

Acuerdos Plenarios de la Sala Segunda del Tribunal Supremo durante el año 2023

EDUARDO DE URBANO CASTRILLO

Abogado Of Counsel. Doctor en Derecho

Ex Magistrado. Coordinador del Gabinete Técnico de la Sala Segunda del Tribunal Supremo

Como viene sucediendo desde 2019, la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo no ha celebrado ninguna reunión de unificación de criterios haciendo uso del artículo 264 LOPJ, como se venía haciendo tradicionalmente, dando lugar a Acuerdos de Pleno no Jurisdiccionales, los cuales eran después refrendados jurisprudencialmente a través de sentencias reiteradas en las que se recogía el sentido interpretativo alcanzado, como órgano colegiado y deliberativo, por la mayoría del Tribunal, tal como ha recordado la STS 172/2023, de 9 de marzo.

Desde el año 2019, las cuestiones dudosas, por su novedad o contradicción entre distintos Tribunales, se vienen resolviendo mediante «sentencias de pleno» de las que forman parte todos los miembros de la Sala, y que, aunque permiten la emisión de «votos particulares», adoptan un criterio que señala la doctrina a seguir en el futuro, ante asuntos similares. Eso sí, con el riesgo de que la doctrina que así se establezca quede formulada en términos más difusos que los literales Acuerdos no Jurisdiccionales que se han eliminado.

Sin embargo, en el año 2023, hay que referir una peculiaridad, motivada por la LO 10/2022 de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, cuya aplicación motivó un Pleno Jurisdiccional de la Sala Segunda convocado para los días 6 y 7 de Junio de 2023, en el que se proclamó, tal como se detalla en la STS 473/2023, de 15 de junio, que la aplicación retroactiva de la LO 10/2022 deriva y debe ajustarse a la previsión normativa recogida en el artículo 2.2 de nuestro Código Penal, quedando acotada la operatividad de la Disposición Transitoria Quinta del Código Penal de 1995 a aquellas condenas que, respondiendo a delitos perpetrados y sentenciados con anterioridad a su entrada en vigor el 24 de mayo de 1996, estuvieran todavía en proceso de efectivo cumplimiento y no fueran penas pecuniarias.

Pues bien, esa reunión plenaria, celebrada los días 6 y 7 de junio de 2023 ha servido para que la mayoría de la treintena de sentencias de pleno dictadas en 2023 haya sido sobre tal cuestión, tratándose en algunas anteriores a dicha fecha y puntualmente en alguna otra, temas distintos. De este modo, las sentencias de pleno dictadas en 2023, la última de las cuales tuvo lugar el 7 de julio, prácticamente han consistido en dar respuesta concreta a recursos sobre la aplicación de las penas a delitos sexuales cometidos con anterioridad a la entrada en vigor de la LO 10/2022.

Ante lo dicho, clasificamos las sentencias de pleno del año 2023, en dos grupos: las que han abordado cuestiones varias y las que han resuelto recursos centrados en la LO 10/2022.

A) Sentencias de pleno que no aplican la LO 10/2022

STS 93/2023, DE 14 DE FEBRERO (ROJ: STS 483/2023)

Cuestión: Pena en el hurto continuado

Respuesta: Sustracciones de joyas, dinero y de una tarjeta de crédito con la que en varias ocasiones se hicieron pagos, por parte de una mujer con la que la víctima mantuvo una relación de amistad y a la que llegó a permitirle tener una copia de las llaves de su domicilio.

La sentencia en un caso en el que el delito continuado de hurto se integra por una acción constitutiva de un delito menos grave y una acción constitutiva de un delito leve, resuelve que la regla del artículo 74.2 CP permite, cuando todas las infracciones cometidas constituyen delitos leves pero la suma del perjuicio supera el límite del delito menos grave, castigar con una respuesta penológica superior a la que resultaría de las reglas del concurso real. Como también permite la transformación, por la suma de los perjuicios, de delito menos grave a grave.

Y cuando quepa trazar una relación de continuidad entre acciones constitutivas de delitos leves y de delitos menos graves o graves, la regla de exacerbación del artículo 74. 1.º CP solo podrá activarse si dicha relación se integra, al menos, por dos delitos que constituyan delito de naturaleza menos grave o grave.

STS 173/2023, DE 9 DE MARZO (ROJ: STS 1660/2023)

Cuestión: Estafa con abuso de relaciones personales

Respuesta: En la estafa, el subtipo agravado de abuso de relaciones personales previsto en el artículo 250.1.6.º del Código Penal, si bien contempla el grado de especial vinculación entre autor y víctima, debe ser apreciado desde una consideración restrictiva pues, en la mayor parte de las ocasiones, tanto el engaño que define el delito de estafa, como fundamentalmente el quebrantamiento de confianza que es propio de la apropiación indebida, viene a suponer un abuso de la relación que propició la estafa.

La jurisprudencia, por su parte, obliga a imponer la pena legalmente prevista en su mínima extensión y gravamen. Del mismo modo, el mínimo legal resulta del principio de legalidad.

STS 179/2023, DE 14 DE MARZO (ROJ: STS 1557/2023)

Cuestión: Delito de amenazas indirectas

Respuesta: El delito de amenazas es un delito de peligro hipotético, no porque las amenazas puedan o no cumplirse; o porque puedan llegar o no a su destinatario, sino porque no se exige que se produzca una efectiva perturbación del ánimo del amenazado, o que mengüe su sentimiento de seguridad.

El delito de amenazas se consume con la recepción por parte del destinatario del mensaje intimidatorio, y aunque no es un delito de resultado eso no excluye formas comisivas imperfectas, pero se consume cuando llegue a conocimiento del sujeto pasivo.

Cuando coinciden emisión y recepción no hay cuestión. Cuando entre la emisión del mensaje y su recepción media un lapso temporal o un curso causal menos lineal (amenazas a través de tercero; por envío de una misiva; etc.) son imaginables formas imperfectas.

No parece que sea viable ni fecundo un entendimiento a tenor del cual el anuncio de un mal en cualquier contexto a un tercero no presente, conocido o no, popular o no, sea por sí una acción típica, antijurídica y culpable que se convertirá, además, en punible si y solo si, cualquiera de los que la oyó, en acción imprevisible (la condición objetiva de punibilidad se llama *objetiva* porque no ha de ser captada por el dolo del autor) la comunica al aludido.

Las amenazas típicas exigen, una relación entre el sujeto emisor y el destinatario, que se consumará cuando las expresiones proferidas vayan dirigidas a conturbar la seguridad de una persona, lo consiga o no. Esa relación puede ser directa, casos de contacto personal; o a través de un medio que asegure su recepción por el sujeto pasivo: entornos familiares o cercanos al sujeto pasivo, incluso medios de comunicación. Lo relevante es que el mensaje dirigido a conturbar la seguridad llegue con toda su fuerza intimidatoria a la víctima y que esa fuese la intención, directa y exclusiva, o consecuencia asumida, del sujeto activo.

Desde esta perspectiva, la expresión de términos amenazantes a un tercero en una dependencia policial, como fue el caso, no rellena la exigencia de la finalidad de perturbar la tranquilidad del sujeto pasivo, precisamente porque son verdidas en presencia de un aparato encargado del mantenimiento de la seguridad pública

B) Sentencias de pleno que aplican la LO 10/2022

Como se anticipó, en el año 2023, la casi totalidad de las sentencias de pleno versaron sobre la aplicación de las penas tras la LO 10/2022, a partir de los criterios adoptados en el I Pleno de los días 6 y 7 de junio de dicho año.

Y la mayoría de esas resoluciones, consistieron en resolver recursos sobre si las penas impuestas con anterioridad debían reducirse merced a la nueva regulación de los delitos sexuales.

Se trata, por tanto, de sentencias muy técnicas y casuísticas. Y con poca enjundia doctrinal ya que, como se ha dicho, se limitan, después de un análisis exhaustivo de la cuestión, a resolver los recursos planteadas según los criterios aprobados en dicho Pleno.

STS 437/2023, DE 8 DE JUNIO (ROJ: STS 2809/2023)

Cuestión: Principio de retroactividad de la ley penal más favorable

Respuesta: En relación con la aplicación de la LO 10/2022 en su conjunto, hay que recordar que la doctrina del Tribunal Constitucional es muy clara al respecto. Señala el citado Tribunal en su sentencia núm. 131/1986, de 29 de octubre, en relación con el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, que *«no es posible [...] utilizar el referido principio para elegir, de las dos leyes concurrentes, las disposiciones parcialmente más ventajosas, pues en tal caso, el órgano judicial sentenciador no estaría interpretando y aplicando las leyes en un uso correcto de la potestad jurisdiccional [...] sino creando con fragmentos de ambas leyes una tercera y distinta norma legal con invasión de las funciones legislativas que no le competen»*.

