



## DECRETO

Madrid, a 21 de noviembre de 2022

**Primero.** El presente Decreto se emite al amparo de lo dispuesto en el art. 25.1 y 2 EOMF, tras el acuerdo y las aportaciones realizadas por la Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, los cuatro Fiscales de Sala Jefes de la Sección Penal del Tribunal Supremo y el Fiscal de Sala Jefe ante el Tribunal Constitucional, como consecuencia de la posibilidad de revisión de sentencias firmes derivada de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de *garantía integral de la libertad sexual*.

Este Decreto se dirige a todos los integrantes del Ministerio Fiscal al objeto de proporcionar una respuesta uniforme que garantice el principio de unidad de actuación que proclama el art. 124 CE.

La utilización de este Decreto, en cuanto instrumento orgánico y reglamentario (art. 10.1 del Real Decreto 305/2022, de 3 de mayo) que permite al Fiscal General del Estado canalizar las instrucciones a las que se refiere el apartado primero del art. 25 EOMF, trae causa de la necesidad de impartir a los miembros del Ministerio Fiscal unas concretas pautas sobre la revisión de sentencias condenatorias firmes por delitos contra la libertad sexual, pronunciamiento que no puede demorarse hasta la publicación de una Circular del Fiscal General del Estado, que se emitirá próximamente pese al breve período de *vacatio legis* de la citada ley orgánica y una vez se someta al preceptivo informe de la Junta de Fiscales de Sala.

**Segundo.** La mayoría de las dudas interpretativas que puedan plantearse en relación con la revisión de sentencias firmes ya han sido tratadas en anteriores Circulares de la Fiscalía General del Estado publicadas con ocasión de otras reformas del ordenamiento jurídico-penal: Circular de la FGE núm. 1/1996, *sobre el régimen transitorio del Código Penal de 1995*; Circular de la FGE núm. FGE 2/1996, *sobre el régimen transitorio del nuevo Código Penal: incidencia en el enjuiciamiento de hechos anteriores*; Circular de la FGE núm. 1/2004, *sobre régimen transitorio aplicable a la reforma 15/2003*; Circular de la FGE núm. 3/2010, *sobre régimen transitorio aplicable a la reforma del Código Penal operada por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio*; y Circular de la FGE núm. 3/2015, *sobre el régimen transitorio tras la reforma operada por la Ley Orgánica 1/2015*.

La revisión de sentencias firmes, al igual que el examen de los asuntos en trámite, ha de partir necesariamente del principio de retroactividad de la ley



penal más favorable (arts. 2.2 CP y 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea), aunque tradicionalmente el Tribunal Constitucional ha venido afirmando que este principio no se encuentra implícito en el derecho a la legalidad penal del art. 25.1 CE (SSTC 30/1998, de 28 de enero; 99/2000, de 10 de abril; 200/2000, de 24 de julio; 20/2003, de 10 de febrero), sino que se halla comprendido *a contrario sensu* en el art. 9.3 CE. En todo caso, constituye una excepción al principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes.

Como recuerda la STC 83/2022, de 27 de junio, «(i) La protección de la integridad de las resoluciones judiciales firmes mantiene una vinculación dogmática con la seguridad jurídica (art. 9.3 CE), así como con el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE [...]) (ii) Esa intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes no es un fin en sí misma, sino un instrumento para la mejor garantía de aquella tutela judicial efectiva, en conexión con la observancia del principio de seguridad jurídica pues, de tolerarse la modificabilidad sin trabas de las resoluciones judiciales firmes, se vaciaría de contenido el instituto de la firmeza, dejando al albur de las partes o del propio órgano judicial el resultado final de los procesos judiciales (STC 69/2000, de 13 de marzo, FJ 2). (iii) El principio de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, en cuanto parte integrante del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, se proyecta en una doble vertiente: La primera asegura a quienes han sido parte en un proceso que las resoluciones judiciales definitivas dictadas en su seno no han de ser alteradas o modificadas al margen de los cauces legales establecidos para ello [...] La segunda se concreta en la constatación de que si el derecho garantizado por el art. 24.1 CE comprende la ejecución de los fallos judiciales, su presupuesto lógico e insoslayable ha de ser el principio de inmodificabilidad de las resoluciones judiciales firmes [...] (iv) Queda vedado a los jueces, al margen de los supuestos taxativamente previstos por la Ley, revisar el juicio efectuado en el caso concreto, incluso si entendieran con posterioridad que la decisión no se ajusta a la legalidad, puesto que la protección judicial carecería de efectividad si se permitiera reabrir el análisis de lo ya resuelto por sentencia firme en cualquier circunstancia [...] (v) El principio de intangibilidad no se circunscribe a los supuestos en que sea posible apreciar las identidades propias de las cosas juzgadas formal y material, sino que su alcance es mucho más amplio y se proyecta sobre todas aquellas cuestiones respecto de las que pueda afirmarse que la resolución judicial firme ha resuelto».

