



Roj: **STS 2827/2023 - ECLI:ES:TS:2023:2827**

Id Cendoj: **28079129912023100022**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **991**

Fecha: **29/06/2023**

Nº de Recurso: **10059/2023**

Nº de Resolución: **523/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **LEOPOLDO PUENTE SEGURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 523/2023**

Fecha de sentencia: 29/06/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10059/2023 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 07/06/2023

Voto Particular

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 6

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: ASO

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10059/2023 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **PLENO**

#### **Sentencia núm. 523/2023**

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre



D. Antonio del Moral García  
D. Andrés Palomo Del Arco  
D.ª Ana María Ferrer García  
D. Pablo Llarena Conde  
D. Vicente Magro Servet  
D.ª Susana Polo García  
D.ª Carmen Lamela Díaz  
D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina  
D. Ángel Luis Hurtado Adrián  
D. Leopoldo Puente Segura  
D. Javier Hernández García

En Madrid, a 29 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra el Auto dictado el 2 de enero de 2023, por la Audiencia Provincial de Madrid, sección sexta, en la Ejecutoria penal núm. 59/2010, por el que se acordó revisar la condena impuesta a don Sabino , mediante sentencia núm. 275/2009, dictada el 19 de junio, en el rollo sumario 79/2008, por la que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable de un delito de violación, agravado por la actuación conjunta de dos o más personas y como cooperador necesario de dos delitos de violación ya definidos. Los/a Magistrados/as componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido en Pleno para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Han sido partes en el presente procedimiento el **MINISTERIO FISCAL** y como parte recurrida **DON Sabino** , representado por la Procuradora de los Tribunales doña Patricia Gómez-Pimpollo del Pozo y bajo la dirección letrada de don Francisco José Delgado-Ureña Galán.

Fue designado ponente el Excmo. Sr. Don Andrés Palomo Del Arco. Discrepando el mismo del parecer mayoritario de la Sala, asume la ponencia el Magistrado Excmo. Sr. Don Leopoldo Puente Segura, mientras el primero y otros Magistrados/as del Tribunal formulan voto particular.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 4 de Coslada incoó procedimiento sumario núm. 3/2008 por sendos delitos de violación seguido contra don Sabino . Una vez concluidas las actuaciones, las remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Madrid, sección sexta, que incoó procedimiento sumario núm. 79/2008, y con fecha 19 de junio de 2009 dictó Sentencia núm. 275, que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Que sobre las 00.10 horas del día 10 de Marzo de 2008, el procesado, Sabino , mayor de edad y sin antecedentes penales, de nacionalidad rumana, en compañía de otros dos individuos que no han sido identificados, abordaron a Graciela cuando se encontraba en las cercanías de la estación de RENFE de la localidad de DIRECCION000 (Madrid), procediendo el procesado a cogerla fuertemente del brazo, ayudado por otro de los intervinientes, llevándola a un parque cercano por la fuerza. Una vez allí, Sabino intentó quitar a Graciela los pantalones oponiendo ella gran resistencia, por lo que la agarró del pelo y la dio un puñetazo en la nuca que provocó que cayera al suelo, momento que aprovechó el procesado para tirarse encima de ella, quitarle los pantalones y penetrarla vaginalmente, sin llegar a eyacular, mientras los otros dos individuos agarraban a Graciela de las manos y piernas para facilitar la actuación del procesado.

Cuando Sabino finalizó su agresión, y Graciela intentaba marcharse se abalanzó sobre ella otro de los individuos, quien la penetró vaginalmente, mientras era sujetada de las manos y las piernas por el procesado y el otro interviniente, si bien no eyaculó en su interior sino en el suelo.

Tras esta nueva agresión, y cuando Graciela se incorporó intentando abandonar el lugar, el tercero de los individuos la propinó un fuerte empujón cayendo sobre el semen del segundo de los agresores manchándose el pantalón, procediendo a continuación, mientras la profería frases obscenas, a agarrarla por la cabeza



obligándola a realizarle una felación, aunque no llegó a eyacular, siendo sujeta de las manos y las piernas por el procesado Sabino y el segundo de los agresores referido".

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"PRIMERO.- Que debemos condenar y condenamos al procesado Sabino, como responsable en concepto de autor, de un delito de violación, agravado por la actuación conjunta de dos personas, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, con su accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

SEGUNDO.- Que debemos condenar y condenamos al procesado Sabino, como responsable en concepto de cooperador necesario, de dos delitos de violación, ya definidos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de responsabilidad criminal, a la pena, por cada uno, de SEIS AÑOS DE PRISIÓN, (con su accesoria de inhabilitación) con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y al abono del pago de las costas de este juicio, debiendo indemnizar a Graciela en la suma de 30.000 euros por daños morales, cantidad ésta que devengará el interés legal.

Para el cumplimiento de las penas señaladas se aplica al procesado el límite del art. 76 del C. Penal, estableciéndose un límite máximo de cumplimiento de tales penas de 20 años de prisión".

**TERCERO.-** Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, que modifica el Título VIII, Libro II del Código penal, se procede a tramitar la posible revisión de la pena impuesta.

**CUARTO.-** Con fecha 2 de enero de 2023 la Audiencia provincial dictó Auto cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"REVISAR la condena impuesta a Sabino en la sentencia dictada en la causa al margen referenciada, en el sentido de SUSTITUIR la pena de 12 años de prisión, impuesta por el delito de agresión sexual (violación) agravado por la actuación conjunta de dos o más personas por la de SIETE AÑOS DE PRISIÓN; y las dos penas de 6 años de prisión impuestas por los dos delitos de agresión sexual (violación) como cooperador necesario por la de 4 AÑOS DE PRISIÓN PARA CADA UNO DE LOS DELITOS, manteniendo el resto de los pronunciamientos de la misma.

Anótese la revisión en el Registro de Penados y Rebeldes.

Notifíquese esta resolución al penado, a las partes, y al centro penitenciario.

Firme que sea esta resolución practíquese por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia nueva liquidación de condena, y una vez aprobada, remítase al centro penitenciario.

Contra este auto cabe interponer recurso de casación ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo, anunciado ante esta Audiencia dentro del plazo de 5 días, a contar desde el siguiente al de la última notificación".

**QUINTO.-** Contra el anterior auto, el Ministerio Fiscal anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

**SEXTO.-** El recurso de casación formalizado por el aquí recurrente se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por indebida inaplicación de los artículos 178, 179 y 180.1.2 del Código penal, según la redacción de la Ley Orgánica 15/2003. Alega que las penas no deberían haber sido revisadas.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim., por infracción del artículo 192.3 del Código Penal, así como por la indebida aplicación del artículo 2.2 del Código Penal en relación con la disposición transitoria quinta del Código Penal.

**SÉPTIMO.-** Por diligencia de ordenación de 15 de febrero de 2023, se da traslado para instrucción del recurso formalizado a la parte recurrida, quien impugna los motivos planteados de contrario mediante escrito de 1 de marzo siguiente. Por diligencia de ordenación de 6 marzo se da traslado para instrucción por el plazo de tres días al Ministerio Fiscal conforme al art. 882.2 de la LECrim. quien cumplimenta el trámite conferido.

**OCTAVO.-** Por providencia de esta Sala de 8 de mayo de 2023, se avoca el presente recurso a Pleno para deliberación y fallo los próximos días 6 y 7 de junio del presente año.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



**PRIMERO.-** El presente recurso se compone de dos motivos de impugnación. Formula el primero el Ministerio Fiscal, al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por indebida falta de aplicación de los artículos 178, 179 y 180.1.2 del Código Penal, conforme a la redacción resultante de la Ley Orgánica 15/2003, entendiéndose quien ahora recurre que las penas impuestas al tenor de aquéllos en la sentencia firme recaída en este procedimiento no debieran haber sido revisadas. Con carácter subsidiario, un segundo motivo de recurso, también articulado por el canal impugnativo que ofrece el artículo 849.1 de la ley procesal (infracción de ley) denuncia la indebida aplicación del artículo 192.3 del Código Penal, ahora en su redacción resultante de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, así como por la indebida aplicación del artículo 2.2 del Código Penal, al considerar el Ministerio Público que, habiendo resuelto el Tribunal la aplicación de la norma penal posterior, y para el caso de que no prosperase su primer motivo de queja, debió hacerlo de forma completa y, en consecuencia, sin omitir la imposición de las penas accesorias prevenidas en el referido artículo 192.3.

**SEGUNDO.-** 1.- La pretensión principal del Ministerio Público, articulada en su primer motivo de casación, persigue la completa revocación del auto ahora impugnado, por entender que la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, no puede considerarse como norma más favorable para el condenado y que, en consecuencia, la sentencia firme dictada en este procedimiento no debió ser revisada.

Entiende el recurrente, en primer lugar, a lo largo del desarrollo de este motivo de impugnación, que el Tribunal Provincial, se conduce *"con olvido manifiesto de la gravedad de los hechos y de que el principio de proporcionalidad que se basa en la reprochabilidad por haber cometido el hecho antijurídico nos colocaba en presencia de penas impuestas ajustadas al mismo, esto es, a la proporcionalidad que merecía la gravedad de los hechos que no deberían haber dado lugar a la revisión"*.

Considera, además, que por lo que respecta a las condenas a título de cooperador necesario, en la sentencia firme dejó de aplicarse, al parecer del recurrente de forma indebida, el subtipo agravado de actuación conjunta (artículo 180.1.2ª del texto penal entonces aplicado). Y aunque expresamente admite que no cabría en este momento corregir dicha pretendida deficiencia, desentendidos de la prohibición de la denominada *reformatio in peius*, considera que *"conviene resaltarlo para ponderar en su justa medida la gravedad de los tres delitos y las penas que los mismos merecen"*.

Igualmente, el Ministerio Público sostiene, y así lo deja expresado en su recurso, que el auto impugnado yerra en la aplicación del ordenamiento jurídico por dos motivos sustanciales, a saber: primeramente, porque, a su juicio, debieron ser aplicadas las disposiciones transitorias contenidas en la Ley Orgánica 10/1995 de 23 de noviembre, por la que se aprueba el Código Penal, desgranando después detenidamente las razones por las que considera que las mismas resultaban aplicables aquí (y, por extensión, a cualquier modificación experimentada por dicho texto legal en la que no se previesen disposiciones transitorias específicas). En segundo término, considera quien ahora recurre que la revisión de las condenas efectuada por la Audiencia Provincial vulnera el principio de proporcionalidad en la determinación de las penas, al ignorar o no tomar en consideración debida las particulares circunstancias del caso que, siempre en la tesis del recurrente, determinan, también ahora, la necesidad de sobrepasar la sanción prevista en su mínima extensión legal.

2.- A nuestro juicio, las disposiciones que condujeron el tránsito de la normativa pre-vigente al Código Penal aprobado en el año 1995, disciplinando los casos, modos y formas en que la regulación de este último podría considerarse o no favorable con relación a los sucesos acaecidos con anterioridad, hubieran sido éstos enjuiciados o no, no resultan aplicables aquí.

3.- Resultan prescindibles ahora, a nuestro parecer, consideraciones vinculadas a la raíz constitucional del principio determinante del efecto retroactivo de las leyes penales que favorezcan al reo, expresamente proclamado, no siempre con idéntico anclaje normativo, por el máximo intérprete de nuestras garantías constitucionales. Como lo es también invocar la referencia que a dicho principio se realiza en diversos textos internacionales que vinculan a España ( artículo 49 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; o artículo 15 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos). No será preciso aquí profundizar en estas referencias normativas, ni en la concreta valoración de las mismas que han venido realizando tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, porque, naturalmente, se trata de consideraciones, bien conocidas, y plenamente asumidas, por el Ministerio Público, único recurrente aquí.

4.- Sí importa considerar que los particulares efectos de dicho principio otorgan al legislador un cierto, aunque no ilimitado, margen de regulación. El eventual alcance de ese 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.

Retomando el discurso, 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 prevalecían, por su carácter especial, frente a la dicción del art. 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.

Corresponde ahora reparar en la nuestra. El artículo 2.2 del Código Penal resulta particularmente respetuoso con el principio de retroactividad de las disposiciones penales favorables. De forma indisimulada late en su decisión la idea de que, considerada la procedencia de reducir (por supuesto, también de suprimir) el reproche penal que merecen determinadas conductas, mantener el anterior respecto de supuestos cometidos al amparo de la vigencia de la norma previa (con imposición de sanciones o de sanciones más graves), incluso aun cuando estuvieran ya juzgados y se hallara el condenado cumpliendo condena, no resultaría compatible con el principio de necesidad de las penas ni con la exigencia de proporcionalidad de éstas, y vendría a constituir, en definitiva, una suerte de instrumentalización del ya condenado, sobre la base de valoraciones abandonadas por la comunidad (expresadas en la nueva ley), exigiendo, tercamente y con desconocida finalidad, con relación a dichos condenados el cumplimiento de una pena, –o de una magnitud de pena–, que ya se considera innecesaria; instrumentalización incompatible con la dignidad de la persona que constituye el fundamento de nuestro orden político y de la paz social ( artículo 10.1 de la Constitución española). La nueva ley proclama que el anterior castigo no se considera ya necesario, o que lo es en menor medida, mas se mantiene el cumplimiento de la sanción firmemente impuesta sin beneficio alguno para la comunidad y con un propósito que, en esas circunstancias, resulta difícil identificar.

En efecto, el artículo 2 del Código Penal, después de dejar sentado que no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración (principio de legalidad, que conlleva la radical prohibición de la aplicación retroactiva de normas desfavorables), establece también, en su número 2, 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"*. No es 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.

5.- Queda en manos del legislador en cada reforma penal dejar operar al régimen previsto, "por defecto", en el art. 2.2 CP; o establecer normas específicas que podrían bien extender la eficacia retroactiva más allá de lo que se deriva del art. 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).