Igual criterio ha sido adoptado por la jurisprudencia de la Sala. Efectivamente, conforme se expresara en la sentencia núm. 987/2022, de 21 de diciembre, *«esta Sala ha consolidado un cuerpo de doctrina para supuestos de sucesión normativa, según el cual el cotejo debe hacerse comparando en bloque ambos esquemas normativos, pues solo así puede detectarse que régimen resulta más beneficioso»*. Como decíamos en la STS 107/2018, de 5 de marzo *«no es posible una fragmentación que permitiera escoger aspectos puntuales de una y otra versión, pues solo en su conjunto, a modo de un puzle de piezas que encajan milimétricamente, el texto legal adquiere su propia sustantividad»*. O en palabras de la STS 630/2010, de 29 de junio *«en otros términos los elementos de comparación no se limitan a la consideración de hecho delictivo en una y otra norma, sino a todos los presupuestos de aplicación de la Ley penal»*. Ahora bien, *la elevada penalidad que acompaña a la modalidad delictiva aplicada en este caso, y la mayor afflictividad que deriva de las penas privativas de libertad frente a las que limitan otros derechos, focaliza sobre aquellas el principal elemento comparación»*.

En el mismo sentido se pronuncian las sentencias núm. 930/2022, de 30 de noviembre; 37/2023, de 26 de enero; 88/2023, de 9 de febrero y 204/2023 de 22 de marzo.

STS 440/2023, DE 8 DE JUNIO (ROJ: STS 2824/2023)

Cuestión: Revisión de condena

Respuesta: No ha lugar porque la conducta sancionada en el caso, consistente en agresión sexual sobre menor de dieciséis años, con penetración y prevalimiento de situación de ascendencia, con la continuidad delictiva apreciada en la sentencia, estaría actualmente sancionada con una pena mínima que supera la impuesta en la sentencia cuya revisión se pretende.

STS 438/2023, DE 8 DE JUNIO DE 2023 (ROJ: STS 2820/2023)

Cuestión: Revisión de condena

Respuesta: El Ministerio Fiscal recurre en casación un auto de revisión de pena que se desestima. La sentencia establece la doctrina para determinar la ley penal más favorable, en la aplicación de la LO 10/2022.

Y, resumidamente, dice: la STC núm. 131/1986, de 29 de octubre, en relación con el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, indica que *«no es*

posible [...] utilizar el referido principio para elegir, de las dos leyes concurrentes, las disposiciones parcialmente más ventajosas, pues en tal caso, el órgano judicial sentenciador no estaría interpretando y aplicando las leyes en un uso correcto de la potestad jurisdiccional [...] sino creando con fragmentos de ambas leyes una tercera y distinta norma legal con invasión de las funciones legislativas que no le competen».

Igual criterio ha sido adoptado por la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en SSTS núm. 987/2022, de 21 de diciembre y 107/2018, de 5 de marzo, habiendo establecido la ya antigua STS 630/2010, de 29 de junio que «*En otros términos los elementos de comparación no se limitan a la consideración de hecho delictivo en una y otra norma, sino a todos los presupuestos de aplicación de la Ley penal*». Doctrina reiterada por SSTS núm. 930/2022, de 30 de noviembre; 37/2023, 26 de enero; 88/2023, de 9 de febrero y 204/2023 22 de marzo.

STS 439/2023, DE 8 DE JUNIO (ROJ: STS 2825/2023)

Cuestión: Revisión de pena

Respuesta: En relación con el tipo atenuado del párrafo segundo del artículo 181.2 CP, no procede, ya que no cabría la aplicación del tipo atenuado; y no solo con los abusos de diciembre de 2011 (donde además con la reforma, la pena inferior en grado tendría una pena mínima de dos años y seis meses), sino también en relación con los de septiembre de 2012, acaecidos en ocasión de que la menor «convivía» con el autor, en el domicilio de éste aunque fuera en la transitoriedad de un solo día o noche, que integrara o no el tipo agravado, cuando menos su aproximación a la agravación revela la entidad del ilícito; y durante un período, que aunque fuera breve y en un solo episodio temporal, fueron reiterados: «*a la vez que le daba besos en la mejilla y cuello, efectuándole tocamientos en el pecho, por debajo de las sábanas pero por encima del pijama que vestía la menor*. No fueron pues, de menor entidad y en modo alguno resulta aplicable el criterio de la STS 967/2022, de 15 de diciembre, referida a un tocamiento fugaz.

STS 437/2023, DE 8 DE JUNIO (ROJ: STS 2809/2023)

Cuestión: Revisión de pena

Respuesta: La presente sentencia, podemos considerarla como «de referencia» por la amplitud con que examina las bases de la forma de aplicación de la LO 10/22.

La Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual no contiene una disposición transitoria que limite o module los casos de posible revisión de condenas, lo que no puede ser subsanado a través de la exposición de motivos de la LO 14/2022, de 22 de diciembre porque tal posibilidad no solo resulta ajena a nuestra tradición legislativa, sino que tal exposición de motivos carece de fuerza normativa. En tal sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional (SSTC 170/2016, de 6 de octubre, 36/1981, de 12 de noviembre; 150/1990, de 4 de octubre; 173/1998, de 23 de julio; 116/1999, de 17 de junio y 222/2006, de 6 de julio), aunque sirven como criterio interpretativo finalista de las disposiciones normativas a las que acompañan.

Conforme a lo expuesto, puede concluirse que no es posible jurídicamente que la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, cuya aplicación es invocada por el Ministerio Fiscal, trascienda a la LO 10/2022. Por ello, no existe limitación a la aplicación de la norma más favorable que establecen los arts. 9.3 CE y 2.2 CP.

Y en cuanto a «la aplicación de la LO 10/2022 en su conjunto:

«La doctrina del Tribunal Constitucional es muy clara al respecto. Señala el citado Tribunal en su sentencia núm. 131/1986, de 29 de octubre, en relación con el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, que «no es posible [...] utilizar el referido principio para elegir, de las dos leyes concurrentes, las disposiciones parcialmente más ventajosas, pues en tal caso, el órgano judicial sentenciador no estaría interpretando y aplicando las leyes en un uso correcto de la potestad jurisdiccional [...] sino creando con fragmentos de ambas leyes una tercera y distinta norma legal con invasión de las funciones legislativas que no le competen».

Igual criterio ha sido adoptado por la jurisprudencia de la Sala, conforme se expresó en la sentencia núm. 987/2022, de 21 de diciembre: *«Esta Sala ha consolidado un cuerpo de doctrina para supuestos de sucesión normativa, según el cual el cotejo debe hacerse comparando en bloque ambos esquemas normativos, pues solo así puede detectarse que régimen resulta más beneficioso».* Como decíamos en la STS 107/2018, de 5 de marzo *«No es posible una fragmentación que permitiera escoger aspectos puntuales de una y otra versión, pues solo en su conjunto, a modo de un puzle de piezas que encajan milimétricamente, el texto legal adquiere su propia sustantividad».* O en palabras que tomamos de la STS 630/2010, de 29 de junio *«En otros términos los elementos de comparación no se limitan a la consideración de hecho delictivo en una y otra norma, sino a todos los presupuestos de aplicación de la Ley penal»* Ahora bien, *la elevada penalidad que acompaña a la modalidad delictiva aplicada en este caso, y la mayor afflictividad que deriva de las penas privativas de libertad frente a las que limitan otros derechos, focaliza sobre aquellas el principal elemento comparación».*

En el mismo sentido se pronuncian las sentencias núm. 930/2022, de 30 de noviembre; 37/2023, de 26 de enero; 88/2023, de 9 de febrero y 204/2023 22 de marzo.

Pues bien, tras el correspondiente análisis del caso, se acaba desestimando el recurso.

STS 441/2023, DE 8 DE JUNIO (ROJ: STS 2821/2023)

Cuestión: No revisión y posibilidad de imponer más pena

Respuesta: Se deniega la revisión solicitada pero además al haberse aplicado el Código Penal modificado por la L. O. 10/2022, como esta aplicación lo ha de ser en toda su extensión, procedería haber impuesto también las accesorias obligadas a la vista del artículo 192.3 CP, esto es la inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio o actividades que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad por tiempo de 10 años, que ahora no se pueden imponer, dado que el Ministerio Fiscal no ha formulado recurso contra el citado auto, ni se ha adherido al formulado por el penado.

