

Aplicación retroactiva de la LO 1/2015, de 30 de marzo, de reforma del Código Penal, a supuestos de concurso medial de delitos

Juan José GONZÁLEZ RUS

Catedrático de Derecho Penal. Abogado

M.ª Isabel GONZÁLEZ TAPIA

Prof. Titular (Hab.) de Derecho Penal. Abogada

José Manuel PALMA HERRERA

Prof. Titular de Derecho Penal. Abogado

Diario La Ley, Nº 8960, Sección Doctrina, 12 de Abril de 2017, Editorial **Wolters Kluwer**

Normativa comentada
Comentarios

La regulación del concurso medial de delitos (art. 77.3 CP), conforme a la regulación dada al mismo por la LO 1/2015, de 30 de marzo, de Reforma del Código Penal, puede ser considerada ley penal más favorable en ciertos casos. A diferencia de la normativa anterior, que regulaba el concurso medial conjuntamente con el concurso ideal propio y que obligaba a imponer la pena de la infracción más grave en su mitad superior, en la actual redacción del Código se establece un marco penal específico, definido, como límite mínimo, por una pena superior a la que hubiera correspondido a la infracción más grave en concreto («pena suelo») y con el límite máximo de no superar la suma de las penas de las distintas infracciones en concreto («pena techo»). Con esta previsión, y aunque pudiera tratarse de un efecto no pretendido por el legislador, se ha abierto la puerta a la revisión de condenas por retroactividad favorable en supuestos aparentemente excluidos de la misma. Y es que, como se explica en este artículo, incluso si se ven agravadas las penalidades respectivas de los delitos concurrentes, procedería su aplicación retroactiva, en los términos del art. 2.2 del Código Penal y de las Disposiciones Transitorias 1.ª y 2.ª de la LO 1/2015. Es indiferente el incremento que pueda haberse producido en el límite máximo de la pena prevista en la infracción más grave, pues resulta suficiente con que el límite mínimo de la pena del tipo se siga manteniendo por debajo (al menos en un día) de la pena impuesta en la sentencia condenatoria. Y ello, por cuanto la aplicación retroactiva es obligada cuando los criterios de individualización de la pena contenidos en la sentencia condenatoria habrían de conducir con la nueva ley a imponer en el caso concreto una pena inferior a la impuesta. Como se explicará en este artículo, y a pesar de una incipiente línea jurisprudencial que propone, a nuestro juicio indebidamente, introducir la necesidad de individualizar de nuevo la pena conforme a la nueva normativa, lo cierto es que la determinación y comparación deben hacerse en concreto y conforme a los criterios de valoración e individualización de la pena contenidos en la sentencia firme condenatoria que se revisa.

I. SUPUESTOS QUE SE ANALIZAN

La regulación del concurso medial de delitos (art. 77.3 CP (LA LEY 3996/1995)), conforme a la regulación dada al mismo por la LO 1/2015, de 30 de marzo (LA LEY 4993/2015), de Reforma del Código Penal, puede ser considerada ley penal más favorable en ciertos casos, incluso si se ven agravadas las penalidades respectivas de los delitos concurrentes, por lo que procedería su aplicación retroactiva, en los términos del art. 2.2 del Código Penal (LA LEY 3996/1995) y de las Disposiciones Transitorias 1.ª (LA LEY 4993/2015) y 2.ª de la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015).

Como ejemplo de referencia para la exposición —y para determinar la eventual aplicación de la tesis que se mantiene a supuestos similares— tomaremos el caso de un concurso medial en el que la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015) agrava la pena de la infracción que se considera más grave a efectos de concurso, no obstante lo cual, si la pena se hubiera impuesto conforme a la regulación dada al concurso medial por la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015) —y manteniendo los criterios de individualización de la pena utilizados en la sentencia—, resultaría aplicable una pena sustancialmente

inferior a la que fue impuesta conforme a la anterior redacción del art. 73.3 CP. (LA LEY 3996/1995) Y todo ello, con respeto absoluto a las disposiciones transitorias de la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015), aplicables a la retroactividad de la penal más favorable.