6.- A nuestro parecer, eso hizo el legislador mediante las disposiciones transitorias que acompañaban al Código Penal de 1995 y que disciplinaban el tránsito de uno a otro ordenamiento punitivo. Se sustituía un texto legal por otro de nueva planta, edificado muchas veces sobre instituciones diferentes y manejando piezas muy distintas (la más llamativa, aunque no la única, la supresión de la redención de penas por el trabajo con el consiguiente ajuste entre el valor "nominal" y el efectivo de la pena de prisión). Eso explica, en buena medida, la introducción de las disposiciones transitorias 2ª y 5ª del Código Penal de 1995. Se trata de leyes temporales en su sentido más estricto: venían a regular el tránsito de uno a otro Código y, por tanto, estaban llamadas a decaer, a quedar privadas de eficacia, en cuanto se culminase esa labor de revisión. Su ámbito de aplicación se ciñe, en consecuencia, a la adaptación de condenas dictadas conforme al Código TR de 1973 al Código de 1995. Incluso de su dicción literal se deriva esa característica. Reza la Disposición Transitoria Primera: *"Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de este Código se juzgarán conforme al cuerpo legal y demás leyes penales especiales que se derogan. Una vez que entre en vigor el presente Código, si las disposiciones del mismo son más favorables para el reo, se aplicarán éstas"*.

No están, desde luego, formalmente derogadas esas disposiciones. No era preciso como resulta de su naturaleza de normas temporales: la situación que disciplinaban ya es pasado y su eficacia normativa quedó agotada. No existía, además, en ellas una cláusula como la que acompañaba a las disposiciones transitorias del Código Civil, permitiendo su uso como reglas orientativas e inspiradoras.



Lo anterior no impide, sin embargo, que puedan ser aplicadas algunas de aquellas, no ya, en un sentido técnico, con carácter supletorio, sino integrador, --análogo, si así prefiere decirse--, en extremos, necesitados de regulación, pero huérfanos de previsiones específicas. Un ejemplo claro de ello resultaría lo relativo a cuestiones propiamente procesales: si una reforma penal carece de normas transitorias, como la producida por la L.O. 10/2022, podemos tomar como referencia la disposición transitoria de 1995 referente a los asuntos que en el momento de entrada en vigor de la nueva ley están pendientes de recurso, para establecer un modo de actuación y atenerse a lo que prevé (nuevo traslado a recurrente y recurridos para adaptación del recurso) en lugar de diferir la cuestión al órgano de instancia para que revise la pena, una vez resuelto el recurso limitándose el órgano ad quem a revisar la corrección de la condena conforme a la legislación anterior. Es lo que ha hecho esta Sala de casación con motivo de la reforma de la Ley Orgánica 10/2022, acudiendo a los criterios contenidos en aquella disposición transitoria, que rebosa razonabilidad, criterios que sirven para colmar la laguna advertida.

7.- Ahora bien, en materia penal, sustantiva, esa aplicación mediante la herramienta exegética de la analogía (no es propiamente supletividad: contamos con una regulación expresa - art. 2.2- que regula taxativamente la mayoría de las cuestiones sustantivas: en lo regulado ha de estarse a ella), solo está consentida ( art. 4.1 CP) cuando se realizara in bonam partem, además de en lo puramente procesal. No cabe la analogía in malam partem. No es posible rescatar una norma perjudicial prevista para unos casos específicos, temporalmente acotados, rehabilitarla, y aplicarla a supuestos diversos.

Seguramente por ser muy consciente de ello, la documentada Circular 1/2023 de la Fiscalía General del Estado, que hemos examinado y analizado detenidamente y que constituye un valioso elemento para el estudio de esta temática, renuncia a ese tipo de argumentación.

Construye esa Circular su razonamiento desde otra palanca teórica: las disposiciones transitorias reflejarían lo que debe entenderse como interpretación auténtica del art. 2.2 CP. Por tanto, no es que sean aplicables por analogía. Es que el art. 2.2 CP, rectamente entendido, habría de llevar a las reglas que se extraen de ese coyuntural derecho transitorio. Después volveremos sobre ello. Ahora cumple abrir otro paréntesis para examinar el régimen transitorio de otras reformas del Código Penal.

8.- El Código Penal de 1995 ha experimentado numerosas reformas. Demasiadas seguramente para lo que, según su exposición de motivos, ha de considerarse como una Constitución en negativo. La mayoría de esas reformas ha prescindido de consignar disposiciones transitorias específicas: había de estarse, sin más, a lo previsto en el art. 2.2 CP. Otras -en general aquéllas que representaban una modificación de numerosos preceptos sin limitarse a aspectos específicos y concretos- han incluido un régimen transitorio que, en lo sustancial, venía a reproducir el del originario Código Penal. Las reformas de 2003, 2010 y 2015 son las más significativas. Pero no todas las reformas penales han previsto un régimen transitorio similar. La mayoría no lo ha hecho. Basta citar, por referirnos a algunas que no son estrictamente puntuales, las Leyes Orgánicas 11/1999, de 30 de abril y 7/2012, de 27 de diciembre. En cualquier caso, la reiteración de una norma temporal en sucesivas reformas no acaba por otorgarle vigencia indefinida. Esto parece obvio. No podemos hablar de una ultraactividad normativa, alcanzada a través de la mera repetición legislativa. Por otro lado, si dichas reformas legales, cuando lo consideraron preciso, reprodujeron el contenido de las transitorias incluidas en la ley que promulgaba el Código Penal de 1995, forzosamente ha de ser porque, en caso contrario, se comprendía que no serían aplicables.

Es verdad que algunas aisladas sentencias de esta Sala, que el Fiscal se ha preocupado diligentemente de identificar, parecen dar por aplicables esas normas transitorias a modificaciones que no las incorporaban. Pero al analizarlas se descubre enseguida que no era el argumento determinante de la solución. Era tan solo una razón colateral, a mayor abundamiento y en algún caso un obiter dicta, no acompañado de una reflexión detenida que se revelaba como innecesaria.

9.- Recapitulando: 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 art. 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 art. 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.

No existió, en consecuencia, falta de aplicación indebida de los artículos 178, 179 y 180.2 del texto penal vigente a la fecha de cometerse los hechos que aquí resultaron enjuiciados, como eventual consecuencia de la, también pretendidamente indebida, falta de aplicación de las Disposiciones Transitorias contenidas en el Código Penal de 1995.

**TERCERO.-** 1.- Sentado lo anterior, considera también el Ministerio Público que, en cualquier caso, –es decir, incluso aunque se entendiera por este Tribunal, como así ha sucedido, que las Disposiciones Transitorias del Código Penal de 1995 no resultaban aplicables–, las penas impuestas conforme a la legislación anterior debieron ser aquí mantenidas. A juicio del recurrente, *"el ajuste de la pena efectuada por el auto recurrido ha sido meramente aritmético, estereotipado, obviando las razones de gravedad concurrentes y alejado de todo criterio de proporcionalidad, al margen de que ha operado con segmentos de la nueva L.O. 10/2022 y no con la aplicación íntegra de la misma"*.

Destaca el Ministerio Público en su recurso que *"en numerosas sentencias de esta Sala se indica que el criterio determinante de la revisión consiste en valorar si la pena que en su día se impuso puede considerarse hoy pena oportuna (en el sentido de imponible conforme al juicio actualizado de proporcionalidad)"*. Y añade al respecto que, en el presente caso, dada la rebaja en el límite inferior de la pena, que ha pasado de 12 años a 7, (y de 6 a 4, con relación a los otros dos delitos por los que se pronunció condena), resultaría lo procedente, para determinar cuál de las dos regulaciones resulta más favorable para el reo, efectuar no un juicio meramente abstracto entre las normas que se han sucedido en el tiempo, sino concreto, a partir de los hechos que se declaran probados y de sus circunstancias, determinando, antes de efectuar la comparación con la impuesta en la sentencia firme, cuál resultaría la pena imponible al condenado con aplicación de la nueva norma.

Creemos identificar en el razonamiento que anima la impugnación dos consideraciones, a nuestro parecer, fundamentales para sustentarlo. Por una parte, destaca el Ministerio Público, con toda razón, que el artículo 178.2, en la redacción introducida por la Ley Orgánica número 10/2022, de 6 de septiembre, incorpora junto a las agresiones sexuales que hasta entonces se describían en el artículo 178, aplicado en la presente ejecutoria, también otras conductas, antes consideradas abusos sexuales (artículos 181 y siguientes), que asegura de menor gravedad y a las que, en coherencia con ello, se asociaban penas inferiores. Si esto es así, –que es así–, considera el Ministerio Público que, en tanto en el caso medió inequívocamente una agresión violenta, nunca, –o casi nunca–, resultaría ahora factible la imposición en tales casos de la pena en su mínima extensión legalmente posible. El razonamiento parece partir de la siguiente premisa: si el nuevo precepto describe conductas de diferente gravedad (violentas y no violentas), y asocia a todas ellas una misma penalidad (por otro lado, particularmente "ancha"), nada puede ser más razonable que reservar los límites mínimos de dicha penalidad abstracta para los supuestos más leves y dispensar un tratamiento punitivo más severo cuando se trate de las conductas más graves.

Eso sentado, añade el Ministerio Público que, en el caso concreto, el relato de hechos probados que se contiene en la resolución firme, acerca de cuya eventual revisión discurrimos, permite identificar diversos marcadores relativos a la intensidad de la violencia desplegada por el autor. Cita, entre ellos, la circunstancia de que en dos de los tres delitos por los que se pronunció condena no se tuviera en cuenta, al parecer de quien recurre, indebidamente un subtipo agravado ya expresamente previsto entonces (artículo 180.1.2ª). Aunque reconoce el Ministerio Fiscal que, con toda evidencia, dicha decisión, aun cuando fuera errónea, no podría ser rectificadas en este trance, expresa que ello no impide valorarla ahora a los efectos de proceder a la correcta individualización (re-individualización) de la pena imponible. También destaca que la agresión sexual cometida por el condenado comportó una cierta privación de libertad de la víctima, no sustantiva, en el sentido de apta para configurar ningún otro delito (detención ilegal), pero sí recuperable a los referidos efectos individualizadores, tomada en cuenta la intensidad de la violencia desplegada por el autor. *"No se puede esconder, –concluye el Fiscal–, la gravedad de los hechos. El propio Tribunal y la individualización de la pena y de la responsabilidad civil pergeñó el dibujo de una antijuridicidad superior que no puede despreciarse"*.

Dos serían, de este modo, las razones, reducidas, si se quiere, a su esqueleto, que animan la interposición del recurso, incluso aún desechada la aplicación de las disposiciones transitorias contenidas en el Código Penal de 1995: en el caso, existió violencia; y, además, una violencia particularmente intensa, justificando ambos elementos la pretendida falta de proporción de las penas (revisadas) que finalmente se imponen en el auto ahora recurrido.

2.- El Pleno de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, de forma mayoritaria, se aparta, sin embargo, del entendimiento, claro y razonablemente expuesto, por el Ministerio Público.



La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre no comporta una pura y simple modificación de la nomenclatura empleada en los delitos contra la libertad sexual, pasando a denominar agresión sexual a cuantas conductas eran incluidas hasta entonces en la agresión y en el abuso. No se trata de una, insustancial, meramente simbólica, alteración nominal. Constituye, al contrario, un cambio de paradigma, una ruptura, –no hace falta añadirlo: legítima–, de nuestro sistema tradicional. Decidió el legislador, con carácter general, prescindir de los métodos empleados para el abordaje sexual inconsciente (violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, actos ejecutados sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusara o cuando, por cualquier causa, tuviera anulada su voluntad) como elemento discriminador de la gravedad de las conductas, pasando a considerar que, en todos los casos y cuando el consentimiento falta o ha sido obtenido de forma ilegítima, la pena abstracta asociada a dichas conductas, debía resultar idéntica: sancionada con una misma pena (abstracta).

No es solo, ni es tampoco lo principal, que todos estos comportamientos pasaran a denominarse ahora como agresión sexual, sino que, también cuando la misma comportara acceso carnal o introducción de miembros corporales u objetos en la forma descrita en el artículo 179 del Código Penal, todos ellos deberían ser castigados, como violación, con la pena de prisión de cuatro a doce años. Pena que, nuevamente con independencia de los medios empleados para cometer la agresión, se elevaría desde los siete a los quince años cuando, entre otras circunstancias, los hechos hubieran sido cometidos por la actuación conjunta de dos o más personas (artículo 180.1).

Se establecía, como decimos, un cambio radical de modelo, que desplaza el núcleo de la antijuridicidad de la conducta a la ausencia de consentimiento válido, sean cualesquiera los métodos empleados en la agresión. No se trata, evidentemente, de que la ausencia de consentimiento no fuera, ya en el siglo pasado para no remontarnos más en el tiempo, el elemento definidor de los delitos contra la libertad sexual (es obvio, se comprende fácilmente, que las relaciones sexuales válidamente consentidas no resultaban típicas tampoco en la legislación derogada). Sin embargo, nuestro modelo tradicional, partiendo de que cualquier conducta que comportara la realización de actos sexuales no consentidos válidamente resultaba delictiva, imponía la necesidad de elevar la sanción (consideraba necesariamente más grave el delito) cuando dicha ausencia de consentimiento válido había sido producida como consecuencia de actos violentos o intimidatorios. Así, el artículo 178 del Código Penal, aplicado en la sentencia firme que aquí se revisó, sancionaba la conducta de quienes atentaran contra la libertad sexual de otra persona *"utilizando violencia o intimidación"* con una pena necesariamente más grave que la que resultaba impuesta a quienes, *"sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento"*, realizaran actos que atentaran contra la libertad o intimidad sexual de otra persona (artículo 181.1, del texto penal entonces vigente); mayor penalidad que, en atención al método empleado (violencia o intimidación), se proyectaba también a los supuestos en los que hubiera existido penetración (artículos 179 y 181.4).

En tal sentido, 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 es preciso observar, por su evidencia, que no compete a los Tribunales, y en consecuencia tampoco a este Tribunal Supremo, ponderar la bondad, la conveniencia, las virtudes o defectos de uno u otro sistema. Se trata de una decisión que en cualquier Estado de Derecho que pueda decirse tal corresponde adoptar al poder legislativo. Son las Cortes Generales, –a quienes en su condición de legislador se dirige, primera y principalmente, la exigencia de proporcionalidad–, las que deben valorar, en cada momento, la gravedad relativa de las distintas conductas que la ley incrimina y asociar a estas las penas abstractas (conformadas entre un mínimo y un máximo) que juzgue proporcionadas a la lesión o puesta en peligro del bien jurídico protegido. Es a partir de dicha decisión, y no cuestionándola o prescindiendo de ella, que los órganos jurisdiccionales deberán proceder, también desde luego atendiendo en la interpretación y aplicación de la norma a criterios de proporcionalidad, a individualizar, dentro del segmento punitivo que el legislador determinó, la pena concreta que corresponda al caso.