Y concluye diciendo que *«El artículo 2.2. CP, no dice que se le aplique al reo la ley nueva, lo más favorablemente posible, sino que cuando la ley nueva le favorezca, se le aplique, y eso es lo que ha hecho el tribunal de instancia, motivar el alcance de la nueva pena, teniendo en cuenta el nuevo marco normativo».*

STS 461/2023, DE 14 DE JUNIO (ROJ: STS 2815/2023)

Cuestión: Revisión de pena

Respuesta: No procede la revisión, por no ser más favorable el nuevo marco punitivo previsto en la Ley 10/2022, de 6 de septiembre. Se estima el recurso del MF pues existe un error en el presupuesto empleado por el tribunal de instancia para declarar la procedencia de la revisión.

Y ello porque la conducta declarada probada de acuerdo a la nueva redacción tras la Ley Orgánica 10/2022 es subsumible en los artículos 181.1, 2, 3 y 4, letras c y e, del Código Penal además de en el artículo 74 por la continuidad delictiva. De conformidad con esa previsión la penalidad a imponer tiene que tener en cuenta, en primer lugar, la pena de 10 a 15 años correspondiente a la agresión sexual con penetración, penalidad que debe imponerse en su mitad superior al apreciarse dos circunstancias del artículo 181.4 del Código Penal, por la especial vulnerabilidad y el parentesco declarado probado en la sentencia, lo que llevaría una pena situada entre la horquilla de 12 años y 6 meses de prisión a 15 años. Al concurrir el delito en el régimen del delito continuado del artículo 74, obliga a imponer una pena en su mitad superior, lo que supone que la horquilla entre la que debe imponerse la pena sería de 13 años y 9 meses de prisión a 15 años, pena cuya previsión mínima es superior que la penalidad vigente al tiempo de comisión de los hechos que el tribunal señala en los 13 años y 3 meses de prisión.

Según el criterio mantenido por el propio tribunal en la resolución recurrida, la nueva penalidad, no es más favorable, y no debe procederse a la revisión. Lo anterior hace innecesario entrar en los restantes motivos de oposición, y estimar la impugnación del Ministerio Fiscal. Procede declarar no haber lugar a la revisión de la sentencia objeto de la impugnación.

STS 459/2023, DE 14 DE JUNIO (ROJ: STS 2813/2023)

Cuestión: Incidencia de la nueva nomenclatura

Respuesta: Se desestima el recurso formulado por el condenado a 7 años de prisión por un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 179 CP.

Más allá de la nueva nomenclatura que abandona el término abuso a favor de generalizar el de agresión sexual, se trata de conductas distintas, y por ello no necesariamente abocadas a recibir la misma respuesta punitiva, pues en abstracto se ha fijado una amplia horquilla penológica, como finalmente ha clarificado la ulterior reforma operada por la LO 4/2023.

En el caso, el Tribunal sentenciador descartó expresamente la imposición de la pena mínima, dadas las circunstancias concurrentes, lo que conduce a mantener la pena impuesta, ubicada en la mitad inferior del artículo 179 CP modificado, por proporcionada a la gravedad del hecho y circunstancias del autor.

STS 454/2023, DE 14 DE JUNIO (ROJ: STS 2817/2023)

Cuestión: Cómputo del plazo para recurrir

Respuesta: El plazo para recurrir no queda abierto en tanto se notifica la sentencia a todos los perjudicados, aunque no estén personados.

Aunque el objeto del recurso era una revisión de pena, aborda la sentencia la cuestión de si el Ministerio Fiscal ha de respetar los plazos de los recursos, y contesta, del siguiente modo:

«No es sorteable la objeción referida a la extemporaneidad del recurso pese a la ingeniosa y hábil argumentación hecha valer por el Fiscal para que el recurso se tuviese por preparado cuando el anuncio se hizo varios meses después de la notificación. El auto fue notificado al Fiscal el 24 de octubre de 2022. El escrito de preparación se presentó el 18 de enero de 2023.

El Fiscal en la instancia acudió a la dicción de los arts. 212 y 792.5 LECrim para entender que, en tanto la sentencia no fuese notificada a la víctima no personada, no empezaba a correr el plazo para la interposición del recurso.

Si aceptamos eso, ese plazo incluso estaría, al parecer, todavía abierto, en tanto prosigan las diligencias de localización de la víctima iniciadas.

Si fuese correcta esa interpretación, cuya formulación en una primera aproximación puede resultar atractiva y sugerente, concluiríamos que en nuestros centros penitenciarios se encuentran muchos internos cumpliendo condenas que todavía no son firmes por no estar cerrado el plazo para interponer recurso (art. 141 LECrim). Eso hace ya saltar una alarma que invita a cuestionar la bondad de esa exégesis, a tenor de la cual en tanto no se notifica a todas las víctimas, ofendidos o perjudicados, una sentencia carece de firmeza.

No tiene sentido y será tremendamente disfuncional que el plazo para recurrir quede abierto en tanto no se notifica la sentencia a todos los perjudicados, víctimas o interesados, aunque no estén personados. La disposición se entiende cuando está abierta la posibilidad de impugnación, es decir cuando penden notificaciones a partes legitimadas para recurrir. Por eso puede tener sentido cuando no se le ha comunicado aún la resolución a quien no está personado, pero goza de legitimación para recurrir y se establece la necesidad de notificarle. Pero no puede admitirse en otros casos. El legislador en sucesivas reformas ha establecido deberes de notificación a las afirmadas víctimas o a los perjudicados, aunque no se hayan mostrado parte en la causa, como garantía específica del derecho a la información. Pero ello no supone —a salvo en el procedimiento por delitos leves en el que, como excepción a la regla general, sí cabe interponer recurso por quien no fue parte— que se modifique la condición subjetiva de la eficacia comunicativa de la notificación para que la resolución o actuación judicial notificada despliegue los efectos que le son propios y, en su caso, se computen los plazos de interposición de los recursos. De esa ampliación de la actividad de notificación no puede hacerse depender los efectos procesales que se derivan de la comunicación procesal de la resolución o actuación jurisdiccional».

STS 460/2023, DE 14 DE JUNIO (ROJ: 2814-2023)

Cuestión: Comparativa entre la regulación de la LO 10/2022 y LO 3/2023

Respuesta: En relación a asuntos que ya han sido sentenciados en firme, la comparación se encuentra supeditada a los hechos que la sentencia declaró probados, a la calificación que se realizó y a la pena impuesta.

A la luz de ello, la aplicación de lo previsto en los artículos 181.2 y 181.3 CP, a partir del relato de hechos, la LO 10/2022, no resulta en esta ocasión más beneficiosa. La pena mínima a imponer ahora al recurrente a partir de la vigencia de la LO 10/2022,

con aplicación de la continuidad delictiva que fue apreciada, en ningún caso bajaría de los doce años y seis meses, es decir una penalidad más gravosa que la impuesta en la sentencia con aplicación de la legislación vigente a la fecha de los hechos.

Se desestimó pues, la pretensión revisora, recordando que: «La LO 10/2022, introduce un nuevo esquema de punición. Mas allá de la nueva nomenclatura que abandona el término abuso a favor de generalizar el de agresión sexual, aglutina en esta (artículos 178, 179 y 181) lo que antes integraban conductas diferenciadas, y además lo hace fijando una penalidad unitaria. Son conductas distintas, pero no necesariamente abocadas a recibir la misma respuesta punitiva, pues en abstracto se ha fijado una amplia horquilla penológica que, más allá de las normas de individualización de obligada aplicación, en cuanto convive con el artículo 66 CP, permite discriminar pena en atención a la mayor o menor gravedad del hecho, y las circunstancias del autor. Nada impide ponderar, por ejemplo, como factores de gravedad, el empleo de determinados medios comisivos que implican un plus de lesividad, como finalmente ha clarificado la ulterior reforma operada por la LO 4/2023. Lo relevante es que no se han despenalizado comportamientos, ni siquiera el legislador se decanta por una necesaria menor penalidad, lo que requiere un análisis individualizado en cada caso».

STS 453/2023, DE 14 DE JUNIO (ROJ: STS 2820/2023)

Cuestión: Recurso improcedente

Respuesta: La casación con el propósito de revisión de pena, interpuesta contra el auto que denegó la revisión de la sentencia dictada tras la entrada en vigor de la LO 10/2022, resultaba improcedente porque lo que procedía era recurso de apelación ante el TSJ.