Así sucede, por citar un caso, cuando concurre un delito continuado de falsedad en documento mercantil (cuya penalidad no varía) en concurso medial con un delito de administración desleal del art. 295 CP (LA LEY 3996/1995) (tomado como infracción más grave), que por mor de la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015), habría de ser condenado como una administración desleal agravada (del art. 250.1.5.ª (LA LEY 3996/1995)). Como consecuencia de la reforma, la pena de la administración desleal resulta claramente agravada, pasando de ser la prisión de 6 meses a 4 años o multa del tanto al triplo del beneficio obtenido (art. 295), a la prisión de 1 a 6 años y multa de 6 a 12 meses (art. 250.1.5.ª). No obstante lo cual, si —con los mismos criterios de valoración del hecho y de la personalidad del autor— la sentencia condenatoria se hubiera dictado conforme a la nueva regulación del concurso medial, la pena resultante sería muy inferior a la que impuso en su día (1) . Con lo que resulta que, a pesar de haberse agravado sustancialmente con la ley penal posterior la pena de la infracción más grave (la administración desleal), la nueva regulación del concurso medial puede seguir presentando a la nueva normativa como ley penal posterior más favorable, que habría de ser aplicada, por tanto, retroactivamente. Ello, en las condiciones que se detallan a continuación.

II. DETERMINACIÓN DE LA LEY MÁS FAVORABLE

Tanto el Código Penal (art. 2.2 (LA LEY 3996/1995)) como la Disposición Transitoria 1.ª de la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015) (DT 1.ª o 2.ª, en lo sucesivo), reconocen la retroactividad de las leyes penales que favorezcan al reo, más allá de la cosa juzgada, imponiendo para la determinación de cuál es la ley más favorable la observancia de los tres requisitos principales que comentamos a continuación.

1. Aplicación de las «normas completas» vigentes en el momento de la sentencia y las que resultan de la LO 1/2015

DT 1.ª.2 LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015): «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.»

De acuerdo con lo establecido en la DT 1.ª.2, la comparación entre las «normas completas» en vigor en el momento de dictarse la sentencia y las «normas completas» derivadas de la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015) requiere que se tengan en cuenta, por un lado, las nuevas penas con las que el legislador sanciona los delitos condenados, incluso si son más graves; pero también todas aquellas otras circunstancias que como la prescripción, la posibilidad de suspensión, las normas extrapenales... puedan incidir en la duración y/o en la gravedad de la pena, lo que hace, por tanto, indiscutible la toma en cuenta de las normas relativas al concurso de delitos y, en lo que nos atañe ahora, del concurso medial.

La LO 1/2015 , incluso si incrementa el marco abstracto de la pena de la infracción más grave, supone finalmente un trato más favorable

Importa señalar, en todo caso, que la exigencia legal previene, en sentido contrario, contra la conclusión equivocada de que el simple hecho de que una ley nueva incremente las penas de un delito excluiría sin más la posibilidad de considerar a ésta como ley posterior más favorable; sencillamente, porque junto a esa modificación puede haber otras que la conviertan, «en conjunto», en menos gravosa. Y este es exactamente el caso que nos ocupa, en el que **la LO 1/2015, incluso si incrementa el marco abstracto de la pena de la infracción más grave, supone finalmente un trato más favorable, como consecuencia de la regulación del concurso medial de delitos.**

2. Aplicación taxativa de la disposición más favorable

Así mismo, la DT 2.ª.1, párrafo segundo, LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015), establece que:

«Dichos jueces o tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial.»

Como es sabido, la taxatividad se postula como una exigencia constitucional, incluida en el principio de legalidad, con la que viene a reclamarse precisión y exactitud en las descripciones legales, en el grado suficiente para concretar el injusto típico, evitando que hayan de ser el intérprete o el aplicador quienes, aportando lo que la ley —por su vaguedad e imprecisión— no dice, determinen finalmente qué es lo que la ley penal manda o prohíbe y en qué condiciones. En ese sentido, la taxatividad alerta contra previsiones legales que por su indefinición reenvían su necesaria concreción al arbitrio judicial. Ello no implica, sin embargo, que la taxatividad proscriba todo tipo de arbitrio judicial, sino que le marca su campo de actuación: no puede suplir lo que es obligación de la ley definir, pero sí resulta imprescindible para acomodarla a las particularidades del caso concreto.