3.- Aun cuando en el marco de la Academia se hayan escuchado algunas voces, ampliamente minoritarias, que pretenden ignorar la decisión del poder legislativo, expresada en la Ley Orgánica 10/2022, sosteniendo, frente a toda evidencia, que cuando las conductas descritas en el artículo 178 y 179 del Código Penal, se hubieran cometido mediando violencia o intimidación, necesariamente habría de ser impuesta una pena superior a la mínima legalmente establecida (siete años, en el caso que ahora nos concierne, en aplicación del artículo 180.1.1ª), al entender que el empleo de dichos medios convierte, necesariamente, en más grave el ataque contra la libertad sexual, lo cierto es que semejante tesis resulta por completo incompatible con la sosegada lectura del texto legal. Por otro lado, faltaría por esclarecer cuál resultaría entonces el (imaginativo) límite mínimo de la pena impuesta al delito de agresión sexual cuando hubiese mediado violencia o intimidación. En nuestro caso, más de siete años y menos de quince (¿ocho?, ¿diez?, ¿catorce?). Y falta también por determinar cuál sería el modo de establecer, en esa hipótesis, la pena correspondiente al delito continuado (cometido con violencia o intimidación), que debe determinarse en la mitad superior de la pena abstracta, o la que pudiera imponerse al cómplice o en los grados imperfectos de ejecución, que ha de partir de una reducción preceptiva desde la pena mínima. De algún modo, este tipo de razonamientos, que se realizan en la mayor parte de los casos desde la aparente defensa teórica del nuevo modelo, vienen, de manera incongruente, a negar sus consecuencias. El modelo nos dice: el empleo de violencia o intimidación no es necesariamente una conducta más grave en el marco de los delitos contra la libertad sexual. Lo estructuralmente relevante, también desde el punto de vista del injusto, es la imposición de conductas sexuales sin consentimiento o con un consentimiento viciado, cualquiera que sea el medio por el que el mismo se logre o concrete. Pero estas tesis replican, desde la aparente defensa del nuevo paradigma, cuando existe violencia o intimidación el ataque es siempre más grave (y necesariamente ha de asociársele una pena mayor) que es, precisamente, lo que el modelo niega.

Por descontado, no llega tan lejos el Ministerio Fiscal en su recurso, ni tampoco tenemos constancia de que lo haya hecho ningún órgano jurisdiccional de España, ni se adscriben a esta línea de razonamiento los magistrados/as discrepantes de esta decisión mayoritaria. Todos ellos aceptan que, --es imposible negarlo--, la pena mínima prevista para el delito que contemplan los artículos 178, 179 y 180.1.1ª del Código Penal, en su redacción resultante de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, es la de siete años de prisión (cinco años menor que la establecida en los preceptos que aplicó la sentencia firme que aquí ha sido revisada). Desde ese límite mínimo deberá ser construida la pena asociada al delito continuado; así como desde allí se obtendrá la pena imponible al delito cometido en grado de tentativa o a título de cómplice. La totalidad de los operadores jurídicos citados, también el ahora recurrente, aceptan, en consecuencia, que resulta posible imponer la pena de siete años de prisión a quien, habiendo cometido los hechos por la actuación conjunta de dos o más personas, y mediando penetración, protagonizara un delito de agresión sexual, empleando violencia o intimidación. Esa es, no otra ninguna, la pena mínima prevista para dichos casos en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

4.- 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 180.1.1ª 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 inconsciente, 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 imposición 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.

5.- No significa lo anterior, como es evidente, que, concurriendo violencia, intimidación o cualquiera de los otros medios a los que se refiere el artículo 178.2, resulte necesario imponer la pena mínima. No estará justificado incrementarla o reducirla por la sola presencia (existencia) de cualquiera de dichos medios; pero, por descontado, a la hora de individualizar la pena correspondiente al delito cometido en concreto, deberá operarse con las reglas previstas en los artículos 61 y siguientes del Código Penal. Entre ellas, el artículo 66.1.6ª señala que cuando no concurren, como no concurrían aquí, ni circunstancias atenuantes ni agravantes, la pena establecida se aplicará, dentro del segmento legalmente previsto, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. Para determinar esta mayor o menor gravedad del hecho, es obvio una de las circunstancias que deberá ponderarse será, no la existencia, pero sí la intensidad de la violencia eventualmente empleada.

6.- Participamos, desde luego, del punto de vista del Ministerio Fiscal, compartido por nuestros compañeros/as, en este caso discrepantes, acerca de que la comparación entre dos normas penales, a los efectos de proceder a la aplicación de la que resulta más favorable, no puede hacerse en abstracto. Si así fuera, bastaría con muy pocos conocimientos aritméticos para comprender que siete es menor que doce. El problema estaría resuelto: la norma resultante de la Ley Orgánica 10/2022, resultaría, en tal caso, inequívocamente y siempre más favorable. Pero la comparación, en efecto, ha de hacerse en concreto.

En el modo de proceder para ello sí discrepamos. La ponderación en concreto exige, a nuestro juicio, partiendo de los hechos y de sus circunstancias, ya enjuiciadas cuando nos movemos en el marco de una eventual revisión de condena, determinar cuál es la pena correspondiente a partir de cada una de las normas en concurso (temporal sucesivo), para venir en conocimiento de cuál resulta, en el caso, más favorable. Pero tal método no comporta, con carácter general, la procedencia de realizar una nueva evaluación, un "segundo enjuiciamiento" del hecho y sus circunstancias, sino que impone tomar éste y aquéllas, ya declaradas en firme, como referencia. Se trata de un juicio concreto, pero estrictamente normativo, que no permite remover, reconsiderar, volver a enjuiciar reevaluando, lo ya juzgado.

Lo cierto es que, en este particular aspecto, nada novedoso aporta la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre. Desde luego, ya en la regulación anterior, calificados los hechos como un delito de agresión sexual con penetración (y en uno de los casos cometido por la actuación conjunta de dos o más personas), e identificada la pena abstracta que correspondía imponer por ello al responsable (entonces entre doce y quince años de prisión), las mismas reglas de individualización que antes, durante y después de la reforma que analizamos, resultaban de aplicación. No hay en ello cambio alguno del paradigma. También entonces, la intensidad de la violencia desplegada (y en particular la totalidad de los extremos a los que alude, en relación con ella, el Ministerio Fiscal en su recurso) eran circunstancias del hecho que (junto a otras posibles concurrentes y junto además a las personales del delincuente) podían (debían) tomarse en cuenta para individualizar la sanción a la que el responsable penalmente había de ser condenado. Y ese juicio de individualización, con esos mismos elementos presentes, ya se efectuó en la sentencia que, en su momento, alcanzó firmeza. Consideró entonces la Audiencia Provincial que no había mérito para imponer la pena en una magnitud superior al mínimo legalmente previsto. No resulta posible ahora revisar esa decisión, ya firme.

Pretende quien recurre, sin embargo, que sean ahora reevaluadas esas mismas circunstancias. Su razonamiento parece descansar en una suerte de juicio, razonable pero hipotético: si el Tribunal entonces consideró, y el Ministerio Público se aquietó con su decisión, que la pena finalmente impuesta resultaba bastante (era proporcional) se debía a su magnitud concreta: doce años de prisión. Reducida esta pena mínima, obviamente por decisión consciente del legislador en el marco del nuevo modelo que la ley orgánica 10/2022 alumbraba, ese límite mínimo (siete años ahora) queda falto de proporción con la gravedad de los hechos. Y, por eso, las mismas circunstancias que ya entonces se consideraron inhábiles, correctamente o no, para incrementar el umbral mínimo legalmente previsto, reclaman ahora una reconsideración.

El razonamiento, a nuestro parecer, topa con varios obstáculos. En primer lugar, con la misma legitimidad que lo había determinado el legislador anterior, consideró el siguiente que cuando no se advertiera, en consideración a la concreta intensidad de la violencia desplegada y de los demás elementos valorables en este ámbito, razón bastante para sobrepasar el límite mínimo del segmento penológico previsto. Colmaba las exigencias derivadas de la proporcionalidad imponer al responsable la pena de siete años de prisión (no era necesario imponerle al menos doce, frente a lo que hasta entonces se venía considerando).

Sin embargo, ahora, a la vista del nuevo umbral mínimo determinado, en el ejercicio de sus competencias constitucionales, por las Cortes Generales, se considera por el recurrente que el resultado final del juicio no resulta lo bastante proporcional en relación con la gravedad que, legítimamente, atribuye a los hechos. Con



cierto reduccionismo en el razonamiento, que aceptamos: doce años eran bastantes, pero no lo son siete. Y, por esa razón, las mismas consideraciones que no impidieron entonces, plenamente respetuosas con el principio de proporcionalidad, imponer al condenado las penas correspondientes en su mínima extensión, deben reconsiderarse ahora, a la vista del nuevo segmento penológico, reevaluando su potencial eficacia.

7.- El Tribunal provincial operó, sin embargo, con el siguiente silogismo, también expuesto de forma simple: si aquellas razones vinculadas a la intensidad de la violencia desplegada por el autor no sirvieron, debidamente valoradas en su momento, para determinar una pena superior a la mínima legalmente establecida; y si dicha pena mínima ha sido sensiblemente reducida por quien ostenta para ello las competencias constitucionales, valorando que no resultaba necesario mantener, en este concreto caso, los muy superiores umbrales de la pena establecidos hasta entonces; con carácter general, el único modo de respetar (de no invadir) las competencias de las Cortes Generales para determinar la proporcionalidad de las penas asociadas a determinadas conductas lesivas, conduce a, partiendo de la individualización ya efectuada en su día, reducir las penas impuestas hasta el nuevo límite fijado por la Ley Orgánica 10/2022.

Dicho de otra manera: si la mera existencia de un medio comisivo violento condujera a incrementar ese límite mínimo, estaríamos los Tribunales introduciendo por la ventana lo que el legislador había despedido por la puerta. Para este no resultaba necesario imponer, aunque la conducta fuera violenta, una pena superior a los siete años de prisión. Dicha pena resultaba proporcional, aunque hubiera habido violencia. Sin embargo, dicha decisión quedaría, evidentemente, desactivada, si en la aplicación, a nuestro parecer incorrecta, de dicha norma viniera a concluirse que la conducta violenta, a través de las normas de individualización de la pena, imponía invariablemente el establecimiento de una sanción superior. El nuevo modelo que la Ley Orgánica 10/2022 vino a establecer, quedaría, radical e indebidamente, frustrado. Pocos mantienen tal cosa, ya se ha dicho, y desde luego tampoco el Ministerio Público, aquí recurrente, ni los miembros del Tribunal que discrepan del parecer mayoritario. Pero sí entienden que la decisión del legislador, reduciendo sensiblemente el umbral mínimo de las penas imponibles para esta clase de conductas, permite reabrir un debate, ya cerrado en firme, para otorgar ahora a ciertos elementos o aspectos vinculados a la intensidad de la violencia, aptitud para justificar la elevación de dichos mínimos, aptitud que antes no tenía y ahora, por algún motivo recupera. Se trataría, se nos dice, de revisar no los hechos que se declararon probados, ni sus circunstancias, sino de valorar, revisar, enjuiciar nuevamente, algunas de las que ya entonces existían para otorgarles ahora una potencialidad que antes no tuvieron.

¿Por qué razón? ¿Porque existió violencia? Ya hemos dicho que no es esto. El recurrente admite que el tipo penal aplicado ya contempla el posible empleo de la violencia como método para perpetrar la agresión sexual. Lo mismo que contempla también otros (por ejemplo, el abuso de superioridad). En uno y otro caso la pena abstracta establecida es la misma. Tan incompatible resultaría con el modelo propuesto por la ley orgánica 10/2022, incrementar las penas mínimas solo por el concurso de una conducta violenta que considerar inaplicable la pena máxima solo porque no hubiera existido. Esto impugnaría el modelo legal.

Se acepta entonces que, aunque, en ciertos casos (muchos o pocos), el concurso de una conducta violenta no impediría la imposición de la pena en su mínima extensión legalmente prevista, en este caso en concreto, la magnitud, intensidad o características de la violencia empleada, sobre la base de elementos ya tomados en cuenta en la sentencia firme, debe servir ahora,--¿por qué no entonces?--, para incrementar la pena. Y solo acertamos a identificar una respuesta: antes no porque la pena mínima legalmente prevista era más alta (doce años) y el recurrente considera que eso colmaba las exigencias de proporcionalidad. Pero no ahora, cuando el legislador ha resuelto reducir ese límite penal mínimo -siete años-, y legítimamente habrá quien considere, parece ser el caso del recurrente y de los miembros de este Tribunal que disienten del parecer mayoritario, que dicha pena resulta insuficiente, desproporcionadamente baja.

Por descontado, el debate es sugerente. Y no solo para los operadores jurídicos. También la ciudadanía se ha implicado en el mismo desde posiciones no coincidentes, más o menos partidarias del incremento o disminución de las penas en el contexto de los delitos contra la libertad sexual. Pero es un debate en el que los Tribunales no debemos mediar. No somos competentes para ello. La determinación de las penas que se reputan proporcionadas a los diferentes ataques que lesionan o ponen en peligro los bienes jurídicos esenciales para el desarrollo de la convivencia y que el Derecho Penal trata de proteger, corresponde, no de forma ilimitada pero sí muy amplia, se ha dicho ya, a las Cortes Generales. Y les corresponde también definir las concretas características de estos ataques, qué elementos resultan esenciales y cuáles otros no determinan, por sí, un incremento o una disminución de las sanciones penales escogidas. Y los debates político-criminales que a estas cuestiones conciernen tienen, en democracia, su espacio propio. No es el de los Tribunales de Justicia.