En efecto, tras recordarse la vieja doctrina (con cita de las SSTC 70/1984, 172/1985, 145/1986, 107/1987 y 376/1993 y más modernamente SSTC 404/2020, de 17 de julio y 13/2023, de 19 de enero) de que la información de los recursos procedentes efectuada en la propia resolución a recurrir –cuando es errónea–, no vincula a la partes pues no puede alterar el régimen legal de los recursos, se indica que la reforma procesal efectuada por la Ley 41/2015, de 5 de octubre, ha alterado de forma relevante el régimen de recursos contra sentencias en el proceso penal, generalizando la apelación. Por ello si la sentencia dictada en primera instancia lo ha sido por Audiencia Provincial en un proceso incoado con posterioridad al 6 de diciembre de 2015, fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2015, la ley procesal vigente exige una previa apelación ante el Tribunal Superior de Justicia correspondiente y solo después en casación y a través del artículo 849.1 LECrim.

No obstante, «teniendo en cuenta que esa indicación errónea de la Audiencia al recurso pertinente pudo inducir a error a la parte», en aras de evitar cualquier situación de indefensión, considera que deben retrotraerse las actuaciones al momento de notificación del auto de 12 de enero de 2023, a fin de que por la Audiencia se le indique que el recurso procedente es el de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia en el plazo de 10 días.

STS 470/2023, DE 15 DE JUNIO (ROJ: STS 2812/2023)

Cuestión: Alcance del recurso de casación cuando se solicita la revisión de la pena

Respuesta: Se examina la solicitud de reducir la pena en un caso de agresión sexual de los arts.178 y 179 CP, y se recuerda que la función de un tribunal de casación, cuando conoce de un error de derecho por infracción de ley, es la de examinar la resolución impugnada a la luz del ordenamiento jurídico, en este caso, de una nueva legalidad que contempla un distinto marco punitivo, y examinarlo desde su subsunción y la motivación expresada en la resolución recurrida, las de la precedente revisión realizada por la Audiencia Provincial.

Y procederá la estimación del recurso cuando la penalidad no se ajusta a la legalidad, o la motivación fuera arbitraria o diere una solución flagrantemente desproporcionada a los hechos.

Pero en el caso examinado, el Auto recurrido declara la no procedencia de la revisión en una resolución trabajada que reproduce parte de la motivación de la sentencia condenatoria, justificando la racionalidad de la pena impuesta en su día. Por eso, la función de revisar que ha correspondido al tribunal de instancia se confirma en casación pues se apoya en unas ideas fuertemente enraizadas en nuestra jurisprudencia, a tenor de la cual la individualización judicial de la pena corresponde al Tribunal sentenciador, en la que ha de observarse, obviamente, la legalidad que dispone la interdicción de la arbitrariedad y el deber de motivar de los arts. 9.3 y 120.3 CE.

STS 473/2023, DE 15 DE JUNIO (ROJ: STS 2822/2023)

Cuestión: Alcance del incidente de revisión

Respuesta: Más allá de que se expone la doctrina sobre la revisión de penas tras la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, se delimita en qué consiste el «incidente de revisión», del que se dice que no es un juicio nuevo. Su objeto es muy limitado: verificar si la reforma operada incide favorablemente en la subsunción jurídico-penal y/o penalidad y no se pueden corregir defectos que se detecten en la sentencia y que no fueron objeto de impugnación.

Por otro lado, se estima que el resultado de la operación de re individualización realizada en el caso, es razonable y se acomoda a criterios de proporcionalidad, por lo que debe respetarse. Si bien si, como sucede, la norma renovada vigente incluye (desde la reforma de 2021) una pena conjunta consistente en una específica inhabilitación para actividades, remuneradas o no, con menores, no puede ser orillada de la revisión.

STS 475/2023, DE 16 DE JUNIO (ROJ: STS 3068/2023)

Cuestión: Revisión de pena

Respuesta: No procede porque el nuevo tipo impone la misma pena o incluso pena superior que la aplicada en la sentencia.

Los hechos enjuiciados consistieron en el empleo de intimidación para la obtención de unas grabaciones en las que la menor aparece realizando tocamientos sobre su propio cuerpo con un claro contenido sexual. Estos hechos fueron calificados en la

sentencia de casación como delito de agresión sexual agravada del artículo 178 CP en relación con el artículo 180.1.3.º CP que castiga la agresión sexual con pena de 5 a 10 años de prisión «cuando la víctima sea especialmente vulnerable por razón de su edad». Concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas como muy cualificada se impuso la pena inferior en grado y, dentro de ésta, cerca de su límite máximo (4 años y 6 meses).

Actualmente y como consecuencia de la entrada en vigor de la LO 10/2022 esos mismos hechos se calificarían como delito de agresión sexual a menor de 16 años, tipificado en el artículo 181.1 y 2, que castiga el hecho con la misma pena de 5 a 10 años de prisión. Incluso si se aplicara la agravación prevista en el artículo 181.4, apartado c), de similar factura a la establecida en el artículo 180.1.3.º derogado, el marco penológico podría situarse entre los 7 años y 6 meses y los 10 años, por lo que la pena inferior en grado oscilaría entre los 3 años y 6 meses y los 7 años de prisión.

Por lo tanto, el presupuesto fáctico sobre el que se sustenta la pretensión de revisión de la condena no concurre. No es cierto que la penalidad introducida por la LO 10/2022 sea más favorable para el condenado que la establecida en los preceptos aplicados en la sentencia, razón que conduce a la desestimación del recurso.

STS 480/2023, DE 20 DE JUNIO (ROJ: STS 2819/2023)

Cuestión: Comparativa y penas accesorias

Respuesta: A efectos de comparación, y dejando al margen aquellos casos en que se trate de pena mínima, ello ha de hacerse en atención a lo que demande cada uno en concreto, y en el caso presente no se considera que proceda más reducción de la pena privativa de libertad que la que se reconoció en el auto recurrido.

La comparación entre las normas cuya vigencia se sucede en el tiempo, con carácter general, como es sabido, debe ser realizada de forma completa. No es posible, por tanto, una fragmentación que permitiera escoger aspectos puntuales de una y otra versión, pues solo en su conjunto, a modo de un puzzle de piezas que encajan milimétricamente, el texto legal adquiere su propia sustantividad.

Se estima correcta la decisión de la Audiencia provincial, pero resultan de imposición imperativa, para cualquiera de los delitos del Título VIII (delitos contra la libertad sexual), las penas que figuran actualmente por lo que la pena accesoria de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo de 10 años que solicita el M. F. ha de ser incluida.

STS 481/2023, DE 20 DE JUNIO (ROJ: STS 2818/2023)

Cuestión: Determinación de la pena procedente

Respuesta: En el caso, se trata de un recurso de casación contra un auto, en que la Audiencia acuerda que no ha lugar a la revisión de una pena de prisión de 14 años, impuesta por un delito continuado de agresión sexual con acceso carnal de los arts. 178 y 180.1. 3 y 4, en relación con el 74 CP, con la pretensión de que dicha pena se reduzca a 11 años y 6 meses.

La Sala no comparte el planteamiento del recurrente que gira en torno a criterios de proporcionalidad, pues a efectos de comparación, y dejando al margen aquellos

casos en que se trate de pena mínima, ha de hacerse en atención a lo que demande cada uno en concreto.

La pena de cuya revisión se trata fue impuesta por un delito de agresión sexual continuado, en que la víctima era un joven de 17 años, del *artículo 179 CP*, concurriendo las específicas circunstancias de agravación del artículo 180.1.3.^a (víctima especialmente vulnerable) y 180.1.4.^a (prevalimiento de superioridad), que, por ser dos las circunstancias de agravación, en aplicación del apdo. 2 del propio artículo 180, el arco penológico sería de 13 años 6 meses y 1 día a 15 años de prisión, y por concurrir la continuidad delictiva, en aplicación del artículo 74, la pena iría de 14 años, 3 meses y 1 día a 15 años, con lo que la pena de 14 años, de la que parte el recurrente para la comparación es una pena incorrecta. Y es que, a los efectos de la revisión y si se plantea un juicio de proporcionalidad, lo que no resulta tolerable es que, desde un erróneo planteamiento, se realice dicho juicio, por cuanto que la proporcionalidad no cabe plantearla desde tal irregularidad.

A lo anterior se añade que nos encontramos con un recurso de casación por *error iuris*, que obliga a partir de los hechos que fueron declarados probados.