Ya se ha señalado en ocasiones anteriores que la estrecha conexión entre los principios de seguridad jurídica y de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes, así como el carácter excepcional de la aplicación retroactiva de las leyes, presidirá y orientará la interpretación del art. 2.2 CP.



Por consiguiente, las/los fiscales llevarán a cabo un proceso de análisis individualizado de los procedimientos afectados por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, especialmente de los que ya hubieran concluido mediante sentencia condenatoria firme y se encuentren en fase de ejecución, al objeto de determinar si la nueva redacción y el nuevo marco penológico ofrecido a los tipos penales reformados resultan más beneficiosos para la persona condenada, que será oída en todo caso.

A fin de valorar qué ley resulta más beneficiosa, las/los fiscales tomarán en consideración la totalidad de las normas aplicables con arreglo a la actual y a la anterior redacción del Código Penal. Por lo tanto, se aplicará aquella versión que resulte en su conjunto más favorable al reo, sin que quepa seleccionar de cada cuerpo legislativo los concretos preceptos que de forma aislada favorezcan al responsable del delito, rechazando los que le perjudiquen (STS 477/2021, de 2 de junio).

Al analizar la disposición transitoria segunda de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*, la Circular de la FGE núm. 1/1996 precisaba que «[s]e plasma así legalmente un criterio que había sido reiteradamente recordado por la jurisprudencia en múltiples sentencias (26 de octubre de 1990, 22 de junio de 1991 y 30 de octubre de 1992, por citar sólo algunas): para determinar la norma más favorable, la elección entre la ley antigua y la nueva ha de hacerse de manera global, en bloque, en su totalidad, sin que sea admisible ni asumible, como más beneficiosa, la aplicación “troceada” tomando de cada bloque lo que favorezca y rechazando lo que perjudique, pues se estaría entonces enjuiciando incorrecta según una tercera Ley constituida artificialmente con retazos de las efectivamente promulgadas». Por lo demás, resulta evidente que la manifiesta imposibilidad de aplicar de forma fragmentada partes de una ley derogada y de otra vigente de forma simultánea constituye una máxima jurídica que no precisa aparecer expresada en una disposición transitoria.

Tradicionalmente se ha admitido que, con independencia de que se vean modificados los límites máximo y mínimo de la pena establecida en un tipo penal por efecto de una reforma, si la pena privativa de libertad impuesta antes de la modificación legislativa es también susceptible de ser impuesta con arreglo a la nueva redacción, no habrá lugar a la revisión de la sentencia condenatoria. La comparación entre la normativa anterior y posterior a la reforma ha de hacerse mediante un análisis que tome en consideración las concretas circunstancias concurrentes en cada caso, siempre que estas resulten objetivamente idóneas para incidir en la determinación de la pena (*v.gr.* circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, apreciación de la continuidad delictiva, formas imperfectas de ejecución). Por consiguiente, para determinar la norma más favorable, la elección entre la ley antigua y la nueva ley se hará de manera global, en bloque, en su totalidad, sin que sea



admisible ni asumible aplicar selectivamente disposiciones derogadas y vigentes de forma simultánea. A tal efecto, los/las fiscales únicamente tomarán en consideración las circunstancias recogidas en la sentencia objeto de examen, analizándola con pleno respeto a los hechos declarados probados en la misma.