8.- También hay razones de diferente naturaleza que abogan por la desestimación del presente recurso. Es obvio que la reevaluación de la pena que en el mismo se postula debería tener en cuenta no una sola de las



circunstancias del hecho, sino todas las que pudieran aparecer como relevantes. Y también las circunstancias personales del autor (¿incluso aquellas de las que pudiera hacerse acopio con posterioridad a la sentencia firme?). Tanto significaría lo anterior como pretender que la modificación normativa que se contiene en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, o cualquiera otra que pudiera producirse en el futuro, comporta la necesidad de una reevaluación, un nuevo juicio acerca de elementos (como la intensidad de la violencia u otros semejantes) que ya pudieron ser valorados, y lo fueron, al tiempo de ser dictada la sentencia firme. Todo ello por el cauce, además, de un incidente de revisión de sentencia, con respecto al cual ni siquiera se cuenta con normas procesales precisas de desarrollo, sin necesidad de oír personalmente al condenado (el artículo 2.2 del Código Penal solo parece exigir su audiencia en el caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable) y, desde luego, sin posibilidad alguna de proponer y practicar medios de prueba complementarios.

9.- Y aun más estrecho se antoja el cauce que para ello puede ofrecer un recurso extraordinario como el de casación. Repetidamente, tenemos dicho, incluso cuando el recurso se interpone contra la sentencia y no frente a un auto que se limita a acordar la revisión de la misma, que la individualización de la pena corresponde al tribunal de instancia, que ha de ajustarse a los criterios legalmente establecidos, de forma que en el marco de la casación la cuestión de la cantidad de pena sólo puede ser planteada cuando haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de la individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena manifiestamente arbitraria (entre muchísimas otras y por solo citar algunas de entre las más recientes, nuestro auto número 339/2023, de 27 de abril; o las sentencias números 927/2022, de 30 de noviembre, 415/2022, de 28 de abril; o 12/2023, de 19 de enero). En las mismas, expresando el que ha venido siendo criterio jurisprudencial al respecto, señalábamos: <<La individualización penológica encierra un ámbito de discrecionalidad que el legislador ha depositado en principio en manos del Tribunal de instancia. En su más nuclear reducto no es fiscalizable en casación. Se pueden revisar las decisiones arbitrarias. También las inmotivadas. O aquellas que no respetan las reglas o los criterios legales. Pero no es factible neutralizar o privar de eficacia las decisiones razonadas y razonables en esta materia del Tribunal de instancia, aunque puedan existir muchas otras igualmente razonables y legales. En el terreno de la concreción última del quantum penológico no es exigible la expresión imposible de unas reglas que justifiquen de forma apodíctica y con exactitud matemática la extensión elegida (vid., entre otras, STC 28/2007, de 12 de febrero y STS 578/2012, de 26 de junio).

Desborda las atribuciones de un Tribunal de casación la capacidad de redimensionar la pena para ajustarla a sus propias eventuales estimaciones. Nos entrometeríamos 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>>.

Como hemos señalado también, en innumerables oportunidades, el que no se hallaran razones (y en la sentencia firme cuya revisión se acuerda no fueron halladas) para imponer una pena por encima de su límite legal mínimo, es ya una buena razón para no sobrepasarlo.

10.- Una reflexión final: sería preferible no frivolar 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. Cierto que 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.

El motivo se desestima.

**CUARTO.-** 1.- Distinta suerte ha de correr, sin embargo, el último de los motivos del recurso interpuesto por el Ministerio Público. En relación subsidiaria con sus pretensiones anteriores, argumenta, con toda razón, que,



si finalmente se estimara la procedencia de la revisión de la sentencia firme y, en consecuencia, resultaran de aplicación las normas contenidas en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, dicha regulación debería resultar aplicada en su totalidad y no de forma selectiva o fragmentaria. La comparación entre las normas cuya vigencia se sucede en el tiempo, con carácter general, debe ser realizada de forma completa.

2.- Así es, al menos, con toda evidencia, por lo que respecta a los extremos relativos a las consecuencias jurídicas que se incorporan en cada una de las normas que se suceden temporalmente, consecuencias asociadas a la comisión de las conductas delictivas que tratan de subsumirse en uno u otro marco normativo. Imposible sería conocer con precisión cuál pueda resultar la norma más favorable si, para dicha labor de selección, solo se tuviera en cuenta una parte de la nueva penalidad.

La Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre determina, en el nuevo artículo 192.3 que la autoridad judicial impondrá a las personas responsables de los delitos comprendidos en el Título VIII (delitos contra la libertad sexual), sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidas, que conlleven 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 fuere grave, y entre dos y veinte años, si fuera menos grave.

Por esa razón, la Audiencia Provincial en el auto que acordó revisar la sentencia firme, auto recurrido aquí, además de rectificar la extensión de las penas privativas de libertad impuestas en aquella, debió también imponer esta pena accesoria, habida cuenta del carácter preceptivo de la misma para supuestos como el presente ("impondrá", establece taxativamente el precepto penal referido).

Naturalmente, nada hay en ello que pudiera vulnerar el principio acusatorio. Desde luego, la acusación se formuló de acuerdo con la legislación vigente al tiempo de producirse los hechos (que no contemplaba dicha sanción accesoria). Sin embargo, promovida, --por definición en eventual beneficio del condenado--, la posible revisión de la condena como consecuencia de la entrada en vigor de un nuevo texto legal más favorable, dicha calificación solo podrá alcanzarse a partir de las consecuencias jurídicas que la nueva norma anuda a la conducta ya enjuiciada, tomando aquella en su totalidad. Cuando la naturaleza de las penas, como en este caso, no resultara, total o parcialmente, idéntica (añadiéndose, como aquí, una pena privativa de derechos a la privativa de libertad), es el conjunto de dicha sanción el que deberá ser ponderado, la norma completa, para determinar cuál dentro de las concurrentes merece calificarse como más favorable, siempre naturalmente con audiencia del reo, en particular cuando pudieran existir dudas a ese respecto. La norma más favorable ha de resultar de la comparación completa de las concurrentes, aplicando en su totalidad la que resulte más beneficiosa, sin que pueda crearse una tercera norma, artificial e inexistente, formada con la aplicación parcial de los aspectos más favorables de una y otra.

Del mismo modo, es claro que no se vulnerarían las exigencias derivadas del principio acusatorio cuando, por hipótesis, la nueva ley sustituyese una pena privativa de libertad por otra de diferente naturaleza (por hipótesis, privativa de derechos o de carácter pecuniario), por la que, evidentemente y por no existir entonces no se formuló acusación.

Así lo hemos señalado, por ejemplo, en nuestras sentencias números 324/2023, de 10 de mayo, 285/2023, de 21 de abril; o 235/2023, de 30 de marzo. Puede leerse, por ejemplo, en la segunda de ellas: <<[L]a entrada en vigor el pasado mes de octubre de la reforma operada por efecto de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, que ha dotado de nueva configuración y regulación al Título VIII del Libro II del Código Penal, nos obliga a efectuar la comparación normativa a efectos de determinar si la nueva regulación resulta más beneficiosa al condenado pues, de ser así, habrá de serle retroactivamente aplicable por indicación del artículo 2.2 del Código Penal. Y la 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. 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 puzzle de piezas que encajan milimétricamente, el texto legal adquiere su propia sustantividad">>.

**QUINTO.-** Estimado parcialmente el recurso interpuesto, conforme a lo establecido en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se declaran de oficio las costas devengadas en el presente recurso, máxime cuando, además, el mismo resultó interpuesto por el Ministerio Fiscal.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido



1.- Estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 6ª, de fecha 2 de enero de 2023, que se casa y anula parcialmente.

2.- Se declaran de oficio las costas devengadas como consecuencia de este recurso.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de la que proceden las actuaciones e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10059/2023 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

### PLENO

#### Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Julián Sánchez Melgar

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D.ª Ana María Ferrer García

D. Pablo Llarena Conde

D. Vicente Magro Servet

D.ª Susana Polo García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 29 de junio de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley, número 10059/23, interpuesto por el MINISTERIO FISCAL contra el auto dictado en fecha 2 de enero de 2023 por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Sexta, en la Ejecutoria Penal núm. 59/2010 ( Procedimiento sumario ordinario 79/2008), sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura.

### ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.-** Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de la resolución de instancia rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

### FUNDAMENTOS DE DERECHO



**ÚNICO.-** De conformidad con los fundamentos jurídicos de nuestra sentencia de casación, procede imponer al condenado, además de las penas establecidas en la resolución ahora impugnada, tres penas accesorias de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidas, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por tiempo, respectivamente, de doce, nueve y nueve años.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido

1.- Procede imponer al condenado, además de las penas establecidas en la resolución ahora impugnada, tres penas accesorias de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidas, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por tiempo, respectivamente, de doce, nueve y nueve años.

2.- Se mantienen el resto de los pronunciamientos contenidos en la resolución impugnada.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso. Póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de la que proceden las actuaciones e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

### **VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA, EN LA SENTENCIA NÚM. 523/2023, DE 29 DE JUNIO, RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 10.059/2023 P.**

Con respeto y consideración hacia mis compañeros de Sala expongo en este Voto mi disensión a la decisión mayoritaria argumentando lo que a mi juicio debiera ser el objeto y sentido de los recursos de casación que hemos conocido en este Pleno de 6 de junio de 2023.

Sin entrar en particularidades propias del recurso creo procedente resolver este, y los otros recursos de casación que hemos conocido en el Pleno jurisdiccional en el que debatimos varios recursos que afectaban a la revisión de sentencias por la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, con un fundamento común para la revisión de las penalidades impuestas en sentencias firmes que se están ejecutando, desde la doble perspectiva de los principios informadores de la revisión penológica y del recurso de casación por infracción de ley que nos compete.

El objeto de la revisión exige la comprobación, en primer lugar, de la subsunción, cuando la nueva regulación varía la tipicidad, o solamente de la penalidad.

En el primer caso, deberemos comprobar las diferencias entre las tipicidades. De ese examen extraemos que la reforma no solo ha realizado un cambio en el señalamiento del mínimo de pena imponible para algunos supuestos, también ha alterado los presupuestos de tipicidad. No es una mera sucesión de normas. El mantenimiento del "nomen" del delito no supone la identidad de la tipicidad. El art. 178, en los términos de la Ley 10/2022, expresa que "será castigado como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento", mientras que en la anterior redacción, por la que el recurrente fue condenado, señalaba como autor a quien "atentare contra la libertad sexual de otra persona utilizando violencia o intimidación...", cómo agresión sexual. Donde antes el legislador diferenciaba entre supuestos subsumibles en el abuso y en la agresión, ahora, en la nueva legislación por la que se insta a la revisión, las dos conductas aparecen bajo una misma figura penal. Son dos conductas típicas distintas, no necesariamente abocadas a recibir la misma respuesta punitiva, y se ha fijado en una amplia horquilla penológica que permite discriminar la pena en atención a la mayor o menor gravedad de los hechos a ponderar, entre otros factores, los medios comisivos, en línea con la regulación anterior. El componente de violencia que puede concurrir en alguno de los elementos que configuran la agresión sexual, al no formar parte de la tipicidad del delito de agresión, debe ser objeto de valoración. Lo relevante es que no se ha despenalizado comportamientos, ni siquiera el legislador se decanta por una necesaria menor penalidad, que sí se ha elevado en algunos supuestos. Concluyo este apartado. Se ha producido una importante alteración en las tipicidades que será relevante en la comparación de marcos penológicos.

Cuando se trate de una comparación de penas para declarar la más favorable, la conformación de la Sentencia de casación no requiere la transcripción del hecho probado que dio lugar a la imposición de la pena que ahora se revisa pues lo que nos interesa es acomodar a la penalidad derivada del nuevo marco penal una pena impuesta con anterioridad a la entrada en vigor de la Ley 10/2022. Se trata de comparar un marco punitivo ya



impuesto, de acuerdo a la ley vigente al tiempo de la comisión de los hechos y al tiempo en enjuiciamiento, con el nuevo marco punitivo derivado de una ley posterior no vigente cuando los hechos tuvieron lugar y que, de conformidad con el artículo 2.2 del Código Penal, han de ser relacionados para comprobar, en su caso, la mayor favorabilidad.

Desde la perspectiva que trato de exponer en este Voto particular, es irrelevante discutir aquí si la Disposición Transitoria quinta que acompañó al Código Penal de 1995 sigue, o no, vigente, pues el artículo 2.2 del Código Penal cuando señala el principio de irretroactividad de la ley penal dispone que no obstante, ese principio, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviera cumpliendo condena. La expresión del término "que favorezca al reo" obliga a la comparación de los bloques normativos, el empleado al tiempo del enjuiciamiento de los hechos y el dispuesto en la nueva norma penal posterior, y así indagar el ámbito de la comparación. En primer lugar, la subsunción y después la penalidad. Este segundo ámbito presenta una particularidad especial, la comparación se realiza entre una pena, absolutamente, concretada en la norma e individualizada por el tribunal del enjuiciamiento en la sentencia cuya penalidad se revisa y una horquilla punitiva que, concretamente, dispone el reproche penal que pueda realizarse al autor del hecho, quedando al margen de la comparación el ejercicio del arbitrio judicial, la individualización judicial de la pena, porque el tribunal encargado de la revisión no ha participado del juicio, ni puede argumentar sobre los presupuestos de la individualización que no ha presenciado. Estos son los términos de la comparación, la pena impuesta en su día, individualizada, y la posible tras la nueva regulación. El error de derecho que nos compete en casación resulta de no ajustarse a esa previsión penológica, concretamente, a las reglas de la dosimetría penal.

El anterior aserto se apoya en una reiterada doctrina y jurisprudencia de esta Sala, que ha destacado la función judicial de individualizar la pena, que actúa el arbitrio judicial, ha de realizarse en función de los presupuestos que la regulan, que parten de considerar que es una función jurisdiccional que forma parte del enjuiciamiento, por lo que los presupuestos de aplicación, análisis de la gravedad de los hechos y de las circunstancias personales del reo, dispuestas en el artículo 66 del Código Penal, han de ser realizadas en el juicio oral, practicando, en su caso, la precisa actividad probatoria y las alegaciones pertinentes.