Por todo ello, en el caso en cuestión, y sentado que la pena mínima imponible que correspondería con la LO 10/2022, sería la 13 años y 1 día de prisión, más debajo de la cual no cabría reducir la de 14 años, en atención a las circunstancias del caso, en particular la muy continuada actividad delictiva desplegada, que se prolonga desde el inicio del año escolar 2007-2008 hasta agosto de 2008, que permitiría llegar, de conformidad al artículo 74.1 CP, a una pena superior a los 15 años de prisión, no se quiebra ninguna proporcionalidad manteniendo esa de 14 años, por lo que la revisión no es procedente.

STS 487/2023, DE 21 DE JUNIO (ROJ: STS 2828/2023)

Cuestión: Sentencia de conformidad y aplicación de la pena en su grado mínimo

Respuesta: La sentencia de conformidad puede ser alterada, y aplicarse un nuevo mínimo punitivo cuando la nueva legislación resulta más favorable.

La imposición de la pena en el grado mínimo con arreglo a la anterior regulación, con o sin motivación adicional, conlleva la revisión de la pena y la imposición de la pena en el mínimo a la ley actual más favorable (vid. STS 985/2022, de 21 de diciembre), en un caso de conformidad).

Criterio que también es aplicable a quienes resultan condenados en una sentencia de conformidad, al carecer de justificación un trato diferente a los que la imposición de la pena en el mínimo legal viene motivada por su reconocimiento de los hechos y aceptación de la pena, respecto de otros condenados a igual pena, tras la celebración de un juicio en el que, por ejemplo, no admitieron los hechos o su autoría.

STS 501/2023, DE 23 DE JUNIO (ROJ: STS 2823/2023)

Cuestión: Pena en un delito sexual continuado

Respuesta: No se accede a la revisión porque la pena prevista por la nueva norma no es más favorable.

El recurrente fue condenado como autor de un delito continuado de abuso sexual a menor de 13 años, con introducción de dedos en la cavidad vaginal de su víctima y concurriendo la agravante específica de prevalimiento por parentesco; conducta pre-

vista y penada en los artículos 183.1, 183.3, 183.4.d y 74 del Código Penal, en su redacción dada por la LO 5/2010 vigente a la fecha en que los hechos tuvieron lugar. Dado que los abusos sexuales del artículo 183.1 y 183.3 tenían prevista una pena privativa de libertad de 8 a 12 años, que debía aplicarse en su mitad superior por concurrir la agravación específica del artículo 183.4.d), la regla de punición del delito continuado expresada en el artículo 74.1 del Código Penal conducía a un marco penológico que fluctuaba de 11 a 12 años de prisión, pudiendo llegar a los 18 años como límite de la mitad inferior de la pena superior en grado. Y en ese espacio de punición el Tribunal excluyó la menor duración y estableció la extensión de 12 años, lo que hizo en consideración al perfil criminógeno del recurrente y a la gravedad del hecho (art. 66.1.6.^a del Código Penal). Concretamente subrayó que la individualización de la pena respondía a que el acusado tenía antecedentes penales (pese a no ser computables a efectos de reincidencia), además de por la intensidad de los abusos y por la corta edad de 10 años que tenía la víctima.

Conforme con la LO 10/2022, los hechos serían subsumibles en el artículo 181.3 del Código Penal en relación con los artículos 181.2 y 178.2 del texto sancionador, considerando para ello que el autor cometió el delito aprovechando su situación de superioridad respecto de la víctima. Esto define un marco punitivo de 10 a 15 años de prisión que, por aplicación de las normas de sanción para el delito continuado, comporta un mínimo penológico superior al que se le impuso.

Y aun en la consideración de que los hechos se entendieran subsumibles en el artículo 181.3 en relación con el artículo 181.1, concurriendo entonces la agravación específica del artículo 181.4.e) del nuevo texto, la pena fluctuaría entre 10 años y 6 meses de prisión como límite mínimo y los 18 años correspondientes al límite de la mitad inferior de la pena superior en grado (art. 74.1 del Código Penal). Pero en todo caso confluyendo las mismas razones que llevaron al Tribunal a no aplicar la mínima punición prevista por el legislador y a exacerbar el reproche, dentro de un marco de mucha mayor amplitud, hasta los 12 años de prisión. La nueva regulación, ni aun bajo el juicio de subsunción que se ha expuesto, puede entenderse más favorable para el penado. Por más que se haya rebajado levemente el límite mínimo imponible, la individualización en concreto sería la misma, pues siguen confluyendo las circunstancias que llevaron al Tribunal a imponer y mantener la pena privativa de libertad de 12 años.

STS 523/2023, DE 29 DE JUNIO (ROJ: STS 2827/2023)

Cuestión: Revisión de pena

Respuesta: En la presente sentencia –de gran extensión y a cuya lectura remitimos– se plantean diversas cuestiones, al hilo de la revisión de la pena que se solicita.

La sentencia, que cuenta con varios votos particulares, mantiene la revisión efectuada por la Audiencia Provincial si bien añade algunas penas accesorias, a la vista de la nueva regulación de los delitos sexuales.

Entre otros fundamentos, se dice:

«La limitación razonable de los efectos derivados del artículo 2.2 del Código Penal en materia de retroactividad de disposiciones penales favorables es posible. Pero que sea una opción viable para el legislador no significa, naturalmente, que haya de sobrentenderse como adoptada por todos los legisladores penales pasados y futuros, que solo podrían apartarse de ella mediante una disposición expresa que dijese lo contrario o mediante la modificación del artículo 2.2 CP, proclamando que

las sentencias firmes solo quedan afectadas cuando con arreglo a la nueva ley la pena sea imponible (aunque la pena impuesta fuese el mínimo de la anterior horquilla y ahora suponga el máximo del nuevo marco penal). De hecho, en algunas de esas reformas sin disposiciones transitorias se ha procedido a algunas revisiones (aunque la tendencia más bien punitivista instalada en nuestros días provoca que haya muchas más reformas desfavorables que beneficiosas, no faltan algunas que han comportado ciertas reducciones penológicas: v.gr. reforma en 2012 de delitos tributarios) ignorando, en coherencia con lo hasta aquí dicho, el criterio de la disposición transitoria ahora invocada por el Fiscal.

Así, a nuestro parecer, el artículo 2.2 del Código Penal no necesita complemento alguno. Contiene una regulación bien explícita. No se advierte ninguna clase de laguna que exija acudir a una norma supletoria o a una interpretación pretendidamente analógica, menos todavía, cuando ésta pudiera resultar perjudicial para el reo».

Y más adelante:

«La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, no solamente supuso un cambio de paradigma punitivo con respecto a la regulación hasta ese momento vigente entre nosotros, sino que, puede decirse ahora, constituye un paréntesis, abierto y cerrado, en nuestros sucesivos textos penales. En efecto, la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, rectifica nuevamente el modelo para volver a diferenciar ahora, –siempre, naturalmente, manteniendo como elemento axial la ausencia de consentimiento válido–, la respuesta punitiva en consideración al empleo de violencia o intimidación (actual redacción del artículo 178.3: «si la agresión se hubiera cometido empleando violencia o intimidación o sobre una víctima que tenga anulada por cualquier causa su voluntad», se impondrá una pena superior a la correspondiente para los demás tipos de agresiones sexuales. Esta nueva ley, hoy vigente, aun manteniendo la unificación en la nomenclatura (agresiones sexuales) y, por descontado, partiendo de la inexistencia de consentimiento válido, considera preciso, por lo que ahora importa, atender a los medios empleados para protagonizar la agresión, (a la violencia o intimidación por lo que ahora importa) para calibrar la magnitud de la pena correspondiente.

No existe, es evidente, un fantasmagórico derecho del acusado a que le resulte impuesta, precisamente, la pena mínima. Ni en este delito, ni en ningún otro. Sin embargo, el mero concurso de uno de los elementos constitutivos de la infracción penal no puede ser, a su vez, razón atendible para incrementar la pena establecida como límite mínimo del segmento punitivo asociado a la conducta típicamente descrita. Se trata de aspectos (en nuestro caso, el empleo de violencia) ya tomados en cuenta por el legislador para determinar la horquilla penal correspondiente, lo mismo en sus límites mínimos que en máximos. Si es posible, en nuestro caso y conforme a la descripción del tipo penal, que una determinada conducta efectuada con violencia o intimidación sea sancionada con la pena mínima de siete años de prisión, no puede ser un motivo suficiente, –pugna incluso con las reglas del mero razonamiento lógico–, la sola existencia de violencia (o intimidación) para impedir, por sí, la imposición de la pena en ese punto mínimo del segmento.