La exclusión del «ejercicio del arbitrio judicial», que se hace en esta DT 2.^a (LA LEY 4993/2015), por contraposición a la taxatividad, no significa otra cosa que la necesidad de comparar las normas completas aplicables en atención exclusiva a los términos «taxativos» de la ley. Ello no impide que se tome en cuenta en el proceso de revisión por retroactividad favorable lo que el Tribunal Supremo ha definido como «discrecionalidad reglada», como tampoco la toma en consideración de aquellos criterios de discrecionalidad judicial que se hayan utilizado en la sentencia firme para individualizar la condena impuesta.

Se impuso el criterio de la revisabilidad de las sentencias cuando la ley posterior incorpora tipos atenuados de nueva creación y de aplicación facultativa

En relación a la «discrecionalidad reglada», y a pesar de las dudas iniciales, se impuso jurisprudencialmente el criterio de la revisabilidad de las sentencias cuando la ley posterior incorpora tipos atenuados de nueva creación y de aplicación facultativa, como el paradigmático caso del delito de tráfico de drogas de la reforma de 2010, concluyéndose que «si se dan los supuestos previstos por el legislador, la atenuación ha de aplicarse de forma imperativa también en los casos de revisión de sentencias firmes...» (STS n.º. 926/2011, 14 de septiembre (LA LEY 172772/2011), por todas).

Al apelar a la discrecionalidad judicial que fundamenta la pena impuesta en la sentencia condenatoria, se alude, en cambio, a la aplicación por el órgano que decide sobre la retroactividad favorable de los criterios que fijó el juez o el tribunal sentenciador en la motivación de la sentencia y que le sirvieron para definir la extensión de la pena concreta que se impuso, conforme a las reglas legales de determinación de la pena, fundamentalmente, del art. 66 Cp. (LA LEY 3996/1995) **La valoración del hecho y del autor que hizo el juez o el tribunal sentenciador —su «arbitrio judicial»— debe ser respetada y mantenida en el proceso de revisión, sin que se reconozca espacio alguno al «arbitrio judicial» del órgano que revisa la sentencia firme, para acomodarla a la nueva ley más favorable.** Hacerlo de otra manera, simplemente, significaría tanto como «volver a juzgar de nuevo», lo que escapa a las posibilidades de la revisión de sentencias como consecuencia de la retroactividad más favorable; idea en la que incidiremos de nuevo en el apartado siguiente.

Por tanto, a la hora de aplicar el nuevo régimen punitivo del concurso medial a los delitos cometidos, debe reproducirse fielmente el proceso valorativo que se llevó a cabo en la sentencia condenatoria y tomar como referencia la fundamentación jurídica de la pena que se impuso en la misma, en base a las reglas del art. 66 CP. (LA LEY 3996/1995) «Arbitrio judicial», por consiguiente, que tendrá que ser reproducido y respetado en la determinación de la pena aplicable conforme a la regulación del concurso medial establecida por la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015). Lo cual es legalmente todavía más obligado, si se tiene en cuenta que las reglas de determinación y motivación de la pena son idénticas, pues para nada se vieron afectadas por la LO 1/2015.

3. Que la pena anterior impuesta sea también imponible con arreglo a la reforma

La DT 2.^a.1, párrafo segundo, LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015), a su vez, establece que:

«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...»

La Circular de la FGE 4/2015 (LA LEY 175/2015) ha interpretado esta exigencia legal en el sentido de que no procede la revisión cuando la nueva pena prevista para el delito establece un marco penal en el que puede incluirse la pena que se impuso al delito conforme a la ley anterior. Y este criterio vendría a ser compartido también por la STS 346/2016, de 21 de abril (LA LEY 32927/2016), como veremos en el siguiente apartado, específicamente con relación a la *pena de nuevo cuño* que se prevé en la nueva regulación del concurso medial.

Sin embargo, lo que la ley establece es otra cosa. Frente a esta interpretación —podría decirse así— «cuantitativa en abstracto», que trata las penas como si fueran simples magnitudes numéricas (el nuevo límite superior de 6 años del delito de estafa agravada del ejemplo que proponemos, permite aplicar también la pena impuesta, de 2 años y 3 meses y 1 día), lo que la ley reclama en esta DT es una comparación de las normas «en concreto, con sus circunstancias», obligando a atender al «máximo imponible en concreto». Ello conlleva aplicar las normas completas del nuevo marco normativo en todo lo que pueda incidir en la gravedad o en la duración de la pena, considerando, así mismo, aquellas «circunstancias» que el juzgador apreció en la sentencia condenatoria para determinar la pena y para definir la extensión definitiva de la misma, ex art. 66.