Esa función ha sido denominada como la "tercera función autónoma del juez, representando el cénit de su actuación", pues el juez las actúa tras la valoración de la prueba y la subsunción del hecho probado en las normas penales sustantivas, y declara qué calidad y qué cantidad de pena impone dentro de los marcos legales previstos la norma penal ejercitando una función jurisdiccional en la que hemos de tener en cuenta, obviamente, la legalidad que dispone la interdicción de la arbitrariedad y el deber de motivar las resoluciones judiciales que imponen los artículos 9.3 y 120 de la Constitución. Además, los preceptos específicos contemplados en el Código Penal, art. 66, señalan a la gravedad del hecho y de las circunstancias personales del reo que han de ser tenidas en cuenta para el ejercicio de la individualización judicial en lo atinente al arbitrio judicial. En esta función de individualización de la pena hemos reiterado que los jueces deberán constatar el marco penal abstracto correspondiente al hecho delictivo y, seguidamente, proceder a la búsqueda del marco penal concreto tras la declaración, en su caso, de la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. A continuación, han de activarse las facultades de arbitrio judicial que deberán ser motivadas, analizando las circunstancias personales del delincuente y la gravedad del hecho, criterios generales contemplados en el artículo 66 del Código Penal, y también a la capacidad de resocialización y reinserción, y atender a la prevención especial y a la culpabilidad manifestada en el hecho, en unos extremos que obviamente el legislador no puede prever y que son delegadas en el juez penal para que el ejercicio del arbitrio judicial actúe entre los límites mínimos y máximos establecidos en la norma ( STS 946/2022, de 13 de diciembre).

En la Sentencia 789/2022, de 28 de septiembre, reproducimos este argumento al que añadimos que la función de individualizar la penalidad impuesta es una función puramente judicial autónoma del órgano de enjuiciamiento, formando parte de su función jurisdiccional, tras valorar la prueba y aplicar la norma de los hechos declarados probados. La individualización, por lo tanto, comporta la celebración del juicio, normalmente la primera instancia, y su revisión en posteriores instancias. De ahí que esta Sala, cuando conoce de un recurso de casación contra una sentencia todavía no firme recupere funciones de individualización de la pena no sustentadas en el contacto personal con el acusado, derivado de su presencia, sino en el control de la racionalidad de la individualización expresada en la motivación de la sentencia comprobando si esa motivación es razonada, razonable y, en definitiva, si la penalidad es proporcionada a la subsunción del hecho probado en la norma penal sustantiva.

El juicio de revisión que compete al tribunal del enjuiciamiento, y a esta Sala la revisión en casación, no permite realizar funciones de individualización. Al tratarse de una revisión debemos comprobar si el título de condena y la penalidad impuesta es acorde con el marco penal de la nueva legislación y a los criterios de dosimetría legal



que son de aplicación, salvando excepcionales supuestos de arbitrariedad y de absoluta desproporción que, necesariamente, han de ser corregidos. La vía de impugnación que permite nuestra intervención procesal es una infracción de ley por error de derecho para comprobar si la pena se ajusta a la nueva previsión normativa. Si la pena impuesta está dentro del marco legal concreto, previsto en el nuevo marco punitivo, no procede afirmar que haya existido un error de derecho que fundamenta el recurso de casación. En otros términos, proceder a comprobar la legalidad de la pena impuesta y su acomodación a la nueva previsión legislativa en aspectos no relacionados con la individualización.

Acudir, como hace la Sentencia de la mayoría, al criterio expresado en la motivación de la sentencia del enjuiciamiento, o a la pena impuesta, para proceder a realizar una operación aritmética, supone, a mi juicio, no atender a la distinta conformación fáctica de la tipicidad que resulta de la Ley 10/2022, donde se señala una estructura típica de la agresión sexual que no requiere, como presupuesto de la conducta, violencia o intimidación, una tipicidad distinta con elementos distintos, además de atender a unos criterios valorativos que en la nueva norma han variado, desconociendo cuál sería la individualización ante una nueva descripción típica y su proyección en la penalidad.

Como la decisión del Pleno no ha seguido esta propuesta y hemos realizado, en los distintos pronunciamientos sometidos a la jurisdicción del Pleno de esta Sala, distintas resoluciones en las que asumimos, de alguna manera, funciones de individualización, reproduciendo una argumentación vertida para otra tipicidad, me adhiero al planteamiento expresado en otros Votos particulares que se incorporan a esta Sentencia, pues entiendo que, abierta la vía de la individualización, considero preciso valorar la concurrencia del acto violento o intimidatorio que ya no forma parte de la antigua tipicidad, recuperada en la LO 4/2023, de 27 de abril, y no habría vulneración del bis in idem, y destacar que, en virtud de esa distinta tipicidad, no hay norma más favorable pese a la existencia de un mínimo de la horquilla de menor intensidad.

Reitero, situados en un juicio de revisión lo que procede es analizar, desde la perspectiva del error de derecho, si la pena impuesta en la sentencia que es firme y que se está ejecutando es acomodada a la nueva previsión legislativa de la Ley 10/2022, sin adentrarnos en la función jurisdiccional referida a la individualización de la pena, porque no disponemos de los presupuestos que lo permiten y debemos analizar la revisión desde la perspectiva del error del derecho denunciado. Si la pena impuesta en su día aparece enmarcada con la previsión de la nueva ley penal, no es factible hablar de la norma más favorable, en los términos del art. 2.2 CP, y ningún error cabe declarar.

Andrés Martínez Arrieta

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. DON ANTONIO DEL MORAL GARCÍA, EN LA SENTENCIA NÚM. 523/2023, DE 29 DE JUNIO, RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 10.059/2023 P, AL QUE SE ADHIERE LA MAGISTRADA EXCMA. SRA DOÑA ANA MARÍA FERRER GARCÍA.**

I.-

Vaya por delante, no solo mi respeto y lógico acatamiento, sino también mi admiración e incluso orgullo corporativo por la calidad y altura del debate que ha conducido al criterio que plasma la sentencia mayoritaria del Pleno de la Sala Segunda y la brillantez, formal y de fondo, con que aparecen desgranados los argumentos. Pese a su fortaleza, no han conseguido que claudicase en una posición que comparto, con unos matices u otros, con otros integrantes de este Tribunal. Me siento obligado a exteriorizarla por una única vez. A partir de ahí, sin reticencia alguna, asumiré el criterio emanado del Pleno en los asuntos en que me enfrente jurisdiccionalmente al mismo problema. En los próximos meses, con seguridad, aparecerá recurrentemente en la agenda de este Tribunal la misma cuestión. No por coyuntural, deja de revestir relevancia dados los bienes y valores concernidos y la sensibilidad que despiertan en el tejido social.

Coincido en el análisis que lleva a descartar la operatividad de las disposiciones transitorias del CP 1995 en cuanto pueda redundar en perjuicio del sujeto pasivo del proceso penal; en particular su Disposición Transitoria 5ª. Se impone un razonamiento interpretativo en el que esté ausente, tanto la ficción legal - *no se considerará más favorable* - referida a las penas privativas de libertad imponibles con ambos códigos, como la matización sobre el arbitrio judicial que -ésta sí- se heredaba de otras reformas (vid modificación de 1983 del CP derogado). Esta última observación tiene ya algo que ver con mi discrepancia con la sentencia mayoritaria: no podemos expulsar de las labores de comparación de los dos textos normativos el arbitrio judicial, inherente a toda tarea de individualización.

No existiendo modulación normativa alguna en la LO 10/2022, hay que manejar exclusivamente el art. 2 CP. En ese extremo comparto íntegramente los argumentos de la mayoría.



Ahora bien, no creo que, apreciada la condición de norma más favorable, la revisión de una sentencia que impuso el mínimo punitivo de la norma derogada, aboque inexorablemente a optar por el reubicado suelo penal. La nueva individualización no puede estar condicionada hasta el punto de vedarse cualquier apartamiento del mínimo establecido por la nueva norma. Esa metodología no es fiel, en mi opinión, a la estricta legalidad; y, sobre todo, arroja resultados caprichosos capaces de generar patentes injusticias comparativas.

## II.-

La controversia se concreta en dilucidar si la aplicación de la nueva norma, por ser más favorable en conjunto, permite en los casos de condenas al mínimo penal vigente en su día, apartarse del nuevo mínimo rebajado.

Según el planteamiento mayoritario, si he entendido bien el criterio de la sentencia, solo se activa esa regla en los casos en que la pena se concretó en la extensión mínima a tenor de la norma. Si se hubiese impuesto el mínimo más un día, o más dos días, o más tres meses..., ya no habría cuestión: la revisión se efectuará reindividualizando sin ataduras, con total libertad; o, mejor, con una libertad no desligada de todo criterio, sino materializada en discrecionalidad ajustada a los factores que está obligado el Juez a utilizar como guía (proporcionalidad, racionalidad, y en concreto, las reglas y criterios que plasma el art. 66 CP).

La tesis de la mayoría conllevaría, por ejemplo, que, si se concretó la pena en el mínimo de la mitad superior por concurrir una agravante, en la revisión habrá obligación de establecer a fijar el mínimo de la mitad superior a tenor del nuevo marco punitivo. Si no concurren, empero, agravantes en el coautor, aunque se le hubiese asignado igual penalidad, sería factible tanto mantener la misma pena negando su revisión o reducirla en menor medida justamente porque no era *reincidente* (¡!). Para él no era el mínimo. No queda sometido a esa extraña regla que proclama la sentencia.

Si la condena ascendiese a doce años y un mes de prisión, en la revisión según el criterio mayoritario el órgano encargado de la revisión podría recorrer toda la nueva horquilla punitiva (entre siete años y hasta doce años y un mes). Le bastaría razonar el porqué para fijar como condena nueve, diez u once años de prisión. Pero, de forma incomprensible, una pena de doce años solo admitiría una solución revisora: su conversión en siete años de prisión.

## III.-

Cabrían, en abstracto, tres posiciones ante ese específico problema:

**a)** Si se impuso el mínimo penalmente posible con la derogada legislación, y la nueva norma (aunque muy pronto adquirió el estatus de *ley intermedia*, la seguiré identificando en el texto como *nueva*) establece un mínimo más bajo, la revisión ha de ser estrictamente mecánica: el mínimo penológico conduce inexorablemente al nuevo mínimo (sin perjuicio de la adición, en su caso, de la pena conjunta de nueva planta). Algunos pasajes de la sentencia mayoritaria parecen estar inspirados por esta solución.

**b)** No es obligada esa estricta sustitución (mínimo por mínimo), pero sí es la solución natural: así quedaría enunciada la segunda tesis. Al revisar, el Tribunal podrá apartarse del mínimo solo si lo motiva con buenas razones. Si no hay una motivación de peso exteriorizada, la salida legal no puede ser otra que la traslación mimética de la individualización que en su día hizo el Tribunal de instancia.

**c)** No es necesario manejar en ningún caso criterios aritméticos o miméticos. Esta sería a mi juicio la postura más coherente con la legalidad. Ni cuando se impone el mínimo; ni cuando se impuso el máximo; ni cuando se ha impuesto justo la mitad. Es inevitable una nueva reindividualización para comparar manejando el Código Penal íntegro; no con una visión miope que solo atiende al precepto reformado olvidando sus repercusiones en los demás preceptos del Código Penal. Éste constituye un sistema: las normas están interrelacionadas unas con otras. La reforma de un precepto puede incidir en la aplicación e interpretación de otros. Eso es lo que, según entiendo, sucede aquí. Pienso en el art. 66 CP. Luego me detendré en ello. Ahora basta apuntar que el criterio aritmético solo adquiere sentido en las reformas legales que, respetando las tipicidades, se limitan a un cambio penológico *a la baja*. Si la modificación legislativa se concreta en establecer una pena comprendida entre *uno y tres años de prisión* para la conducta que antes castigaba con *dos a cuatro años de prisión*, se antoja muy razonable -aunque ni siquiera puede verse en esto un dogma- cambiar la pena de *dos años* impuesta por la de *un año*. Pero también -¿qué diferencia hay?- sustituir la de cuatro años por tres años; o reducir la de tres años a un año y seis meses.

Cuando los cambios son menos simples, -se remodelan tipicidades, y/o recomponen penalidades-, ese automatismo falla. Si se intenta trasladar a esa otra clase de modificaciones legislativas, degenera en irracionalidad o propicia resultados incomprensibles.

## IV.-



Esas tres soluciones son susceptibles de matización, según la situación procesal del asunto:

**a)** Si se trata de asuntos pendientes de enjuiciamiento cuando entra en vigor la nueva ley, no hay cuestión: se sentencian a la luz de la legalidad más favorable. En rigor, si se extremaran las cosas y se quiere ser equitativo y juzgar a todos con igual rasero, la fórmula habría de ser otra: comenzar fijando la pena que se impondría tomando en consideración exclusivamente la norma derogada. Si la decisión hubiese sido optar por el mínimo (doce años en el caso que examinamos), la solución habría de ser sin mayores disquisiciones imponer el nuevo mínimo (siete años de prisión). Nadie llega a ese punto en la exégesis. Pero se advierte que la solución propugnada por la sentencia mayoritaria crea un grupo de privilegiados: quienes fueron condenados al mínimo con la ley derogada, ahora necesariamente se ven beneficiados por el nuevo mínimo, sin posibilidad de valoraciones adicionales. Sin embargo, si un Tribunal enjuiciando hechos cometidos bajo el impero de la norma derogada, no hubiese impuesto de ninguna forma una pena superior a doce años por considerarla por sí misma muy elevada, ahora se sentirá con plena libertad para imponer nueve o diez u once años en duraciones que sí se le pueden antojar ponderadas, aunque no son el mínimo.

**b)** Si se trata de un asunto pendiente de recurso, puede discutirse -no se deduce del texto de la sentencia cuál sea su tratamiento correcto, si rige la misma regla o, por el contrario, en la medida en que la revisión llegará por la vía de estimación de un recurso de casación (o apelación) y dictado de un nuevo pronunciamiento, el Tribunal *ad quem* tendrá, como siempre sucede en los casos de estimación, capacidad para individualizar autónomamente sin estar sujeto a un seguidismo de los criterios que usaba la sentencia revocada o casada. En no pocos casos de aplicación directa en casación de la nueva ley, nos hemos apartado del automatismo que propugna la sentencia mayoritaria para sentencias en fase de cumplimiento.