El hecho de que la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, no contenga disposiciones de régimen transitorio en nada altera las conclusiones anteriores, pues este tipo de disposiciones carecen de virtualidad para restringir y, mucho menos, contradecir el contenido del art. 2.2 CP. Las disposiciones transitorias, cuando menos en este punto, se limitan a ofrecer una interpretación auténtica de este precepto y, en concreto, acerca de qué ley debe considerarse más favorable. De ahí que pueda concluirse que el contenido de la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, *del Código Penal*, sucesivamente reiterado en ulteriores reformas legislativas, resulte de aplicación por constituir un criterio interpretativo plenamente consolidado (*vid.* SSTs 556/2022, de 8 de junio; 346/2016, de 21 de abril; 290/2013, de 16 de abril; 633/2012, de 19 de julio; 582/2012, de 25 de junio).

En definitiva, aunque la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, *de garantía integral de la libertad sexual*, carezca de una disposición transitoria, la interpretación del art. 2.2 CP se hará conforme a los criterios previstos en el art. 3.1 CC («las normas se interpretarán según el sentido propio de sus palabras, en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquellas»). Así, las posibles lagunas interpretativas, a falta de una interpretación auténtica, serán suplidas conforme a los criterios lógico, histórico y sistemático de la norma.

La jurisprudencia ha señalado (por todas, STS 536/2016, de 17 de junio) que «la regla general, como se deduce del texto de la norma y aclara la STS 266/2013, de 19 de marzo, recientemente reiterada por la STS 346/2016, de 21 de abril, consiste en que cuando la pena impuesta en la sentencia revisada también es imponible en el nuevo marco legal, no se debe dar lugar a un nuevo ejercicio de individualización caso por caso, ni tampoco a una mecánica adaptación de las penas anteriormente impuestas en proporción aritmética al nuevo marco punitivo» (*vid.*, igualmente, las SSTs 346/2016, de 21 de abril; 290/2013, de 16 de abril; 266/2013, de 19 de marzo; 884/2011, de 22 de julio 42/2011, de 9 de mayo).

No obstante, la propia STS 536/2016, de 17 de junio, dispone que «como excepción deben introducirse las prevenciones necesarias para evitar que la aplicación literal de la disposición transitoria [...] provoque resultados contrarios al principio de proporcionalidad. Es decir que solo se permite una nueva individualización de la pena, de forma excepcional, cuando por cualquier razón



los criterios o principios sobre la imposición de la misma (proporcionalidad) resulten alterados o desajustados de acuerdo con la nueva legalidad, pues solo un principio constitucional puede facultar para matizar la interpretación literal de la Ley, que excluye la revisión en los supuestos en los que la pena impuesta también pueda legalmente imponerse con la nueva regulación» (*vid.*, igualmente, la STS 405/2016, de 11 de mayo).

**Tercero.** En atención a los argumentos anteriores, se establecen las siguientes directrices para la revisión de las sentencias firmes:

1.<sup>a</sup>) La revisión procederá cuando la pena efectivamente impuesta exceda en abstracto de la que correspondería imponer en aplicación de los preceptos de la nueva legislación penal con arreglo a las pautas que se ofrecen en el presente documento. Por lo tanto, procederá la revisión de las sentencias firmes y aquellas en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la condena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial.

Cada procedimiento deberá ser analizado individualmente, huyendo de automatismos que impidan valorar las concretas circunstancias concurrentes en cada caso.

Como regla general, no procederá la revisión de las condenas firmes cuando la pena impuesta en la sentencia también sea susceptible de imponerse con arreglo al nuevo marco legal resultante de la reforma. Se evitará la adaptación automática de las penas anteriormente impuestas en proporción aritmética al nuevo marco punitivo.

2.<sup>a</sup>) A la hora de determinar la ley más favorable, las/los fiscales tomarán en consideración el marco penológico resultante de aplicar la pena en su mitad inferior o superior o, en su caso, de aplicar la pena superior o inferior en grado, siempre que la imposición de la pena en dicho tramo resultare preceptiva o, en cualquier caso, cuando así se hubiera dispuesto por el órgano judicial.