En definitiva: Que la pena sea «imponible» también al delito después de la reforma operada por la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015), no significa que el marco penal abstracto de la figura delictiva modificada sea igual o superior al de la ley anterior, sino que, conforme a la nueva regulación, la pena «concreta» anterior, con los criterios de valoración «concretos» de determinación y aplicación legal del art. 66.1.6.ª CP (LA LEY 3996/1995), recogidos en la sentencia firme, pueda ser también efectiva y concretamente aplicada conforme a la segunda ley más favorable.

Debe advertirse también que los criterios de determinación e individualización de la pena no han sufrido modificación alguna con la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015), por lo que, al tener un contenido idéntico en el «bloque normativo» conforme al que se impuso la condena, y en el nuevo, conforme al que debe revisarse, en el proceso de revisión por retroactividad favorable no puede producirse ningún cambio en la valoración ni del hecho ni del autor que pueda provocar un incremento «real» de la pena impuesta. Por el contrario, además de los criterios legales de individualización de la pena —inmodificados— debe respetarse la valoración judicial de los mismos que se haya hecho en la sentencia condenatoria, que no pueden ser sustituidos por otros nuevos —los del órgano revisor—, que supongan una agravación —infundada y absolutamente carente de fundamento— de la valoración del hecho y de la personalidad del autor que hizo el juzgador y que acaben determinando, como consecuencia, una «nueva» condena más grave.

En favor de esta interpretación se han pronunciado ya diversas resoluciones judiciales, en lo que puede considerarse como doctrina dominante, estimando que la determinación de si la penalidad impuesta anteriormente era o no imponible conforme al texto sucesivo ha de hacerse en atención al máximo imponible en concreto y no en abstracto, después de valorar todas las circunstancias relevantes que se deriven de los hechos probados, y atendiendo a los criterios de motivación de la pena expresados por la sentencia.

Así, con relación a las disposiciones transitorias de la reforma operada en su día por la LO 5/2010, idénticas a las que nos conciernen de la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015), la STS n.º 934/2011, de 14 de septiembre (LA LEY 185309/2011), afirma que la interpretación que en ocasiones se ha hecho, entendiendo la pena como imponible siempre que no rebase el límite máximo de la pena típica, no es correcta, por dos razones. En primer lugar, porque «implica un tratamiento discriminatorio respecto de los penados cuya sentencia no sea firme», para los que se prevé una adaptación inmediata a la nueva Ley más favorable; y, en segundo lugar, porque dicho tratamiento discriminatorio incide y afecta al principio de proporcionalidad de las penas. Por ello, concluye:

«... el término "pena imponible" debe ser interpretado en concreto y no como pena abstracta imponible y por tanto con respeto a las previsiones del art. 66 CP (LA LEY 3996/1995) y sobre todo al juicio de proporcionalidad que se hubiese efectuado en la sentencia, originalmente, por el Tribunal sentenciador.» (FJ 2.º).

Y lo mismo concluye la STS n.º 221/2013, de 15 de marzo (LA LEY 20951/2013), en la que se sostiene:

«... que la penalidad imponible no puede ser considerada bajo parámetros estrictamente abstractos, sino de concreta imposición en el caso que se revisa, pues, como ya hemos dicho, la pena debe ser medida con todas "sus circunstancias", y tales avatares no pueden ser otros que los tenidos en consideración en la sentencia que se revisa a la hora de la imposición concreta de la pena, como ejercicio de motivación de la dosimetría penal aplicable.» (Vid. también, STS n.º 1095/2011, de 18 de octubre (LA LEY 224313/2011)).

Este criterio ha sido mantenido mayoritariamente en relación con la retroactividad de la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015), considerando que la determinación de si la pena impuesta puede ser también imponible, o no, conforme a la regulación nueva, debe efectuarse manteniendo los criterios de individualización de la pena expuestos en la sentencia firme. Así se ha mantenido expresamente, incluso con apoyo del Ministerio Fiscal, cuando existía un delito

continuado, concurrían circunstancias modificativas o porque la infracción más grave tuviera un mínimo en sí mismo de una mayor gravedad, siempre en base a la necesidad de salvaguardar el criterio de motivación de la sentencia de instancia y el principio de proporcionalidad. [Vid. SSTS 863/2015, de 30 diciembre (LA LEY 208837/2015); 95/2016, de 17 febrero (LA LEY 6890/2016); 330/2016, de 20 abril (LA LEY 39227/2016); 891/2016, de 25 de noviembre (LA LEY 189707/2016); o la 786/2016, de 20 de octubre (LA LEY 146031/2016)].