**c)** En cambio, cuando son condenas que ganaron firmeza antes de la vigencia de la ley nueva, entonces la regla (excepcionable o no, según se sea más o menos rigorista) será que el viejo mínimo se traducirá en el nuevo mínimo.

#### V.-

La máxima equiparación de las situaciones, ahuyentando toda discriminación, alienta otra exégesis. Si la aplicación de la Disposición transitoria quinta generaba desigualdades, consentidas por tener fundamento legal, aunque en ocasiones llevaban a soluciones tan irritantes comparativamente que la jurisprudencia se apartó no pocas veces de su literalidad, la tesis de la sentencia mayoritaria trae de la mano otra discriminación: justamente la inversa. El culpable pendiente de enjuiciamiento será peor tratado que quienes por razones ajenas a ellos (la Audiencia tenía menos volumen de trabajo; al estar en situación de prisión preventiva, se aceleró el enjuiciamiento; la causa carecía de toda complejidad al ser un único delito con un único autor, etc...) fueron sentenciados previamente y se les impuso la penalidad mínima elegida dentro de una horquilla extremadamente severa (doce a quince años de prisión: pena más grave que la del homicidio). Ahora, sin necesidad de ningún esfuerzo argumental, se ven estos penados amparados por un *derecho*, sancionado *de facto* por esta Sala, aunque se haga protesta expresa de lo contrario, a que la pena no se eleve ni un solo día del nuevo mínimo: siete años. Sin embargo, el quien sea enjuiciado por esos hechos (violación con uso de violencia e intimidación) ya vigente la norma favorable verá individualizada su pena con un marco en que puede pronosticarse, por pura lógica, que jamás llevará al mínimo. Sería irracional en la medida en que no dejaría espacios penológicos para conductas mucho menos graves (no hay violencia ni intimidación) encuadrables en el mismo tipo penal.

El asunto aquí concernido permite visualizar lo que se quiere decir con un ejemplo.

Fueron tres los autores. Solo uno fue condenado. Imaginemos que ahora son identificados y localizados los dos coautores. ¿Es razonable pensar que manejando el Código Penal con la redacción surgida de la nueva ley se les impondría el mínimo? ¿Qué pena reservaríamos para mil supuestos imaginables de menor gravedad, pero sancionables con arreglo al mismo precepto?

Es solución fácil, pero simplista imaginar que el Tribunal, arrastrado por el ya condenado cuya pena se ha visto revisada, se sentiría sin argumentos suficientes para hacerlos de peor condición. Pero ¿no hay otros casos similares o menos graves en que, por no existir ese punto de comparación, las penas resultantes serán superiores? Efectivamente, si se guarda fidelidad al art. 66 CP, esa será la salida lógica.

#### VI.-

Para hacer la comparación entre los dos textos legales -esto constituye el nudo gordiano- es necesario individualizar la pena en uno y otro marco legal.

En el marco legal previo, al aplicar el art. 66 CP debíamos dejar a un lado todos los elementos que, por ser inherentes a la tipicidad, no añaden un ápice de gravedad a la conducta típica. Si el hecho consiste en el uso



de violencia o intimidación para lograr el acceso carnal, no es dable elevar la pena mínima porque concurrió violencia. Se vulneraría el *non bis in idem*, en tanto ese dato ya lo tuvo en cuenta el legislador para establecer el marco punitivo del tipo. Sí podíamos, en cambio, fijarnos en la intensidad de la violencia e incrementar el *quantum* penológico arguyendo un exceso de violencia, o una violencia desmedida y manifiestamente innecesaria.

Desde el momento en que en el nuevo tipo penal la violencia no es algo inherente, se recupera la posibilidad - más que posibilidad, obligación!- de valorarla al fijar la duración de la prisión orientados por el art. 66 CP. Hacer abstracción de ello como si no significase nada, no es conforme con los criterios legales. El art. 66 CP obliga a tener en cuenta la gravedad del hecho; y la violencia o la intimidación (mil argumentos de lo que se dice encontramos en el Código) son circunstancias que el legislador -y toda la sociedad- considera determinantes de mayor lesividad.

La sentencia mayoritaria parece entender que la violencia sigue siendo elemento integrante de la tipicidad. O, mejor, elemento que para el legislador ha perdido toda significación pues ha quedado desplazado por la ausencia de consentimiento. No me parece correcta esa perspectiva.

La tipicidad actual se edifica sobre la falta de consentimiento. A continuación, se describen algunas acciones que el legislador ejemplifica como supuestos de ausencia de consentimiento. Se sirve, además, de ellas para determinadas agravaciones o prohibición de atenuaciones, precisamente porque considera que encierran mayor disvalor y por tanto son dignas de mayor sanción. Pero la violencia y la intimidación no constituyen circunstancias inherentes a las nuevas tipicidades (salvo en algún caso: subtipo agravado por el uso de armas). Conforman tan solo dos de sus variadas modalidades, más graves que otras.

Por eso, nada se opone a ponderar su concurrencia como factor de individualización ex art. 66 CP. Es más, resulta obligado tomarlas en consideración, aunque, pese a su presencia, puedan aparecer supuestos en que otros datos las contrarresten y pudieran conducir a no separarse del nuevo mínimo. Hacer abstracción plena de la presencia de violencia a la hora de individualizar es operar al margen de los criterios plasmados en el art. 66 CP. Al establecer una equivalencia mimética, no se está aplicando íntegramente el Código Penal reformado. Se está excluyendo implícitamente el art. 66 CP. Desde que la violencia ha dejado de constituir un elemento inherente a algunos delitos sexuales, el art. 66 exige su evaluación a efectos punitivos. El art. 66 indirectamente se ha visto afectado por la reforma; como cuando el legislador construye un subtipo agravado con lo que antes solo era un elemento evaluable para concretar la penalidad. Si se obvia esto, se aplica la nueva legalidad, pero con un art. 66 no actualizado, en desarmonía con las modificaciones de la parte especial, desajustado.

Hay delitos -pensemos en la detención ilegal- que admiten variadas modalidades ejecutivas. Se puede privar de libertad a una persona cerrando con llave la puerta de la habitación donde entró voluntariamente; o asaltándola por la calle de forma violenta y conduciéndola a empujones y bajo amenazas a una habitación donde se le deja atado y con la puerta cerrada. La tipicidad es la misma. Pero nadie dudará que la segunda acción es más grave y merece mayor penalidad. Normalmente se traducirá eso en un cierto incremento punitivo que el legislador confía al arbitrio judicial a través del art. 66.

Se dirá que la violencia sí está contemplada en el nuevo art. 178 CP. Pero, aparte de lo antes apuntado (es una ejemplificación de supuestos de falta de consentimiento, que, el legislador además considera determinantes de mayor gravedad), no es eso decisivo. La clave está en que ha dejado de ser elemento indispensable o necesario. Ha perdido la condición de circunstancia inevitablemente asociada a la agresión sexual. Lo básico es la falta de consentimiento. Cuando ésta es provocada por una acción violenta ya no estamos ante un tipo distinto, pero sí ante una modalidad típica adornada de aditamentos comisivos que la hacen más grave. Por las mismas razones que en los tipos que contemplan varias modalidades alternativas y entre ellas la violencia ( art. 144: engaño, amenaza o violencia; art. 177 bis; art. 455: violencia o fuerza en las cosas...) podemos discriminar a través del art. 66 CP las más graves de las modalidades típicas y basarnos en ello para concretar la penalidad. La reforma de 2022 habilita para, con apoyo en el art. 66 CP, sancionar más gravemente las modalidades más graves. Esa ponderación, que no pudo hacer el Tribunal al dictar sentencia con arreglo a la norma anterior, ahora viene compelido a efectuarla aplicando el texto reformado. Es otra exigencia del principio de proporcionalidad: castigar más severamente los hechos más graves; o, dicho desde el reverso, no equiparar punitivamente conductas menos lesivas con otras de palmaria mayor gravedad.

## VII.-

El *mínimo* no es un concepto absoluto, sino relativo. No se es *el mínimo* en abstracto, sino en relación a una escala. Como *el máximo*. Una duración de dos años puede ser el *mínimo*, y puede ser el *máximo*. Por eso se me antoja poco sólido hablar *del mínimo*. Es terminología que en la literatura judicial penal se maneja generalmente como mera referencia legal. Solo en ocasiones se convierte en exteriorización de un juicio sobre lo desmesurado del marco legal. Decir que se impone *el mínimo* puede ser una forma de indicar que ese mínimo



concreto (seis años, por ejemplo), aparece como perfectamente proporcionado y congruente con la entidad de la conducta enjuiciada; otras veces, constituirá expresión de que no se rebaja aún más la pena, que se percibe excesiva, porque la ley no lo permite. Llevar a este segundo nivel de entendimiento la imposición del mínimo es voluntarista. Y, desde luego, dista mucho de significar que el Tribunal, fuese cual fuese el mínimo, no lo hubiese incrementado en un solo día, que es la presunción de la que parece partir la tesis mayoritaria. Se convalida un auto de revisión que, sin más razonamiento, hace esa equivalencia: el viejo mínimo ha de traducirse en el nuevo mínimo, sin plantearse las motivaciones del legislador para bajar ese suelo.

Nadie se extraña ni acusa a este Tribunal de usurpar atribuciones de otros órganos judiciales, si, estimado un recurso de casación contra una condena por asesinato, al dictar la segunda sentencia condenando por homicidio por excluirse la alevosía, en lugar de imponer el mínimo (como hizo el tribunal de instancia sin más motivación que la de entender que no encontraba razón alguna para un incremento), establecemos una pena comprendida en la mitad superior de la horquilla valorando, a lo mejor, esas circunstancias que no llegaban a ser alevosía pero que connotaban mayor gravedad; o, sencillamente, por entender que el hecho en sí merece una pena superior a los diez años (suelo penológico en el art. 138 CP). Y es que no es lo mismo el mínimo de una pena entre quince y veinticinco años, que el mínimo de una pena entre diez y quince años. Si la Audiencia puso quince años, el Tribunal Supremo (o el Tribunal Superior de Justicia) al negar la alevosía no está constreñido a imponer diez años.

En alguna ocasión esa ecuación -impongo el nuevo mínimo- será correcta; o, al menos, no revisable en casación por arrojar un resultado acorde con términos de razonabilidad, que no son fiscalizables en cuanto entran dentro del ámbito de discrecionalidad que la ley residencia en los tribunales de instancia. Pero un razonamiento de puro y simple automatismo en este escenario concreto de transición legal, que conduce a un resultado injustificable, contradice la legalidad. No es motivación asumible en este supuesto porque vulnera los arts. 66 y 72 CP.

En esa medida -y solo en esa medida- es revisable en casación, sede en la que debemos reindividualizar con arreglo a criterios y motivaciones ajustadas a la legalidad íntegramente considerada (incluido el art. 66). Podremos en algunos casos incluso convalidar la penalidad mínima, aunque subsanando los déficits motivadores (que los hay en cuanto los motivos aducidos pueden ser *aritmética*, pero no son *derecho*).

Que la nueva norma haya variado el marco penológico reduciendo su base no aboca ineludiblemente a la revisión: hay que reevaluar teniendo en consideración no solo la nueva pena señalada, sino también la resignificación que se ha dado a los tipos penales aunando en un mismo tipo conductas de distinta gravedad y que antes merecían reproches diferenciados. ¡Y también ahora, en principio, por mor del art. 66 CP!

El art. 2.2 CP. impone una valoración comparativa caso por caso. Esa valoración corresponde al Tribunal que dictó la sentencia o al que está llamado a dictarla (si se trata de hechos todavía no enjuiciados) con una única excepción que hemos admitido en aras a una mejor salvaguarda del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y por aplicación analógica (o supletoria) de una de las disposiciones transitorias del Código Penal de alcance puramente procesal. En el caso de sentencias pendientes de recurso será el Tribunal *ad quem* el llamado a realizar esa valoración. Pero los criterios han de ser siempre los mismos: los establecidos en la ley, y en el caso de que se tratase de sentencias ya dictadas, con el condicionante de que estén plasmados en la sentencia.

La metodología a que invita el criterio del Pleno sería convalidable cuando la nueva ley se ha limitado a un retocar de las penas manteniendo las mismas conductas en el tipo. Ahora bien, cuando el cambio tiene otras implicaciones operar con reglas de ese tenor no es convincente. Puede llegar a ser irracional en algunos casos extremos y conducirnos, como en este caso, a resultados inasumibles.

### VIII.-

La consecuencia de lo argumentado sería la casación del auto objeto de impugnación, estimando el recurso del Ministerio Fiscal en virtud de la segunda de las variadas razones aducidas, esgrimidas escalonadamente: falta de racionalidad de la reindividualización efectuada.

La casación habría de llevar a dictar segunda sentencia. La legalidad emanada de la reforma de 2022 es, sin duda, más benigna en abstracto. En concreto no puede afirmarse lo mismo. La violencia desplegada en los tres episodios consecutivos empuja legítimamente a buscar los tramos superiores de la horquilla penológica (entre siete y quince años y cuatro y seis años, respectivamente, de prisión). Posiblemente las penas privativas de libertad merecerían alguna reducción. Pero, en concreto, esa posible mitigación (pensemos en diez años por el delito del que es considerado autor y cinco por cada uno de los delitos en que se le cataloga de cooperador), a la vista de lo establecido en el art. 76 CP, no debiera llevar en mi valoración a un máximo de cumplimiento efectivo inferior al resultante de las penas impuestas (veinte años). Por otra parte, sería obligado añadir una



pena de inhabilitación. Mi opción pasaría por mantener la aplicación de la legislación derogada por no resultar en concreto más beneficiosa la legislación posterior.