En el supuesto que se somete ahora nuestra consideración, basta la mera lectura del relato de hechos probados de la sentencia firme para comprenderlo: los delitos se cometieron empleando violencia. Quedan colmadas así las exigencias típicas de los artículos 178, 179 y 180.1.1.ª del Código Penal, en su redacción resultante de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. Pero el empleo de esa violencia, ya considerada como uno de los métodos posibles para el acceso no consentido, frente a lo que sostiene el recurrente, no convierte al delito necesariamente en más grave (como tampoco lo convertiría en necesariamente más leve, reclamando la inevitable imposi-

ción de una pena situada en el tramo inferior del segmento, que, por ejemplo, el delito se hubiera cometido sobre personas que se hallaran privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare). Por eso, frente a lo que parece sostener el recurrente, en el modelo legislativo resultante de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, la sola existencia de una conducta violenta no es, necesariamente, más grave que la de que quien propicia el ataque sexual por cualquiera de los otros medios descritos en el artículo 178.2. Este ha sido el juicio de proporcionalidad efectuado por las Cortes Generales, en el mencionado paréntesis legislativo, frente al modelo tradicional, y a éste debemos atenernos, respetando la competencia que les es propia, por mucho que, naturalmente, cada operador jurídico, incluso cada ciudadano, puede tener (y mantener) su propio punto de vista al respecto».

También se dice:

«Desborda las atribuciones de un Tribunal de casación la capacidad de redimensionar la pena para ajustarla a sus propias eventuales estimaciones. Nos entrometemos en facultades discrecionales que el legislador deposita en la Audiencia Provincial. Solo podemos verificar si la opción penológica está motivada con arreglo a criterios legales y razonables, y no vulnera las reglas de individualización. En el ámbito último de discrecionalidad inherente a la elección de una pena concreta dentro de la horquilla legal, la decisión corresponde, a la Audiencia. No puede ser usurpada o expropiada por el Tribunal de casación».

Y una reflexión final:

«Sería preferible no frivolizar con la pretendida lenidad del ordenamiento jurídico penal, con la también denostada insuficiencia de las reacciones punitivas o con la recurrente invocación a la necesidad de endurecer e incrementar la respuesta penal. Con independencia de que casos habrá en los que un incremento relativo de las penas asociadas a determinadas conductas pudiera ser conveniente, —como también sucederá seguramente lo contrario, tal vez en más oportunidades—, tras la revisión de la pena inicialmente establecida en este caso se imponen al condenado un total de quince años de prisión. Ciertamente la reducción es sustancial comparada con la establecida en la sentencia que se revisa (cinco años menos de prisión, por efecto de lo establecido en el artículo 76 del Código Penal). Como se sabe, quince años de prisión es el límite máximo previsto por el legislador para el autor de un delito consumado de homicidio doloso y también son quince años el límite inferior de la pena prevista para el autor de un delito, consumado y doloso, de asesinato.

No advertimos así ni que la decisión de la Audiencia Provincial que aquí se recurre resulte arbitraria, carente de fundamento o contraria a precepto legal alguno. Es mera y razonable consecuencia de la nueva desvalorización de las conductas realizada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, en el ámbito de los delitos contra la libertad sexual y del nuevo modelo que la misma promovió para estructurar su punición. Tampoco se evidencia una ausencia de proporcionalidad censurable en términos constitucionalmente relevantes».

STS 524/2023, DE 29 DE JUNIO (ROJ: STS 2826/2023)

Cuestión: Revisión en los casos de delito sexual con abuso de superioridad

Respuesta: La referencia al abuso de una situación de superioridad (artículo 178.2 y 181.4) no aporta una especial claridad en la aplicación de la norma. Cuando dicho

prevalimiento concurra en la conducta del acusado, resultará lo procedente la aplicación de lo previsto en el segundo inciso del artículo 181.3 (pena de prisión de 10 a 15 años), del mismo modo que así sucedería con respecto a los demás casos referidos en el artículo 178.2 (violencia, intimidación, situación de vulnerabilidad de la víctima o actos ejecutados sobre personas que se hallen privadas de sentido, de cuya situación mental se abusare o que tuvieren anulada su voluntad por cualquier causa). En ese entendimiento, el artículo 181.4 e) del Código Penal quedaría reservado para aquellos supuestos en los que, concurriendo cualquiera otra de las modalidades a las que se refiere el artículo 178.2 del Código Penal, hubiera actuado el acusado también prevaleciendo de una relación de superioridad.

STS 529/2023, DE 29 DE JUNIO (ROJ: STS 3067/2023)

Cuestión: El principio de retroactividad

Respuesta: Se recuerda, en esta sentencia, de cierta amplitud el tratamiento de la referida cuestión que se estudió en el Pleno Jurisdiccional de los días 6 y 7 de junio de 2023, en el que se proclamó de forma unánime, como se detalla entre otras muchas, en las SSTS 473/2023, de 15 de junio y 501/2023, de 23 de junio, que la aplicación retroactiva de la LO 10/2022 debe ajustarse a la previsión normativa recogida en el artículo 2.2 de nuestro Código Penal y que la operatividad de la Disposición Transitoria Quinta del Código Penal de 1995 se agota en aquellas condenas que, respondiendo a delitos perpetrados y sentenciados con anterioridad a su entrada en vigor el 24 de mayo de 1996, que estuvieran en proceso de efectivo cumplimiento en esta última fecha, siempre que no se tratara de penas pecuniarias.

Hemos recordado –prosigue la presente resolución– que el principio de retroactividad de las leyes penales favorables, aun no estando expresamente enunciado en la Constitución Española, se ha considerado derivado de la prohibición constitucional de retroactividad de las disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos (art. 9.3 CE), así como de un conjunto de disposiciones normativas internacionales que son de aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico y que arrastran la interpretación de los derechos fundamentales que la Constitución reconoce (art. 10.2 CE). En concreto del artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que, tras proclamar el principio de legalidad penal, establece 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*»; además del artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea que, reconociendo también el principio de legalidad penal, expresa que «*si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada esta*».

Sin embargo, también es cierto que el principio general de retroactividad de las leyes sancionadoras favorables no comporta el necesario reconocimiento de una extensión absoluta. Aunque no es admisible que unos hechos delictivos se enjuicien aplicando la ley vigente al momento de su comisión si la regulación ha sido sustituida por otra que reduzca el desvalor de la conducta enjuiciada, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos admite que el ordenamiento jurídico de un país pueda rechazar que la nueva ley se aplique a procedimientos ya terminados con sentencia firme.

En el espacio en el que se reconoce una diversidad de opciones legislativas respecto a la sucesión en el tiempo de las normas penales, la opción de nuestro legislador democrático expresada en el artículo 2.2 del Código Penal de 1995 ha sido amplia y generosa, al establecer que «*tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que*

favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena»; excluyendo sin embargo los supuestos en los que se trate de «hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal».

Esta es la regla establecida por nuestro legislador para la sucesión en el tiempo de leyes penales, sin perjuicio que disposiciones normativas de igual rango que hayan podido disponer que la concreta aplicación de esa norma se realice con márgenes de revisión más limitados o restringidos.

Sin embargo, la Sala ha mantenido unánimemente que sería inexacto sostener que todas las reformas penales han previsto un régimen transitorio similar al descrito o que para todas las reformas penales debe interpretarse el artículo 2.2 del Código Penal en el sentido de entender que la ley no es favorable al reo si, como indica la *DT 5.ª, la duración de la pena anteriormente impuesta al hecho con sus circunstancias resulta también imponible con arreglo al nuevo código*. Aplicar esta limitación a la regla general de revisión de sentencias firmes recogida en el artículo 2.2 del Código Penal, sin que exista una previsión transitoria y específica en la nueva disposición normativa que en cada caso se contemple por su reciente entrada en vigor, supondría introducir una interpretación extensiva e *in malam partem* que no tiene cabida en el Derecho penal.

Para los supuestos de promulgación de leyes carentes de un régimen transitorio sobre revisión de sentencias firmes, como sucede con la LO 10/2022, sólo cabe aplicar la regla de revisión por contraste del *artículo 2.2 del Código Penal* y, consecuentemente, deberá desplegarse una labor de individualización de la pena que se ajuste al nuevo marco legal de punición y a sus reglas de dosimetría, aplicando además los elementos particulares de individualización que estén expresamente recogidos en la sentencia que se revisa, siempre que hayan sido objeto de debate contradictorio y que puedan tener proyección sin quebranto del principio de proscripción del *bis in idem*. Así lo exige el principio de concreción que expresó aplicable la Gran Sala del TEDH con ocasión de la opinión consultiva reclamada por el Tribunal Constitucional de Armenia (segunda opinión emitida por el TEDH tras la entrada en vigor del Protocolo núm. 16 al Convenio), respecto del artículo 7 del Convenio y, más concretamente, sobre el principio de irretroactividad del Derecho penal y su aplicación en supuestos de comparación entre las disposiciones penales vigentes en el momento de la comisión de un presunto delito y las exigencias o previsiones modificadas en una ley posterior.