Frente a esta posición, sin embargo, algunas sentencias recientes han introducido correcciones al criterio, con el fin de enmendar por vía de interpretación judicial lo que se consideran indeseables consecuencias, provocadas por la regulación del concurso medial operada por la LO 1/2015; y ello, en base a la supuesta necesidad de «actualizar» el juicio de proporcionalidad, para —supuestamente— respetando los criterios de determinación del tribunal de instancia, excluir de la revisión las penas que conforme a la nueva ley, a juicio del órgano revisor, resultaran demasiado benévolas.

En este sentido, por ejemplo, la STS 346/2016, de 21 de abril (LA LEY 32927/2016), en las que se afirma que la reforma de la LO 1/2015 no responde a que nuestro legislador haya considerado conveniente la disminución de la punición anteriormente prevista, sino que el nuevo concurso medial supondría «crear un ámbito mayor de discrecionalidad» que iría desde la «pena suelo» (individualizada en un día más) a la «pena techo», resultando que toda pena que fuera imponible en ese marco estaría fuera del ámbito de la revisión, siempre y cuando no se vulnera el principio de proporcionalidad (2) . Y específicamente, con relación a la salvaguarda de este principio, en dicho pronunciamiento se afirma que una posible nueva individualización de la pena deberá limitarse a casos extremos en los que manifiestamente produzca una intolerable distorsión del principio de proporcionalidad» (FJ3.^a), añadiendo:

«... el criterio determinante de la revisión... sería apreciar que la pena que en su día se impuso puede considerarse hoy pena oportuna (en el sentido de imponible conforme a un juicio actualizado de proporcionalidad). Una evaluación que no se ha de hacer desde los intangibles criterios de observación ajenos, sino que debe basarse en el análisis que haga esta Sala de las circunstancias concurrentes descritas en el relato fáctico de la sentencia sometida a revisión —STS 1035/2011, de 7 de octubre (LA LEY 195753/2011) — y valorar así —como ya hemos indicado— si los criterios o principios sobre los que se individualizó la pena en la sentencia primera, se han visto alterados o desajustados de acuerdo con la nueva legalidad» (FJ5.^o).

No acaba de verse cómo la prosa de la sentencia es capaz de sostener la conclusión auspiciada por esta novedosa y reciente línea jurisprudencial

Más allá de la retórica, lo cierto es que no acaba de verse cómo la prosa de la sentencia es capaz de sostener la conclusión auspiciada por esta novedosa y reciente línea jurisprudencial. Ni tampoco cómo convive ello con las reiteradas proclamaciones de la jurisprudencia de que deben respetarse todas las decisiones que responden a la discrecionalidad que legalmente le viene reconocida al juez de instancia. La conclusión de la incipiente posición jurisprudencial es que el nuevo juicio de proporcionalidad que debería hacerse ha de ir dirigido a valorar «si los criterios o principios sobre los que se individualizó la pena en la sentencia primera, se han visto alterados o

desajustados de acuerdo con la nueva legalidad». Lo cual, dicho así, es inobjetable; aunque no se vea la virtualidad de esa afirmación para modificar el criterio de la jurisprudencia dominante de que ese proceso de revisión debe respetar los criterios de individualización de la pena del juez o tribunal de instancia, si estos son consecuencia de la correcta aplicación de la ley (en particular del art. 66 (LA LEY 3996/1995)), responden a una suficiente y fundada motivación y no se han visto modificados por la nueva ley más favorable, sino que siguen siendo los mismos en el bloque normativo anterior y en el nuevo, cuya aplicación retroactiva se pretende.

