



**CIRCULAR Nº 70/2010**

Madrid a 26 de octubre de 2010

**EXCMO./A. SR./A. DECANO/A DEL  
ILUSTRE COLEGIO DE ABOGADOS**

Querido/a Decano/a y amigo/a:

Con motivo de la reforma del Código Penal operada por la LO 5/2010, de 23 de junio, la Subcomisión de Derecho Penitenciario del Consejo General, nos pone de manifiesto la oportunidad de que los Abogados de turno de oficio y aquellos que pertenecen a los Servicios de Orientación Jurídica Penitenciaria planteen la revisión, ante los Juzgados y Tribunales, de las Sentencias condenatorias de aquellos que se ven favorecidos por la citada reforma.

Concretamente, y a manera de ejemplo, pensemos en los condenados por delitos del art. 270.1 del Código Penal (los denominados "manteros") que ven como la pena prevista para alguno de sus tipos pasa de ser privativa de libertad o TBC ó multa, ó el delito contra la salud pública del art. 368 del Código Penal, cuando la sustancia es de las que produce grave daño para la salud, cuya pena privativa de libertad, en su límite máximo, se ve reducida de 9 a 6 años. En muchos de éstos casos, de no producirse la inmediata revisión de las condenas, estaremos manteniendo en prisión a personas a las que la reforma no tiene previsto ingresarlas o que ya habrían cumplido su condena.

Por ello, y dentro de la dimensión de defensa de los derechos fundamentales de los ciudadanos que tiene nuestra profesión, creemos importante promover la inmediata aplicación de la reforma, sin necesidad de esperar al vencimiento del período de "vacatio legis", y ello porque entendemos que existen argumentos jurídicos suficientes para que así sea.

GA/MS



# Consejo General de la Abogacía Española

CONSEJO GENERAL DE LA ABOGACÍA ESPAÑOLA

Nº Registro: RS-09420

Of.Registro:Recoletos

26/10/2010 12:30:21

Página: 2 de 2

REGISTRO SALIDA

A tal efecto, se acompaña un modelo de solicitud de revisión de las Sentencias de aquellos condenados a los que se les debe aplicar la nueva norma como más favorable, para que sea distribuida entre todos los letrados, y sobre todo, entre los que pertenecen a los turnos de oficio, como apoyo a la labor social que desempeñan.

Sin otro particular, atentamente,

Luis F. Nieto Guzmán de Lázaro  
Decano del Colegio de Abogados de Salamanca  
Presidente de la Comisión de Justicia Gratuita del CGAE



# Consejo General de la Abogacía Española

---

**Juzgado Penal ..... / Sección --- Audiencia Provincial / Sección --- Sala de los Penal de la Audiencia Nacional (Indicar lo que corresponda)**

**N<sup>a</sup> de Procedimiento:**

## **AL JUZGADO / A LA SALA**

(Indicar lo que corresponda)

**D./ D<sup>a</sup>** \_\_\_\_\_, Procurador de los Tribunales y de **D. / D<sup>a</sup>** \_\_\_\_\_, cuyas demás circunstancias personales ya constan en la causa de las anotaciones marginales, por medio del presente escrito, al amparo del art. 24 de la Constitución ante el Juzgado comparezco y, como mejor proceda en Derecho,

### **D I G O:**

1. (Se señalará si actualmente se encuentra en prisión cumpliendo una condena - señalar cuál con precisión y el tipo del delito-, si ha sido condenado y está pendiente de ejecución, o la fase procesal en que se encuentre y las vicisitudes más relevantes).

2. Que el día 23 de junio de 2010, se publicó en el BOE la LO 5/2010, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. En dicho texto se recoge una pena inferior a imponer al delito por el que fui condenado por Sentencia de fecha \_\_\_\_\_, por lo que de conformidad con su Disposición Transitoria Primera (“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.”) se debe proceder, de inmediato a la revisión de mi sentencia.

3. Como V.E. conoce, la reforma tiene un período de vacatio legis de seis meses. Una interpretación excesivamente rígida de esta disposición implicaría graves disfunciones jurídicas en relación con aquellas previsiones legales que resultan más favorables al anterior régimen penal, constituyendo un contrasentido, amén de una injusticia, obviar la voluntad del legislador y que dichas conductas se sigan persiguiendo y sancionando como delito y que se sigan ejecutando las penas impuestas de conformidad al reproche del Código Penal que se deroga y no con el del ya publicado en el BOE de 23 de junio de 2010.

