniforme, los Sres. Fiscales se atendrán en lo sucesivo a las prescripciones de la presente Circular.