Si los criterios legales de individualización de la pena no han cambiado, no se ve cómo el órgano encargado de la revisión podría (re)valorar de nuevo los presupuestos fácticos de la individualización de la pena contenidos en la sentencia condenatoria y, sobre la base de los mismos, «actualizar» los criterios de valoración del peligro inherente al hecho, al grado de ejecución alcanzado, a la entidad de las circunstancias apreciadas, la gravedad de las condenas precedentes o del nuevo delito cometido, las circunstancias personales del delincuente, la mayor o menor gravedad del hecho o la valoración recíproca de las circunstancias, en orden a su eventual compensación en la individualización de la pena, que son los criterios legales en que situaba y sigue situando la ley penal —que no ha cambiado— la fijación de la extensión de la pena por el tribunal sentenciador (arts. 61 (LA LEY 3996/1995) a 66 (LA LEY 3996/1995)). Y es que, en los supuestos de retroactividad, respecto de lo declarado probado en la sentencia y de la

motivación e individualización de la pena realizada en la misma, conforme a los criterios legales, no han cambiado ni el hecho ni su gravedad ni las circunstancias personales del delincuente ni la valoración judicial de las circunstancias concomitantes, sino que estos siguen siendo los que dejó establecidos la sentencia condenatoria: lo único que se ha producido es una modificación de la ley aplicable a los mismos, por lo que el proceso de revisión debe limitarse a actualizar la pena que, respetando lo que la sentencia condenatoria dejó probado y valorado, puede ser impuesta conforme a la nueva ley más favorable.

En todo caso, lo importante no es la «cifra de la pena que se impuso» y la «cifra de la pena que puede ser impuesta conforme a la nueva ley», sino el criterio de valoración del hecho y del autor que, en el marco de la legalidad aplicable en el momento de la sentencia condenatoria, aplicó el órgano sentenciador. Por volver al ejemplo que tomamos como referencia de estas reflexiones: lo determinante al imponer en su día al concurso medial objeto de condena la pena de 2 años, 3 meses y 1 día, no fue que el juzgador estimó que la pena proporcionada al delito cometido era la de esa duración, sino que aplicó el criterio valorativo y de individualización de la pena de que, en atención a los hechos probados en la sentencia y a la valoración contenida en la motivación de la misma, era el mínimo de la pena que estaba legalmente obligado a imponer (la mitad superior de la que corresponda a la infracción más grave: de 2 años, 3 meses y 1 día a 4 años). Y ése, y no la «cifra» de la pena impuesta, es el criterio que debe respetarse, imponiendo conforme a la nueva ley la pena que sea también la mínima de la que legalmente debe ser impuesta. Lo que, conforme a lo que tiene declarado la jurisprudencia, y se verá después, resultaría ser la pena de 1 año y 1 día de prisión.

Una «actualización» del juicio de proporcionalidad como la que se pretende por estas últimas sentencias, supondría, en realidad, «juzgar de nuevo», «individualizar la pena de nuevo», desconociendo los criterios de individualización de la pena hechos por el juzgador y que fundamentan la condena, lo cual parece obligado convenir en que es un proceso vedado a la revisión de sentencias firmes por causa de retroactividad más favorable. Por añadidura, la apelación a ese juicio actualizado de proporcionalidad es contrario al sentido mismo de la institución penal de la retroactividad más favorable: lo importante no es que el aplicador comparta o no el nuevo criterio legal, sino que, guste o no, la nueva ley expresa el nuevo juicio de proporcionalidad, actualiza la valoración del hecho enjuiciado, lo que debe ser respetado por el aplicador, mientras que la ley no cambie. Esa es la exigencia ineludible del principio de legalidad, que también probablemente coincidiremos todos en estimar que es el fundamento central del Estado de Derecho, cuyo sentido pleno y vigencia deberíamos preservar y mantener.

III. PENA APLICABLE AL CONCURSO MEDIAL DE DELITOS CONFORME A LA LO 1/2015 Y COMPARACIÓN CON LA PENA IMPUESTA

Dentro de este marco, que queda delimitado en las consideraciones que quedan hechas, debe procederse a la determinación de la pena en el concurso medial y a la comparación con la que fue impuesta.

La LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015), como es sobradamente conocido, ha significado una modificación sustancial de los criterios de punición del concurso medial de delitos, que pasan a ser distintos de los del concurso ideal en sentido propio, y que obligan a que la determinación de la pena en el mismo haya de seguir una secuencia de cuatro pasos, que conviene recordar brevemente:

1. Determinación de la infracción más grave: Tras la reforma operada por la LO 1/2015, la determinación de la pena del concurso medial exige, en primer lugar —como antes—, determinar cuál es la infracción más grave en el caso concreto. La fijación de este extremo no cambia respecto de la regulación anterior: deberá compararse el marco penal de la pena imponible a cada uno de los delitos integrantes del concurso medial, resultando más grave la infracción que tenga un límite superior más elevado.
2. Determinación de la denominada «pena suelo»: Identificado el delito más grave, el siguiente paso es la fijación de lo que se conviene en denominar el «suelo» de la pena. Así lo viene señalando la jurisprudencia —por todas, STS 688/2016 de 27 julio (LA LEY 91579/2016)— y la propia Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2015 (LA LEY 175/2015).