Antonio del Moral García Ana María Ferrer García

**VOTO PARTICULAR QUE FORMULA ELMAGISTRADO EXCMO. SR. DONANDRÉS PALOMO DEL ARCO, AL QUE SE ADHIEREN LAS MAGISTRADAS EXCMAS. SRAS. DOÑA ANA MARÍA FERRER GARCÍA (en este caso, salvo al apartado 11) y DOÑA SUSANA POLO GARCÍA, EN LA SENTENCIA NÚM. 523/2023, DE 29 DE JUNIO, RECAÍDA EN EL RECURSO DE CASACIÓN NÚM. 10.059/2023 P.**

1. El Pleno de la Sala celebrado durante los días 6 y 7 de junio, bajo la frondosidad de la célebre Disposición transitoria quinta del Código Penal de 1995, ocultó el bosque por el que discurríamos y perdimos una inmejorable ocasión, por especiales razones de oportunidad para establecer el alcance y contenido del derecho a la retroactividad favorable de las leyes penales, así como de la específica revisión en casación.

La razón del voto particular, no reside tanto en dejar constancia del disenso particular frente al criterio mayoritario, con frecuencia estéril manifestación de melancolía, sino exponer los temas del debate que no fueron considerados y que como empíricamente observarán al leer el contenido de las diversas sentencias que resultaron del Pleno, conduce a la falta de concordancia en los criterios aplicados para afirmar o negar la revisión, salvo en la inaplicación de la referida Disposición transitoria, aunque su visión especular parece ser la imperante, si la horquilla lo permite el mínimo impuesto en la ejecutoria, nada obstará a que determine el mínimo con la nueva norma, aunque el abanico de conductas ahora sancionadas en el nuevo tipo, tengan también una mayor extensión; con el resultado en el caso de autos de que con el mínimo impuesto en la normativa anterior, aunque fuere por agresión sexual que exigía violencia e intimidación, cabe aplicar sin especial motivación el mínimo con la nueva legislación, a pesar de que la sanción ahora prevista, aunque con menor horquilla, abarque también conductas de antiguo abuso que no exigen violencia.

2. Pese al criterio mayoritario, entiendo que determinar el alcance constitucional y también su reflejo en nuestra legislación ordinaria, era sumamente relevante; pues si bien en múltiples casos, la solución final será la misma, al eludirlo, puede acaecer, que se revisen sentencias con criterios que conducen a un resultado retroactivo que no deriva de la norma constitucional ni de la ordinaria, de modo que se concluye con graciosas condonaciones punitivas. Donde, sin desmerecer en absoluto, los fundamentos y razones de la mayoría, el caso de autos integra un ejemplo paradigmático, pues a ningún operador jurídico se le oculta que, si los hechos probados de la ejecutoria sometida a nuestra consideración, fueran enjuiciados en la actualidad, en ningún caso se mantendría el mínimo de siete años impuesto.

Como tampoco resulta racional entender que la sanción que corresponda con la nueva norma a los hechos declarados probados en la ejecutoria, sea al misma, mediando violencia que sin ella.

*El derecho a la retroactividad favorable de las leyes sancionadoras en el derecho convencional.*

3. Aparece recogido a nivel internacional en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (art. 15.1: *si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*), en el art. 24.2 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional de 1998 (*de modificarse el derecho aplicable a una causa antes de que se dicte la sentencia definitiva, se aplicarán las disposiciones más favorables a la persona objeto de la investigación, el enjuiciamiento o la condena*); en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2010 (art. 49.1: *si, con posterioridad a esta infracción, la ley dispone una pena más leve, deberá ser aplicada ésta*) y también en el art 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 (*si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello*).

4. Así pues, en la dimensión fundamental que ahora se le otorga, resulta de una evolución reciente, dicho en términos de normativas constitucionales. Tan así, que no resulta exteriorizado en el Convenio Europeo de Derechos Humanos, pero el Tribunal, en un amplio giro jurisprudencial, ha acabado reconociéndolo en el contenido del art. 7 (*Nadie podrá ser condenado por una acción o una omisión que, en el momento en que haya sido cometida, no constituya una infracción según el derecho nacional o internacional. Igualmente no podrá ser impuesta una pena más grave que la aplicable en el momento en que la infracción haya sido cometida*) y ello determina necesariamente, en aplicación del art. 10.2 CE, una reconsideración de este derecho.

El propio TEDH, en *Scoppola c. Italia* (nº 2), sentencia de 17 de septiembre de 2009, explica la evolución y giro de su doctrina:

i), mientras en 1978, la Comisión Europea de Derechos Humanos sostuvo que el artículo 7 del Convenio no garantizaba el derecho a beneficiarse de la aplicación de una pena más leve prevista por una ley posterior al



delito ( X c. *Alemania*, nº 7900/77, Decisión de la Comisión de 6 de marzo de 1978 ) y en su consecuencia, declaró manifiestamente infundada la denuncia del demandante según la cual, tras su comisión, algunos de los delitos cometidos contra él habían sido despenalizados; y esta jurisprudencia fue igualmente recogida por el TEDH, que reiteró que el artículo 7 no prevé el derecho a someterse a una ley penal más favorable [ *Le Petit c. el Reino Unido* (dec.), nº 35574/97, de 5 de diciembre de 2000, y *Zaprianov c. Bulgaria* (dec.), nº 41171/98, de 6 de marzo de 2003] (§ 103);

ii) llegado el asunto *Scoppola c. Italia* (nº 2), , señala que la obligación de aplicar, entre varias leyes penales, aquella cuyas disposiciones sean más favorables para el acusado equivale a una aclaración de las normas sobre la sucesión de leyes penales, que satisface otro elemento esencial del artículo 7, a saber, el de la previsibilidad de las penas (§ 108); y a la luz de lo anterior, el Tribunal considera necesario revisar la jurisprudencia establecida por la Comisión en X c. *Alemania* y considerar que el artículo 7 § 1 de la Convención garantiza no sólo el principio de irretroactividad de leyes penales más estrictas, sino también, e implícitamente, el principio de retroactividad de una ley penal más indulgente (§ 109);

iii) que deja así enunciado: " *Este principio se refleja en la norma de que, si se pronuncia la ley penal vigente en el momento de la comisión del delito y las leyes penales posteriores aprobadas antes de la sentencia definitiva, el juez debe aplicar la ley cuyas disposiciones sean más favorables para el acusado*" (§ 109)

Lo vincula, pues, a la previsibilidad de las penas y hasta ese momento no abarca el derecho a la retroactividad favorable cuando ya ha recaído sentencia firme. Dicha barrera también sería superada con el asunto *Gouarré Patte c. Andorra*, sentencia de 12 de abril de 2016, para el caso de que se previera expresamente en la legislación nacional.

En definitiva, como resume el TEDH, en la Decisión *Artsruni c. Armenia*, de 13 de enero de 2022 , § 48 (traducción oficiosa): "el artículo 7 garantiza no sólo el principio de no retroactividad de las leyes penales más severas, sino también, implícitamente, el principio de retroactividad de las leyes penales más benignas; en otras palabras, cuando existen diferencias entre la ley penal vigente en el momento de la comisión de un delito y las leyes penales posteriores promulgadas antes de que se dicte sentencia firme, los tribunales deben aplicar la ley cuyas disposiciones sean más favorables para el acusado (véase *Scoppola c. Italia* (nº 2) [GC], nº 10249/03, § 109, 17 de septiembre de 2009). En su sentencia en el asunto *Gouarré Patte c. Andorra* , el Tribunal amplió las garantías del artículo 7 relativas a la retroactividad de la ley penal más benigna a la posibilidad de revisión retroactiva de la sentencia firme si el Derecho interno preveía tal posibilidad (véase *Gouarré Patte c. Andorra*, núm. 33427/10, §§ 33 a 36, 12 de enero de 2016)".

5. A partir de ese cambio de ponderación sobre la retroactividad favorable se produce un desarrollo de ese criterio de la favorabilidad, que aporta relevantes elementos de decisión para la determinación de *cuál fuera la norma más favorable*, tarea que si bien no presenta dificultades cuando la conducta ha sido destipificada por la nueva norma y también resulta facilitada cuando el cambio punitivo es meramente cuantitativo, presenta especiales dificultades, cuando el cambio es cualitativo y la conducta ahora sancionada no sólo comprende por innovación, conmixtión o aluvión comportamientos diversos, o porque además o también, incorpora un cambio o intensificación parcial en alguna de las manifestaciones del modo de entender el bien jurídico tutelado.

Para determinar si una ley adoptada después de la presunta comisión de un delito es más o menos favorable para el acusado que la ley que estaba en vigor en el momento de los hechos imputados, concluye que esa evolución jurisprudencial, deben tenerse en cuenta las circunstancias particulares del caso (comparación en concreto y no en abstracto) ( *Dictamen consultivo sobre la utilización de la técnica de la "legislación por referencia" para la definición de un delito y sobre los criterios que deben aplicarse para comparar la ley penal vigente en el momento de la comisión del delito y la ley penal modificada* [CG], 2020, §§ 86-92.

Pero precisa también que, aunque el principio de concreción se ha desarrollado en casos que implican cambios en las penas incurridas, el Tribunal considera que también debe aplicarse a los casos que requieren una comparación de la definición del delito tal como existía en el momento de su comisión y su definición resultante de un cambio en la ley.

Y efectivamente, para decidir si ha habido una aplicación retroactiva de una pena en perjuicio de un acusado, señala que deben considerarse la horquilla de penas (mínimas y máximas) aplicables con arreglo a cada código penal. E incluso añade efectivamente, que si la pena impuesta al demandante se encuentra dentro del rango u horquilla previsto en dos códigos penales potencialmente aplicables, la mera posibilidad de que una pena más leve podría haber sido impuesta en virtud de una pena mínima más leve en virtud de un código penal es suficiente para constatar una violación del artículo 7 ( *Maktouf y Damjanovic v. Bosnia y Herzegovina* [GC], 2013, §§ 65-76).



Pero remarca que la evaluación de qué ley penal es más indulgente o más favorable para un acusado no depende de una comparación abstracta entre las dos leyes penales en cuestión. El punto crucial es si, como resultado de un examen concreto de los hechos específicos, la aplicación de una ley penal en lugar de la otra colocó al acusado en desventaja en términos de condena (ibíd., §§ 69-70; *Jidic c. Rumanía*, 2020, §§ 85-98).

Es decir, la norma más favorable no resulta del examen abstracto de las horquillas o rango punitivo de una y otra norma (que es la solución adoptada cuando se permite sin motivación digna de ese nombre, ir de mínimo impuesto en ejecutoria al mínimo previsto en la nueva norma), sino de la comparación de la concreta pena impuesta en la ejecutoria con la concreta pena que resultaría de la aplicación de la nueva norma a esos hechos probados de la ejecutoria, aunque cupieran ambas penas en la misma horquilla (comparación en concreto).

#### *El derecho a la retroactividad favorable en la legislación española*

6. Nuestra Constitución no lo menciona expresamente; pese a su fuerte impronta y relación con los derechos de irretroactividad de las normas penales, con el principio de legalidad penal, y en su caso con el de libertad, si el delito resulta conminado con pena de prisión.

Entre las enmiendas presentadas en el iter parlamentario que dio lugar a la redacción de la Constitución, la número 595 presentada en el Congreso de Diputados, pretendía junto a la irretroactividad desfavorable, el reconocimiento de que las leyes tendrán efecto retroactivo en cuanto favorecieran al reo, no logró su aprobación, por lo que la Constitución no contiene un reconocimiento expreso de la retroactividad favorable de las leyes sancionadoras, al igual que sucede en el derecho comparado de los países de nuestro entorno, con la excepción del art. 29.4 de la Constitución portuguesa de 1976 (*nadie podrá sufrir pena o medida de seguridad privativa de libertad más grave de la que está prevista en el momento de la conducta que la motive, aplicándose retroactivamente las leyes penales de contenido más favorable al imputado*).

Así la STC 116/2007, de 21 de mayo: "este Tribunal ha reiterado que el principio de retroactividad de las disposiciones favorables en materia sancionadora, si bien puede considerarse incluido, a sensu contrario, en el art. 9.3 CE, queda fuera de los márgenes de la jurisdicción de amparo, al no resultar una garantía reconocida como derecho en los arts. 14 a 29 CE y, específicamente, en el art. 25.1 CE (por todas, STC 85/2006, de 27 de marzo, FJ 4)"; no obstante, en determinadas ocasiones ha entendido que, no aplicar la norma más favorable suponía una vulneración de la tutela judicial efectiva, contenida en el artículo 24.1 de la Constitución, por incurrir en error manifiesto en la aplicación del derecho ( STC 203/1994, de 11 de julio y STC 99/2000, de 10 de abril) y, también concedió amparo en la STC 232/1997, de 16 de diciembre, al entender que no aplicar la norma más favorable infringía el principio de legalidad establecido en el art. 25.1 CE.

Aunque, dada la impronta en nuestro ordenamiento de la jurisprudencia del TEDH (ex art. 10.2 CE) es previsible que igualmente nuestro Tribunal Constitucional acepte e intensifique su entidad constitucional, abogando la doctrina por un principio adicionado al de legalidad, conforme lo incorpora TEDH, cual es el principio de proporcionalidad integrado en el artículo 25.1 CE.

7. A nivel de legislación ordinaria, encuentra previsión en el art. 2.2 del actual Código Penal: *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*.

8. Desde este enunciado, dado que se proyecta, de conformidad con nuestra tradición histórica (desde el CP 1870) sobre ejecutorias en que el penado estuviere aún cumpliendo condena, resulta necesario acomodar nuestra normativa a la jurisprudencia actual del TEDH y entender embebido el principio de la retroactividad favorable de las leyes penales en el principio de legalidad de conformidad como desarrolla el TEDH, el art. 7 del Convenio.

9. Aunque ello suponga un criterio aparentemente novedoso en la aplicación de la norma, en realidad sus conclusiones resultan en gran parte coincidentes en la manera de entenderla por Juzgados y Tribunales. Especialmente, cuando la automaticidad de reglas prefijadas en la Disposición transitoria quinta, la jurisprudencia de esta Sala Segunda, las filtraba por el tamiz de la proporcionalidad ( SSTS 633/2012, de 19 de julio; 266/2013, de 19 de marzo, reiterada por la STS 346/2016, de 21 de abril y STS 536/2016, de 17 de junio; 807/2016, de 27 de octubre, etc. ); y así decíamos que en estos supuestos, la pena imponible resultante de tal operación de revisión no debía ser valorada absolutamente en abstracto, sino *en concreto* ( SSTS 290/2013, de 16 de abril; 884/2011, de 22 de julio).