4. En cuanto que la situación de transitoriedad afecta de manera directa y negativa al valor superior de la libertad, consagrado constitucionalmente en el art. 1.1 CE, y cualquier forma de menoscabo hacia el mismo supondría la quiebra de elementales principios, perceptibles con el simple uso del sentido común sin necesidad de apelaciones a evidentes razones de justicia y equidad, se hace obligada una decisión sensata y motivada en relación con la posible aplicación inmediata de aquellas

*GA/MS*



# Consejo General de la Abogacía Española

---

previsiones legales que, son más favorables al anterior régimen penal, para evitar incurrir en aplicaciones contra reo.

Para acotar la cuestión planteada, debe señalarse que la *vacatio legis* es un período que otorga el legislador a los ciudadanos para que tomen conocimiento de la aprobación de una norma y singularmente de las consecuencias jurídicas que de ella se derivan. Como es evidente, esto tiene una especial importancia en el campo penal y en la función motivadora de la norma y sus fines preventivos. Atender a la verdadera naturaleza de la *vacatio* es muy relevante: constituye fundamentalmente una “garantía del ciudadano” llamada a asegurar su razonable conocimiento de la norma aprobada, generar seguridad jurídica y articular la necesaria publicidad de la ley.

Por consiguiente, constituiría una interpretación equivocada hacer una retorsión de esta garantía de los destinatarios de la norma contra los mismos. Ello sería especialmente grosero cuando tiene como destinatarios a aquellos que resultan directa, intencional y explícitamente beneficiados por el legislador con el cambio normativo aprobado, en atención a sus particulares circunstancias.

Es contrario a la lógica y al sentido común mandar un mensaje a un ciudadano sancionado por la legislación aún vigente que constituye para él una garantía de legalidad, seguridad jurídica y publicidad el cumplir en prisión la pena privativa de libertad para que, 6 meses después -y ya presumiblemente liquidada-, el ciudadano “tome conocimiento” de que los supuestos por los que resultó sancionado no llevan aparejada pena de cárcel, o llevan aparejada una pena de cárcel inferior a la que llevan cumplida. En definitiva, se trataría de hacerle cumplir la pena en prisión para que “sepa” que ese delito ya no se cumple en prisión o se cumple con un tiempo menor al que ya lleva cumplido.

Esta situación es palmariamente contraria al sentido común, ya que no cabe utilizar una garantía contra su beneficiario, y supone un abuso de derecho y un uso antisocial del mismo, proscritos ambos por el art. 7.2 del Código civil.

Para evitar los efectos perniciosos detallados caben varias soluciones jurídicas:

## A. APLICACIÓN INMEDIATA DE LAS NORMAS MÁS FAVORABLES

1. En efecto, puede entenderse que el periodo de *vacatio legis* de seis meses establecido por la reforma ha de interpretarse referido exclusivamente a las normas penales desfavorables, pero no a las normas favorables, pues el principio de retroactividad de las leyes penales favorables, según ha declarado el Tribunal Constitucional, está reconocida en el art. 9.3 de la Constitución y también reconocida expresamente en el art. 15.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que expresamente garantiza que “si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”. A esos efectos no debe olvidarse que según el art. 10.2 de la Constitución Española “las normas

GA/MS



## Consejo General de la Abogacía Española

---

relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las materias ratificados por España”.

2. La importancia, reconocida constitucionalmente, del principio de retroactividad de normas favorables promueve una interpretación tendente a que tal principio no se vea frustrado por la aplicación del periodo de *vacatio legis* también a las normas favorables, al carecer de lógica jurídica y no cumplirse la finalidad que legitima el establecimiento de este periodo de vacancia. A ese respecto cabe recordar las palabras de Diez Picazo al señalar que “cuestión distinta es si la *vacatio* debe configurarse como una condición de vigencia o de pura eficacia. Esta última solución parece más ajustada al Derecho español, no sólo porque el período de *vacatio* no añade nada a la norma –su finalidad es permitir su conocimiento por los operadores jurídicos, antes de comenzar a aplicarla-, sino, porque, a veces, el control de validez de las normas se hace depender del momento de su publicación. Así, el recurso de inconstitucionalidad puede ser interpuesto dentro de los tres meses siguientes a la publicación de la ley (art. 33 de la LOTC). Por ello, si se configura la *vacatio* como una condición de vigencia, se daría el absurdo de fiscalizar una norma que no está en vigor, o sea, que no existe”.