STS 525/2023, DE 29 DE JUNIO (ROJ: STS 2829/2023)

Cuestión: Supuesta indefensión por infracción de las normas del procedimiento

Respuesta: Una irregularidad procesal sólo alcanza relevancia constitucional cuando produzca un perjuicio real y efectivo en las posibilidades de defensa de quien la denuncie. Y solo se considera existente indefensión material con relevancia cuando no sea descartable que el trámite omitido hubiera sido decisivo en términos de defensa, en el sentido de que hubiera podido determinar un fallo diferente. Por tal razón, la verificación de que se han producido tales defectos procesales no genera de forma automática la lesión de derechos constitucionales, si no ha producido indefensión material.

El defecto, consistió en que ningún escrito presentó el condenado en el incidente de revisión de pena, siendo que el traslado a esos fines se otorgó por la Audiencia Provincial, de forma simultánea a todas las partes, –acusaciones y defensa–, en lugar

de proceder, conforme hubiera sido lo conveniente, a establecer un plazo sucesivo, a efecto de que la defensa del condenado tuviese conocimiento cabal de las pretensiones acusatorias acerca de este extremo antes de presentar su escrito de alegaciones.

Pero es claro que en el caso, la defensa del condenado ha dejado expuestas cumplidamente en este su recurso de casación las razones por las que estima que la entrada en vigor de la ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, posterior a la firmeza de la sentencia recaída en las presentes actuaciones, contiene una regulación más favorable para el condenado y que, en consecuencia, por aplicación del artículo 2.2 del Código Penal, la misma debió serle aplicada.

Cumplidamente impuesta la defensa del condenado de las alegaciones formuladas por las acusaciones en este procedimiento, y aun de las consideraciones efectuadas al respecto en el auto que impugna, expresa en su recurso las razones de su discrepancia, sin que la declaración de nulidad que ahora persigue, con reposición de las actuaciones al momento en el que se cometió la irregularidad, pudieran reportarle, en este sentido, beneficio alguno, y sí, en cambio, generar dilaciones inconvenientes y darentes de cualquier clase de fruto legítimo.

Pasando a analizar lo que se expone en el recurso, en cuanto a la cuestión sobre la revisión de la pena, el recurrente fue condenado en sentencia firme como autor de un delito continuado de abusos sexuales a menor (entonces) de 13 años, con penetración y prevalimiento de una relación de parentesco, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 10 años de prisión y accesorias. Se aplicaron entonces los artículos 181.1 y 182. 1 y 2, en relación con la circunstancia 4.^a del artículo 180.1, todos ellos del Código Penal vigente a la fecha de los hechos, –redacción previa a la reforma de la LO 5/10–, así como el artículo 74 del Código Penal (delito continuado). La Audiencia Provincial en su sentencia, hoy firme, resolvió imponer la pena en su máxima extensión legalmente prevista (10 años de prisión).

Y a partir de la redacción resultante de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, los hechos entonces enjuiciados deberían calificarse de conformidad con las previsiones contenidas en los artículos 178.2 del Código Penal, en relación con los artículos 181.1, 2 y 3, inciso segundo, lo que nos remitiría, al menos, (prescindiendo aquí de la posibilidad de aplicar alguna de las agravaciones contempladas en el artículo 181.4), a una pena de prisión de entre diez y quince años, que, por tratarse de un delito continuado, debería resultar impuesta en su mitad superior (arrancando de un mínimo de doce años y seis meses de prisión), pena, evidentemente, desfavorable para el acusado en relación con la que le fue impuesta con aplicación de las normas penales vigentes al tiempo de la comisión de los hechos. Por ello, el motivo se desestima.

STS 536/2023, DE 3 DE JULIO (ROJ: 3066/2023)

Cuestión: Criterios sobre las rebajas de penas

Respuesta: Conforme a la deliberación del Pleno celebrado el 6 de junio de 2023, y recogiendo las palabras contenidas en el FJ 9.º de la STS 472/2023, 15 de junio –Pleno–: «(...) hemos razonado la imposibilidad de aplicar analógicamente una disposición in malam partem que no se promulgó para la situación abordada: en este caso una reforma penal efectuada en 2022 en una ley que solo contiene una disposición transitoria que para nada afecta a su contenido penal».

Por otra parte, –sigue la sentencia– la exégesis propuesta por el Ministerio Público provoca una discriminación menos asumible y más repudiable: los ya condenados contemplarían impotentes como son peor tratados que quienes cometieron el

mismo delito en fechas similares o incluso anteriores, pero por razones caprichosas que normalmente escapan a su ámbito de dominio (el juicio se suspendió por incomparencia de un testigo; mayor volumen de asuntos y más retrasos del Tribunal competente in casu, la tramitación más parsimoniosa del recurso de casación o apelación...) van a poder reclamar, sin limitación alguna, en fase de recurso o en el juicio, una penalidad menor acogiendo a la nueva legislación. Igualmente puede comportar una discriminación en favor de los castigados con una pena superior. Verán revisada su pena por exceder del nuevo máximo, frente a quienes por los mismos hechos recibieron una pena inferior que quedará invariable (el ejemplo más claro de esto –no único– deriva del examen del artículo 178 CP: quien fue castigado por una agresión sexual a la pena de cinco años se verá ineludiblemente favorecido por la reforma; y a quien, sin embargo, se impuso una pena de cuatro años, no podrá reclamar la aplicación de la nueva ley).

La regla general es la plasmada en el artículo 2.2 CP que no introduce variación significativa frente al anterior artículo 24 CP: la norma más favorable se aplica también a quienes están cumpliendo condena.

Quedan equiparados, así, todos los casos en que la ley derogada sigue desplegando efectos, hayan sido enjuiciados o no (los que están pendiente de juicio, los que están pendientes de recurso y los que están pendientes de iniciar o finalizar el cumplimiento). Habrá que ponderar qué ley es más beneficiosa y aplicarla, lo que globalmente arrojará un resultado no discriminatorio y más equitativo».

En otro orden de cosas, el principio general y compartido de retroactividad de las normas sancionadoras favorables es hasta un cierto punto graduable. El legislador puede conferirle una extensión absoluta, sin matización alguna; o limitarlo con técnicas diversas. Así, por ejemplo, quedan fuera de su perímetro, en principio y como regla general, las denominadas «leyes temporales». Lo deja expresado de este modo y de manera inequívoca el último inciso del artículo 2.2 del Código Penal cuando señala: «los hechos cometidos bajo la vigencia de una ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario». Esta peculiaridad normativa se entiende con facilidad si se repara en que, en tales casos, –leyes temporales–, el legislador no materializa un cambio de valoración en el reproche de determinadas conductas con vocación de permanencia, sino que, en atención a particulares circunstancias fácticas suficientemente justificadas y durante un período concreto, juzga preciso atemperar o agravar (incluso suprimir) la penalidad de determinados comportamientos durante el paréntesis temporal de su vigencia. No es el caso, por descontado, de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre .

El legislador goza de cierta libertad y autonomía para modular el principio de retroactividad de la ley penal posterior favorable. Así lo ha hecho nuestro legislador con ocasión de varias reformas penales, estableciendo disposiciones transitorias que valecían, por su carácter especial, frente a la dicción del artículo 2.2 del Código Penal. La legitimidad convencional de ese tipo de limitaciones está reconocida por la jurisprudencia supranacional (significadamente por el T. E. D. H.), naturalmente para aquellos supuestos en que las mismas aparecen contempladas en la ley nacional.

En efecto, el artículo 2 del Código no contiene el máximo grado de retroactividad posible, –hipotéticamente ésta podría extenderse también a la existencia de penas ya cumplidas, lo que no siempre sería una cuestión meramente simbólica, o a penados que no estuvieren, por cualquier razón, cumpliendo condena–, pero sí es alto.

Queda, pues, en manos del legislador en cada reforma penal dejar operar al régimen previsto, «por defecto», en el artículo 2.2 CP; o establecer normas específicas que podrían bien extender la eficacia retroactiva más allá de lo que se deriva del ar-

título 2.2 CP; bien restringirla. Nunca podrá llegar, eso sí, al punto de impedir que a los hechos anteriores pendientes de enjuiciamiento se les aplique la nueva legislación más beneficiosa (a salvo el caso de las leyes temporales)».