En estos supuestos, cuando la pena a la que fue condenado el responsable del delito no fuese susceptible de ser impuesta con arreglo a la modificación operada en virtud de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, *de garantía integral de la libertad sexual*, deberá admitirse su revisión, siempre que la nueva ley sea considerada más beneficiosa de conformidad con el art. 2.2 CP.

3.<sup>a</sup>) En los supuestos de concurso de delitos, las/los fiscales realizarán una comparación global a fin de determinar qué pena corresponde a ese concurso de acuerdo con la normativa resultante de la modificación y la anterior. En ningún caso será admisible calificar alguno o algunos de los delitos que



conforman el concurso con arreglo a los preceptos que se derogan y otros con arreglo a los resultantes de la reforma.

A tal efecto, las/los fiscales tendrán en cuenta la nueva regla concursal prevista en el art. 194 bis CP.

4.<sup>a</sup>) La posibilidad de aplicar retroactivamente modalidades atenuadas por razón de la menor entidad de la conducta ha sido recurrentemente reconocida por la jurisprudencia. En este sentido, la STS 97/2013, de 14 de febrero, recuerda que las modalidades atenuadas por razón de la menor entidad constituye, por lo general, un supuesto de norma penal más favorable cuando en abstracto posibilita la imposición de una pena inferior, precisando que en tales casos «la falta de relevancia del hecho imputado o la excepcionalidad de las circunstancias que concurran en el sujeto activo han de constar expresamente en el juicio histórico o, cuando menos, deducirse de la resolución» (*vid.* SSTS 646/2011, de 8 de junio; 716/2015, de 19 de noviembre; 997/2016, de 17 de enero; 414/2017, de 7 de junio; 423/2017, de 13 de junio).

No obstante lo anterior, aun cuando no concurran las circunstancias del art. 180 y/o del art. 181.4 CP, las/los fiscales rechazarán con carácter general la posibilidad de aplicar las nuevas modalidades privilegiadas de menor entidad que actualmente recogen los arts. 178.3 y 181.2.II CP cuando en la ejecución del delito el responsable hubiera empleado violencia o intimidación. La circunstancia de que en abstracto y con carácter general se haya admitido la aplicación retroactiva de supuestos de menor entidad no supone que sea posible realizar un nuevo juicio sobre los hechos ya enjuiciados, sino que la valoración acerca de la aplicación de la nueva previsión legal deberá hacerse sobre los hechos declarados probados en la sentencia, sin que sea posible la aportación de nuevas pruebas o la introducción de nuevos hechos. (*vid.* 354/2011, de 6 de mayo; 926/2011, de 14 de septiembre; 1431/2012, de 4 de enero; 412/2012, de 21 de mayo; 30/2012, de 23 de enero). Todo ello, unido a que el derogado delito de abusos sexuales del art. 181.1 CP ya previera la posibilidad de castigar el hecho con prisión o multa, y a que el nuevo art. 181.2.II CP condicione la posibilidad de aplicar la modalidad atenuada por razón de la menor entidad a la inexistencia de violencia o intimidación, permite entender que en los supuestos mencionados no debe admitirse la revisión con carácter general.

5.<sup>a</sup>) Las/los fiscales priorizarán el examen de los procedimientos que con motivo de la revisión efectiva de la pena pueda dar lugar a la excarcelación de la persona condenada.

6.<sup>a</sup>) Cuando resulte procedente practicar la revisión y así se inste ante los órganos judiciales, los/las fiscales cuidarán de expresar la concreta pena que consideran procedente imponer en atención a las características y



circunstancias del caso concreto, tal y como aparecen recogidas en los hechos declarados probados de la sentencia firme. También tomarán en consideración las valoraciones que en materia de individualización de la pena se contengan en la sentencia objeto de revisión.

7.<sup>a</sup>) En caso de reducción de la pena de prisión por efecto de la revisión, procederá igualmente la de la pena de libertad vigilada (art. 192.1 CP) y de la pena de inhabilitación especial (art. 192.3.II CP).