También avala una interpretación no formalista de la *vacatio legis* la Instrucción 1/1996 de la FGE, que señala que si bien la norma entra en vigor cuando así expresamente se establece, y no antes, sin embargo, sí es posible contemplar efectos desde su publicación. Igualmente, la Circular 1/2006 FGE, que tras la reforma de la LO 15/2003, contemplaba la protección de derechos de propiedad industrial e intelectual y en la que se destaca la importancia de determinar la *voluntas legis* y la *voluntas legislatoris*, que no siempre se plasma con suficiente claridad en la primera. Aplicada al presente caso, lo que pretende el legislador es claro: evitar el uso exasperante del ordenamiento penal y de la privación de libertad. Un formalismo garantista a favor del reo como es la *vacatio legis* no puede convertirla en su verdugo. No en vano el art. 6.4 del Código civil sanciona los actos realizados al amparo de una norma que persigue un resultado prohibido por el ordenamiento jurídico o contrario a él. Finalmente, la Instrucción 5/2006 FGE, sobre los efectos de la derogación del art. 4 de la LO 4/2000, muestra un conflicto de aplicabilidad temporal de una norma. La conclusión cobra plena aplicabilidad: “Es evidente que la defectuosa regulación instrumental de la entrada en vigor de una ley no autoriza a eludir la decisión sustantiva, explícita e inequívoca de expulsar definitivamente una norma del ordenamiento jurídico”.

3. Por todo ello se entiende que, publicada en el B.O.E la reforma del Código penal, cabe considerar que es inmediatamente aplicable en cuanto a las normas favorables, lo que determinaría la procedencia de revisar las sentencias condenatorias que hubieran recaído y abstenerse de continuar el procedimiento por delito respecto de las causas pendientes.



## B. APLICACIÓN DEL ART. 202 LECr.

1. Otra opción para el Juzgador, es que, dado que la reforma ha sido aprobada, promulgada y publicada y está sólo pendiente de la *vacatio legis* para tener pleno vigor, por las razones apuntadas en el apartado anterior y con el fin de evitar males mayores, hacer uso del art. 202 LECr y proceder a la suspensión del procedimiento que esté en curso o de la ejecución de la condena, con la consiguiente, en su caso, inmediata excarcelación del penado, en tanto se proceda al proceso de revisión previsto en la Disposición Transitoria segunda. Se trata, como ocurre en supuesto análogo en el art. 4.4 CP, de no hacer ilusorio el contenido material de la misma.

Para entender la aplicabilidad del art. 202 LECr al caso que nos ocupa se debe significar que el legislador del siglo XIX, sabiamente consciente de que estructuraba un proceso con cierta tendencia a la rigidez -sobre todo en materia de términos-, estableció una serie de artículos en los que daba entrada a principios generales del derecho estableciendo así un sistema que permitía armonizar el inevitable formalismo del procedimiento ritual criminal con la inevitable concurrencia de imprevisibles situaciones para el legislador y que, no obstante, sólo podían solucionarse mediante el concurso del sentido de justicia y equidad. Uno de estos supuestos es precisamente el del art. 202 de la LECr, que da entrada a la "causa justa y probada" como excepción a algo por esencia formalístico como es el transcurso del tiempo y los términos judiciales.

2. Carrara se refería en su "Programa de Derecho criminal" al supuesto de que la ley penal posterior fuera más benigna que la antigua, y afirmaba su aplicabilidad a los delitos anteriores, incluso a los no juzgados de manera definitiva. La llamó "la regla del predominio de la benignidad" que ha sido recogida por múltiples autores posteriores, entre otros Ferrajoli. Se trata de una traducción de las exigencias de la justicia material y de la equidad como principios de los que necesariamente debe brotar la actividad jurisdiccional, en nuestros días no tanto como expresión de magnanimidad sino como exigencia normativa del Estado social y democrático de Derecho

En el caso que nos ocupa, impedido para practicar la revisión antes de la vigencia de la norma, si se aplicasen los criterios de temporalidad de manera formalista ello supondría mantener en prisión indebidamente a una persona. Por ello, al amparo del mentado art. 202 de la LECr., se procederá a la suspensión del procedimiento en el momento en que se halle, con la excarcelación del preso o penado, previo compromiso del mismo de mantenerse a disposición del órgano sentenciador hasta la resolución que corresponda a través del proceso de revisión que se lleve a cabo a partir del momento de vigencia de la Ley Orgánica.

En virtud de todo lo cual,



## Consejo General de la Abogacía Española

---

**SOLICITO AL JUZGADO:** Tenga por presentado este escrito y proceda a revisar la sentencia condenatoria, o subsidiariamente a la suspensión del procedimiento, en virtud de las alegaciones formuladas en el cuerpo del presente escrito (El solicito deberá adaptarse a la concreta solución procesal pidiendo la libertad del penado).

Por ser de Justicia que respetuosamente pido en ....., a ..... de 2010.