Según el dictado del art. 77.3 CP (LA LEY 3996/1995), tal será «una pena superior a la que habría correspondido, en el caso concreto, por la infracción más grave». A estos efectos, debe recordarse el criterio seguido por el Tribunal Supremo —por todas, STS 28/2016 de 28 enero (LA LEY 1944/2016)— y por la Circular de la Fiscalía General del Estado 4/2015, que consideran que **una pena es ya superior a otra**

cuando se incrementa en un día la duración de la que habría correspondido en el caso concreto.

Es decir —por ejemplificar con el mismo supuesto que venimos tomando como referencia—, siendo la infracción más grave el delito de administración desleal, castigada tras la reforma (art. 250.1.5.^a (LA LEY 3996/1995)) con la pena de prisión de 1 a 6 años de prisión —respetando los criterios de valoración y de motivación de la sentencia condenatoria, que no apreciaba circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal— la pena superior a la que habría correspondido en el caso concreto sería ya la de prisión de 1 año y 1 día de prisión y multa de 6 meses y 1 día.

3. Determinación de la denominada «pena techo»: La pena superior, continúa el art. 77.3 CP (LA LEY 3996/1995), no podrá exceder de la suma de las penas concretas que hubieren sido impuestas separadamente por cada uno de los delitos. Se fija, así, el «techo» de la pena del concurso medial, que con el nuevo régimen punitivo derivado de la reforma llevada a cabo por LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015) sería el que se obtiene sumando las penas que procedería imponer por cada uno de los delitos.

4. Determinación de la denominada «pena de nuevo cuño»: Una vez creada esa «pena de nuevo cuño», como la califica el Tribunal Supremo —por todas, STS 863/2015 de 30 diciembre (LA LEY 208837/2015) —, el juez o tribunal —continúa el art. 77.3 CP (LA LEY 3996/1995)— «individualizará la pena conforme a los criterios expresados en el art. 66.»

Sobre cómo debe llevarse a cabo esta individualización, ex art. 66.1.6.^a (LA LEY 3996/1995), de nuevo recurrimos al criterio fijado por el Tribunal Supremo —que coincide con el que marca la Fiscalía General del Estado en su Circular 4/2015—, apelando a los criterios de valoración del hecho y del autor reflejados en la sentencia en cada caso concreto.

En definitiva, los criterios a los que se refería ya la STS 934/2011, de 14 de septiembre (LA LEY 185309/2011), reclamando en la revisión el respeto a las previsiones del art. 66 CP (LA LEY 3996/1995) y, sobre todo, al juicio de proporcionalidad que se hubiese efectuado en la sentencia, originalmente, por el Tribunal sentenciador (FJ 2.º). Lo mismo que concluye la STS 221/2013, de 15 de marzo (LA LEY 20951/2013), también comentada antes, en la que se sostiene que, en el caso que se revisa, la pena debe ser medida con todas «sus circunstancias», y tales avatares no pueden ser otros que los tenidos en consideración en la sentencia que se revisa a la hora de la imposición concreta de la pena, como ejercicio de motivación de la dosimetría penal aplicable.» (Vid. también, STS 1095/2011, de 18 de octubre (LA LEY 224313/2011)). A ello nos hemos referido ya extensamente en el apartado anterior, por lo que no insistiremos ahora.

IV. CONSIDERACIONES FINALES SOBRE LA RETROACTIVIDAD FAVORABLE DEL CONCURSO MEDIAL DEFINIDO POR LA LO 1/2015

Las nuevas previsiones sobre el concurso medial que establece la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015), en particular como consecuencia de la fijación como pena mínima imponible la pena superior en un día a la que habría correspondido en el caso concreto por la infracción más grave, hace que la nueva regulación del art. 77.3 CP (LA LEY 3996/1995) pueda resultar más favorable que la anterior, haciéndola susceptible de ser aplicada retroactivamente en los siguientes términos:

1. Solo en los casos de concurso medial de delitos. El concurso ideal «propio», por así decir, del art. 77.2 CP (LA LEY 3996/1995), conserva el mismo régimen de punición, por lo que no puede considerarse que resulte una ley posterior más favorable.