8.<sup>a</sup>) Por lo que se refiere a la posibilidad de otorgar el beneficio de la suspensión condicional de la pena privativa de libertad revisada, se atenderá a las pautas sentadas sobre este particular en la Circular de la FGE núm. 3/2015, en la que se especifica que «[s]i 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)».

Similar criterio debe seguirse en relación con la expulsión sustitutiva del art. 89 CP, de modo que también procederá su revisión cuando la pena finalmente impuesta resulte inferior a un año de prisión. En tales casos, las/los 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.

9.<sup>a</sup>) Contra las resoluciones resolviendo la revisión de las sentencias condenatorias firmes podrán interponerse los mismos recursos que, en su caso, cabrían contra la sentencia condenatoria.

En este sentido, la STS 606/2018, de 28 de noviembre, dispone que «[e]l legislador, ni en 1995 ni en las sucesivas y ya abundantes reformas del nuevo CP, ha aclarado el régimen de impugnabilidad de tales resoluciones [...] Este esquema trasladado a los procedimientos incoados bajo la vigencia de la reforma procesal de 2015 se traduciría en la apelabilidad de las resoluciones de una Audiencia ante el Tribunal Superior de Justicia antes de la ulterior casación. En las dictadas por los Juzgados de lo Penal los recursos procedentes serían apelación ante la Audiencia y posteriormente casación solo a través del art. 849.1º LECrim, lo que es acorde además con la naturaleza de estas decisiones. La jurisprudencia ha asumido esta tesis que se puede considerar consolidada y ya bien cimentada desde la entrada en vigor del Código Penal de 1995, pese a carecer de explícito soporte legal. La recurribilidad en casación de este tipo de resoluciones cuando emanan de una Audiencia Provincial (o Nacional) como tribunal de instancia fue el criterio propugnado por la Circular 1/1996 de la Fiscalía General del Estado en pauta interpretativa coincidente con la ya postulada por ciertos precedentes jurisprudenciales (por todas, SSTS 626/1995, de 5 de mayo y 77/1995, de 25 de enero). No ha sido cuestionada en ninguna de las sucesivas reformas del



Código Penal de 1995 (por todas y entre muchas, STS 538/2012, de 25 de junio). En la actualidad, como hemos sugerido antes, habría que admitir la intercalación de una apelación ante el Tribunal Superior de Justicia (o Sala de apelaciones de la Audiencia Nacional)».

**Cuarto.** El tratamiento de estas cuestiones de plena actualidad será objeto de seguimiento por la Fiscalía General del Estado, a fin de garantizar el principio de unidad de actuación, que no supone una novedad interpretativa, sino el recordatorio de las pautas que ya han sido recogidas en circulares o instrucciones anteriores.

En consecuencia, cualquier interpretación de la norma y de los hechos, según los parámetros anteriormente descritos, priorizará el respeto a los principios constitucionales, teniendo en cuenta especialmente la necesidad de garantizar la seguridad e indemnidad de las víctimas de los delitos contra la libertad sexual, de cuya protección en todos los supuestos es responsable el Ministerio Fiscal, así como el resto de poderes del Estado. No debe olvidarse que la integración de la norma ha de hacerse de acuerdo con las disposiciones y el espíritu del Convenio de Estambul, que exige la imposición de sanciones efectivas, proporcionales y disuasivas, según la gravedad del delito, así como del resto de obligaciones internacionales asumidas por España.

Finalmente, debe ponerse de manifiesto que continúa vigente la comunicación del Fiscal General del Estado remitida a los Fiscales Superiores en virtud de oficio fechado el pasado 17 de noviembre, en cuya virtud estos últimos trasladarán a la Secretaría Técnica aquellos autos dictados por los juzgados o tribunales de justicia de su territorio en los que se haya procedido a la revisión de sentencias firmes condenatorias, así como los informes emitidos por el Ministerio Fiscal en las respectivas ejecutorias.

EL FISCAL GENERAL DEL ESTADO

Fdo.: Álvaro García Ortiz