STS 557/2023, DE 6 DE JULIO (ROJ: 3069-2023)

Cuestión: Revisión de pena

Respuesta: En el caso no procede pues la labor comparativa de marcos penales realizada por el tribunal de instancia resulta acertada y arroja un claro resultado: la ley intermedia no es más favorable.

La ley aplicada, la introducida por la reforma operada por la L. O 11/99, establecía un marco de pena imponible, atendida la continuidad de los dos delitos y la agravación específica del *artículo 180.1. 3.º CP*, de ocho años y seis meses a doce años y seis meses de prisión. El marco de pena imponible de la ley intermedia, incluso aunque se descartara la concurrencia de la acción típica del *artículo 178.2 CP*, iría de nueve años a quince años de prisión, tomando en cuenta el efecto hiper agravatorio de la continuidad identificado en la sentencia de instancia.

La pena impuesta fue de diez años de prisión, en la mitad del arco de pena imponible, partiendo, insistimos, de la hiper agravación por continuidad que permite imponer la pena en la mitad inferior de la superior en grado, destacando la sala de instancia la presencia de indicadores de especial gravedad en la conducta.

En consecuencia, no concurre ninguna razón que, derivada del principio de retroactividad de la ley penal más favorable, justifique imponer la pretendida pena mínima prevista en la ley intermedia cuando, a la luz del juicio de individualización de la pena impuesta en la instancia, la imponible con dicha ley sería significativamente más alta.

STS 556/2023, DE 6 DE JULIO (ROJ:3070-2023)

Cuestión: Revisión de pena

Respuesta: El recurrente fue condenado como autor de un delito continuado de abuso sexual con penetración y prevalimiento. El marco de la pena imponible con la ley vigente al tiempo de la comisión de los hechos, dada la continuidad delictiva, iba de ocho años y seis meses a diez años, habiéndose impuesto la pena de nueve años de prisión, dentro de la mitad inferior pero cerca de su límite alto –nueve años y tres meses–, por concurrir una circunstancia atenuante de dilaciones indebidas. Con la ley intermedia, el marco de pena imponible va de los once a los quince años, si bien concurriendo una circunstancia atenuante no podría superar el límite de los trece años y seis meses. Al resultar, en el presente caso, manifiestamente desfavorable la aplicación de la ley intermedia, no procede la revisión interesada.

STS 566/2023, DE 7 DE JULIO (ROJ STS 3356/2023)

Cuestión: Disposición transitoria 5.ª de la LO 10/1995

Respuesta: No es aplicable, en el caso porque la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, no la contempla y es perjudicial

para el reo, como precisamente sí la recoge, como aplicativa la nueva LO 4/2023. En el caso, no se pueden revisar las penas ya que algunos aspectos ya enjuiciados, son cosa juzgada, como: a) las cuestiones normativas, ya decididas de forma firme en la resolución judicial que va a ser objeto de revisión: b) las cuestiones sobre la culpabilidad del acusado, cuando igualmente se ha tomado una decisión judicial al respecto; c) el ejercicio de la individualización penológica, aplicando el contenido del *artículo 66 del Código Penal*, de modo que al situarse la pena en una concreta dosimetría penal, esta operación no puede ser corregida mediante una operación de revisión penológica, pues desbordaría ese espacio de ejercicio judicial de fijación, no solamente de un tramo concreto de pena, sino también de la fijación de una cuantía de pena que se precisa con todo detalle en la resolución judicial objeto de revisión. Estos aspectos son cosa juzgada, y no pueden variarse.

Por otro lado, el nuevo artículo 192, apartados 1 y 3, recoge la privación de la patria potestad o la inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de cuatro a diez años, también la inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuera grave. Previsiones que no constaban en la redacción del CP al tiempo de los hechos, acaecidos en 2014.

Sobre la obligatoriedad de la imposición de dichas penas accesorias, la STS 930/2022, al aplicar la nueva redacción de la ley, señaló que «[h]ay que tener en cuenta que la aplicación de la ley 10/2022 debe serlo en su conjunto, y si se rebaja la pena de prisión en un año a la que le correspondería de 10 años y un día debe aplicarse la accesoria prevista en el actual esquema normativo, que lo es la del actual *artículo 192.3, 1º y 2º párrafo CP*».

Sin embargo, no puede acogerse la pena de privación de la patria potestad o de inhabilitación para el ejercicio de los derechos de patria potestad, tutela, guarda, curatela o acogimiento por tiempo de 5 años, porque el acusado no mantiene ninguno de estos vínculos con la menor sobre la que abusó conforme resulta de los hechos probados de la Sentencia tomada en consideración.

STS 569/2023, DE 7 DE JULIO (ROJ:3346-2023)

Cuestión: Disposición transitoria 5.ª de la LO 10/1995

Respuesta: No es aplicable, por ser una norma de carácter temporal y el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, recogido en el artículo 2.2 del Código Penal, señala que no cabe que unos hechos delictivos se enjuicien aplicando la ley vigente en el momento de su comisión, cuando esa ley ha sido sustituida por otra que contiene una valoración axiológica que mengua el desvalor que se atribuía a esa conducta.

La clave es determinar, si desde criterios de proporcionalidad, la pena impuesta también sería imponible con arreglo a la nueva norma, atendidas todas las circunstancias valoradas en la sentencia de instancia.

En este caso no concurrían circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal y el tribunal podía imponer la pena en toda su extensión, en atención a la gravedad del hecho y a las circunstancias personales del autor. Impuso una pena situada en la franja media (9 años de prisión) y no apreciamos ninguna desproporción

en mantener esa sanción, dado que la pena en cuestión también se sitúa en el tramo medio del nuevo marco punitivo introducido por la *LO 10/2022*.

Los hechos objeto de condena, en efecto, consistieron en una penetración vaginal, con el empleo de una violencia muy grave, dado que la víctima sufrió lesiones que tardaron en curar 621 días. Además, se valoraron dos datos relevantes que denotaban también una mayor gravedad del injusto: La relación de afectividad con la víctima por razón de noviazgo y la realización del hecho con un móvil subyacente de dominación de la víctima por ser mujer. Por todo eso, no se justifica en este caso la modificación de la pena impuesta, atendida su proporcionalidad en función de las concretas circunstancias del delito cometido. En consecuencia, el recurso se desestima.

STS 570/2023, DE 7 DE JULIO (ROJ:3468-2023)

Cuestión: Pena aplicable a relaciones sexuales con hija menor

Respuesta: Los hechos probados de la sentencia describen lo siguiente: *«El acusado Luis Pedro, mayor de edad, sin antecedentes penales, con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales y aprovechando el ascendente sobre su hija menor de edad, Belinda, haciéndole frecuentes regalos y dedicando a la misma una especial atención, ha venido manteniendo relaciones sexuales con ella desde hace años sin que se haya acreditado que fuera antes de cumplir la menor los 13 años, relaciones completas que incluyen la penetración vaginal y bucal que tuvo lugar en el domicilio familiar aprovechando la ausencia de la madre y la abuela»*.

Como es de observar, el *factum* no describe la edad de la menor, sólo afirma que la víctima era menor, aunque mayor de trece años por lo que no es posible aplicar el Capítulo II reformado por la *LO 10/2022*, porque no consta que la víctima tuviera menos de 16 años, aunque sí afirma que era menor de edad.

En consecuencia, la conducta del ahora recurrente sería incardinable en el artículo 179, que lleva aparejada una pena de 4 a 12 años. También en el artículo 180.1, 5º del Código Penal (al tratarse de su hija), lo que conlleva la pena de 8 a 15 años. Y al tratarse de un delito continuado (art. 74) esta pena ha de imponerse en su mitad superior, lo que nos lleva a una horquilla de 11 años y medio a 15 años.

Ello supone que, al haberse impuesto una pena de 9 años de prisión, la nueva penalidad no le es en absoluto más favorable.

Si entendiéramos que es de aplicación el artículo 181, 3 como propugna el recurrente, es decir, si partiéramos de que la víctima tenía menos de 16 años, la pena a imponer no sería de 6 a 12 años de prisión, como quiere el autor del recurso, sino la establecida en el apartado e) del artículo 181.4 (cuando para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad o parentesco por ser ascendiente de la víctima) que obliga, imponer la pena en su mitad superior, esto es, de 9 a 12 años. Al tratarse de un delito continuado, ello también obliga a imponer la pena otra vez en su mitad superior, esto es, de 10 años y 6 meses y 1 día a 12 años, lo que es obvio que tampoco le favorece.

En consecuencia, el motivo no puede prosperar.