2. La posibilidad de considerar a la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015) como ley más favorable en los casos de concurso medial puede concurrir incluso aunque la infracción más grave haya visto incrementada su pena como consecuencia de la nueva ley posterior. Teniendo en cuenta que:

i.) La posibilidad de retroactividad más favorable se mantiene con independencia del incremento que pueda haberse producirse en el límite máximo de la pena imponible a la infracción más grave.

ii.) En cuanto al límite mínimo, la posibilidad de considerar a la nueva regulación como más favorable se mantiene cuando el incremento del mismo siga manteniéndolo por debajo (al menos en un día) de la pena impuesta en la sentencia condenatoria.

3. Cuando los criterios de individualización de la pena contenidos en la sentencia condenatoria habrían de conducir con la nueva ley a imponer en el caso concreto una pena inferior a la impuesta. La determinación y comparación deben hacerse en concreto y conforme a los criterios de valoración e individualización de la pena contenidos en la sentencia condenatoria, en los términos que quedan señalados. Lo importante, en todo caso, no es la comparación puramente numérica de las penas impuestas, sino el criterio de valoración que el juez o tribunal sentenciador siguieron para fijar la extensión de la pena, dentro del marco legal que se veían obligados a aplicar, conforme a la legislación vigente en el momento de la sentencia (por ejemplo: el mínimo posible). Ese mismo criterio es el que debe ser respetado en la fijación de la extensión de la pena que sea imponible conforme a la nueva ley.

Es obvio que la aplicabilidad de las anteriores observaciones generales dependerá de las circunstancias de cada caso concreto. Aún así, nos decidí a escribir estas reflexiones el convencimiento de que tal vez podían resultar útiles para valorar la posible retroactividad de la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015) en los casos de concurso medial de delitos.

En todo caso, al proceso de revisión de las sentencias por causa de retroactividad más favorable debe ser completamente ajeno el juicio que merezca la reforma del régimen punitivo del concurso medial, que ya ha sido valorado críticamente tanto por la jurisprudencia como por la Circular 4/2015 de la Fiscalía General del Estado (LA LEY 175/2015). Y es que, en un Estado de Derecho, las eventuales «distorsiones» —como las califica la STS 688/2016, de 27 julio (LA LEY 91579/2016) — que puedan producir las reformas legales, como la introducida en el concurso medial, no pueden repercutirse sobre el reo, mediante interpretaciones que, por ejemplo, trataran de mantener a toda costa la pena del nuevo concurso medial en los márgenes punitivos que establecía la regulación anterior (la mitad superior del delito más grave), como parece sugerir la Circular 4/2015 de la Fiscalía General del Estado. Ni tampoco —como se pretende en algunas sentencias recientes, que ya se han criticado— procediendo a una «actualización» de la proporcionalidad, encubridora, en realidad, de una nueva individualización de la pena, que modifica lo que quedó fijado en la sentencia firme de quien, con inmediatez, conoció, juzgó y condenó. **Si la ley está mal, refórmese; pero, mientras esté en vigor, debe ser aplicada en los términos dispuestos por el legislador, por mucho que puedan parecerle inapropiados a quienes han de interpretarla y aplicarla.**

(1) En efecto, la sentencia condenatoria impuso (en apelación) la pena de pena de 2 años 3 meses y un día de prisión, con la accesoria correspondiente, que era el mínimo de la pena imponible al concurso medial apreciado, conforme a la regulación del mismo vigente en el momento de la sentencia (anterior a la LO 1/2015 (LA LEY 4993/2015)), dado que no concurrían circunstancias modificativas. Lo mismo que había hecho, por cierto, la sentencia del tribunal de instancia. De haber aplicado la nueva regulación del concurso medial, pena aplicable sería, a nuestro juicio, la de 1 año y 1 día de prisión, y multa de seis meses y 1 día.

(2) También SSTS 405/2016, de 11 de mayo (LA LEY 51975/2016) y 688/2016, de 27 de julio (LA LEY 91579/2016).