Como indican los asuntos *S.W y C.R. c. Reino Unido* de 22 de noviembre de 1995 (§§ 34-36, y §§ 32-34, respectivamente), en cualquier sistema jurídico, incluido el derecho penal, existe invariablemente un elemento de interpretación judicial. Siempre será necesario aclarar puntos dudosos y adaptarse a las circunstancias cambiantes. Además, está firmemente establecido en la tradición jurídica de los Estados Parte en el CEDH, que la jurisprudencia, en tanto que fuente del derecho, contribuye necesariamente al desarrollo progresivo



del derecho penal. El artículo 7 de la Convención no puede interpretarse en el sentido de que se opone a la aclaración gradual de las normas de responsabilidad penal mediante la interpretación judicial de un caso a otro, siempre que el resultado sea compatible con el fondo del delito y razonablemente previsible. Tal como ahora sucede.

10. Criterios sobre la comparación en concreto, donde la vigencia o no de la Disposiciones transitorias, puede soslayarse, pues aunque la pena concorde a la pena de una y otra norma, se halle comprendida en ambos casos dentro de la horquilla respectiva, la jurisprudencia del TEDH no evita tampoco en este caso, esa comparación en concreto; tampoco lo hacía ya nuestra jurisprudencia cuando a pesar de Disposición transitoria específica en la LO 5/2010, que atendía al denominado criterio de taxatividad o negación de la revisión si la pena impuesta era también imponible en la horquilla o rango punitivo resultante con la nueva ley, se prescindía de la transitoria cuando conculcaba el principio de proporcionalidad, a cuya conclusión se llegaba por medio de la comparación en concreto y no en abstracto (ad exemplum, STS núm. 934/2011, de 14 de septiembre).

*Excurso prescindible sobre las Disposiciones transitorias del Código Penal de 1995*

11. Prescindible, porque en el caso de horquillas muy amplias, con introducción de algún elemento normativo nuevo en la conducta tipificada, como hemos visto, la jurisprudencia de esta Sala, ya indicó que los criterios de taxatividad de la transitoria quinta, debían ceder en atención al principio de proporcionalidad y debíamos realizar una comparación en concreto. Y con la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo, ya en todo caso, la comparación en concreto sería la operativa adecuada.

11.1. Advierto, que frente a quien este voto emite, el resto de integrantes de la Sala entiende que las disposiciones transitorias 2ª y 5ª del Código Penal de 1995, integran leyes temporales en su sentido más estricto: venían a regular el tránsito Código TR de 1973 al Código de 1995 y, por tanto, estaban llamadas a decaer; y para justificarlo además de que ya han cumplido esa función temporal, aluden al texto de la Disposición transitoria primera.

11.2. Sucede sin embargo, que a diferencia del *Decreto de 23 de diciembre de 1944, por el que se aprueba y promulga el "Código Penal, texto refundido de 1944", según autorización de la ley de 19 de julio de 1944*, donde las normas transitorias se excluyen del cuerpo del Código Penal, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, como ya ocurriera con los Códigos de 1870 y 1928, incorpora las transitorias dentro del articulado del Código.

11.3. La dicción literal, en Disposición transitoria quinta, al igual que en la segunda, tampoco impide atender a su perdurabilidad en relación con las reformas sucesivas del Código, como se contiene igualmente en ulteriores disposiciones transitorias específicas en leyes de reforma que aluden al *Código en su redacción anterior* y al *Código resultante de la reforma operada*; es decir, cada reforma origina a su vez un Código nuevo, siempre el de 1995, con la redacción otorgada por la nueva Ley Orgánica de que se trate.

11.4. Lógicamente, alguna de las disposiciones transitorias tienen vocación específica, en relación con un instituto jurídico que deja de existir con la nueva norma y que sólo se contemplaba en el CP TR 1973, como es la redención de penas por el trabajo; y de ahí que utilice la expresión "Código Penal derogado"; expresión que también utiliza en el último párrafo de la DT quinta: *tampoco se revisarán las sentencias en que, con arreglo al Código derogado y al nuevo, corresponda, exclusivamente, pena de multa*; criticada por su extensión limitativa, especialmente en cuanto obedece a criterios prácticos de evitar un número ingente de revisiones que pusiera en dificultad el desenvolvimiento del trabajo en juzgados y tribunales, pero que al referirse al derogado CP TR 1973, posibilita que no resulte excluida la posibilidad también de esa concreta revisión en reformas ulteriores (aunque sin embargo, miméticamente se reitera en varias reformas posteriores); mientras que en todos los demás casos, la alusión a norma anterior y a la norma nueva, que conforman la redacción de "uno y otro Código", se redactan con voluntad de generalidad, hasta el extremo que con frecuencia coincide su redacción con las disposiciones transitorias que expresamente se contienen, con algún matiz en sucesivas leyes de reforma, donde necesariamente aluden en ambos caso a redacciones, siempre del Código Penal de 1995, contempladas en dos concretos momentos temporales diferentes.

11.5. Pero el problema radica en que pese a la afirmación de su pérdida de eficacia, las Disposiciones transitorias del Código Penal de 1995, las estamos aplicando continuamente y no resulta explicado el cambio de criterio, aunque posiblemente pudiera justificarse. Así en los centenares de recursos de casación que estaban sustanciándose cuando entró en vigor la LO 10/2022, ha mediado diligencia de ordenación de "conformidad con lo prevenido en el Disposición transitoria novena de la Ley Orgánica 1995 de 23 de diciembre, del Código Penal" dando traslado de nuevo inicialmente al recurrente y ulteriormente al resto de partes interesadas.



Indica el voto mayoritario que se trata de normas procesales no sustantivas y que en otras ocasiones se han invocado en analogía *in bonam partem*, pero resulta vedado su aplicación *in malam partem*. Sin embargo, no ha sido exclusivamente por analogía o en relación a normas procesales; también aplicación directa de las transitorias del Código de 1995 sobre normas sustantivas y en materia afectante a un principio tan nuclear como la legalidad de las penas.

11.6. Me estoy refiriendo al acuerdo de Pleno no jurisdiccional de esta Sala Segunda, celebrado el 29 de noviembre de 2005:

*Al arresto de fin semana dentro del Código Penal, le son de aplicación el régimen de las Disposiciones Transitorias de este Cuerpo legal.*

*Las Disposiciones Transitorias del Código Penal, en particular la número 11, se aplican también en relación con las Leyes penales especiales*

En cuya aplicación se dictaron las sentencias de esta Sala Segunda núm. 1626/2005 de 20 de enero de 2006, 320/2006 de 22 de marzo, 484/2006 de 9 de mayo, 628/2006 de 8 de junio, 1073/2006 de 31 de octubre, 1132/2006 de 15 de noviembre, 1144/2006 de 22 de diciembre, 1188/2006 de 24 de noviembre, 235/2007, de 15 de marzo ó 120/2021, de 11 de febrero.

Donde tales transitorias se aplican, para suplir las omisiones de transitoriedad que conllevó la 15/2003, de 25 de noviembre al suprimir del ordenamiento las penas de arresto de fin de semana, en relación a hechos acaecidos tras la entrada en vigor de esa norma. Así, a través del acuerdo, en aplicación de las transitorias del Código Penal de 1995, se establece que la pena prevista para determinados delitos electorales sancionados con arresto mayor, la conversión establecida sería la de 7 a 15 fines de arresto de fin semana y el arresto de fin de semana, aunque suprimido, debía ser sustituido por privación de libertad equivalente a dos días por cada fin de semana que correspondiera imponer.

Es decir, se suprime la pena de arresto de fin de semana, pero se entiende que persiste a efectos de conversión, aunque el legislador no haya establecido una transitoria específica sobre esta cuestión, por aplicación de las disposiciones transitorias del Código Penal de 1995, en relación a normas y hechos que nacen y suceden casi una década después en la entrada en vigor del Código. Y que no se pueden achacar la falta de transitoria específica, a mera equivocación u olvido pasajero del legislador, pues hasta la LO 2/2011, no establece nueva penalidad para los delitos electorales.

11.7. En todo caso, como anticipé, tanto por criterios de proporcionalidad en multitud de casos, como en su totalidad por el criterio de comparación en concreto que establece la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entiendo que no resulta de aplicación la Disposición transitoria quinta.

*El modo comparativo in concreto*

12. La máxima jurisprudencial de que en la revisión de sentencias firmes se excluía la individualización, derivaba de que se comparaba por horquillas o de forma taxativa, sin atender a los criterios de individualización judicial.

13. Pero en la comparación en concreto, tal axioma, en su extensión más amplia no puede ser mantenido. Pues, abstracción hecha de la personalidad del delincuente, el otro criterio de individualización, la gravedad del hecho, precisa una inexcusable revalorización, pues precisamente el segundo término de la comparación será el resultado de ponderar la gravedad de la pena en relación con la nueva norma integrada en el Código penal, desde consideraciones actuales.

14. Comparativa que cuando afecta únicamente a criterios cuantitativos, entre las disposiciones del Código entre los dos concretos momentos temporales a examinar, sin cambio alguno en la redacción de la conducta tipificada, resulta altamente facilitado en nuestro ordenamiento penal, dado el encauzamiento de la tarea judicial para concretar la pena imponible desde la codificación decimonónica a través de un rígido sistema establecido por las llamadas reglas de aplicación de las penas, donde el arbitrio judicial resulta muy exiguo, a diferencia del derecho comparado; especialmente, cuando como ocurre en la generalidad de los tipos recogidos en el Código, la pena conminada, resulta ya en tramo muy acotado; y sin cambio cualitativo entre las normas a ponderar, el criterio de gravedad del hecho establecido en la ejecutoria, persistiría.

15. Pero que cuando el cambio es cualitativo, la tarea no resulta tan sencilla, aunque resulte prácticamente común, con la desempeñada en la aplicación retroactiva pendiente sentencia definitiva, si bien, alguna diferencia mantiene:

i) el primer elemento de comparación para determinar cuál es más favorable, ya viene determinado por la sentencia a revisar; y

ii) cuanto mayor sea la distancia temporal entre ejecutoria y revisión, los elementos de valoración a ponderar para la concreción del segundo elemento comparativo, más probable será que difieran, no sólo por matices o diferencias en la interpretación jurisprudencial, sino también por el cambio en la consideración de la entidad de los bienes jurídicos tutelados, acaecidos con el transcurso del tiempo.

16. Esta comparación, en seguimiento de la estela de la doctrina jurisprudencial, evita a su vez otra disfunción por aplicación de reglas rígidas, de ninguna justificación dogmática; cual es que, no puede resultar de mejor condición, quien habiendo delinquido vigente la norma anterior, en virtud de la revisión, por aplicación de la nueva norma, que aquella otra persona que delinque vigente ya la nueva norma, cuando sería la misma normativa, la que se aplica.

17. Sin que el argumento de que el hecho haya sido enjuiciado resulte óbice alguno pues primeramente si algo hace la revisión, es obviar la cosa juzgada; y segundo, la comparación de la gravedad, resulta tarea baldía, si precisamente para determinar la gravedad del hecho frente a la nueva norma, tenemos que partir en la concreción de la pena para la nueva norma, de la realizada por quien desconocía la alcance, extensión y lógicamente redacción de la nueva norma; con cambios cualitativos en su configuración.

18. En esa tarea comparativa, como expresa la doctrina, la conducta y su contexto son de ayer, pero la valoración, los criterios axiológicos y los conocimientos que la sustentan son de hoy; debiendo atender a en qué medida muestra un cambio valorativo relevante en la perspectiva penal de un mismo tipo de conducta; y por tanto, la intangibilidad de la individualización realizada en el momento de la sentencia firme, sobre este concreto extremo, difícilmente puede sostenerse, cuando precisamente hemos prescindido de la eficacia de la cosa juzgada y nos adentramos con criterios actuales a revalorizar cuando menos, la gravedad del hecho, necesario para concluir la proporcionalidad o desproporción de la pena, de conformidad con los nuevos valores tributarios de la reforma; la trascendencia de esos bienes en el actual ordenamiento penal.

19. Valga recordar que la retroactividad favorable implica y el art. 2.2. CP prescribe, no que se le aplique al reo la ley nueva, lo más favorablemente posible; sino que cuando la ley nueva, lógicamente proyectada con criterios jurídicos (no meramente aritméticos) actuales, le "favorezca", se le aplique. En definitiva, no la más ínfima posible, sino la procedente.

En esa comparación en concreto, si aplicamos la pena resultante del Código nuevo cuando resulta pena menor la impuesta con el Código anterior, incurrimos en la prohibida irretroactividad de las leyes penales; mientras que si a la inversa la menor es la resultante del Código nuevo y no lo aplicamos, quebrantamos el principio de retroactividad favorable de las leyes penales; y por último si aplicamos el Código nuevo pero con una pena inferior a la que ha resultado en la ponderación de la gravedad del hecho frente a la nueva legislación, deviene una rebaja punitiva falta de justificación, no amparada por la retroactividad favorable y por ende quebrantaría el art. 2.2. CP. Lógicamente en el entendimiento de que la ponderación de la gravedad siempre concluye en términos aproximativos, pues difícilmente pueden reducirse las cuestiones axiológicas a ecuaciones aritméticas.

Antes en cita del TEDH, decía que la evaluación de qué ley penal es más indulgente o más favorable para un acusado no depende de una comparación abstracta entre las dos leyes penales en cuestión, sino que el punto crucial clave radicaba en si, como resultado de un examen concreto de los hechos específicos, la aplicación de una ley penal en lugar de la otra colocó al acusado en desventaja en términos de condena [ *Maktouf y Damjanovic v. Bosnia y Herzegovina* [GC], 2013, §§ 69-70; *Jidic c. Rumanía*, 2020, §§ 85-98]; pero tampoco lógicamente, en situación de flagrante ventaja frente a quienes delinquieran vigente la nueva norma, como acaece en no pocas ocasiones con el criterio adoptado en el Pleno.

Aunque, ciertamente, también sucede, que el resultado, aunque el sistema comparativo no sea el mismo, en múltiple casuística, coincidan.

*La LO 10/2022, de garantía integral de la libertad sexual*

20. Esta norma, Ley 10/2022, de 6 de septiembre, en su Disposición final cuarta modifica el Código Penal, entre otros apartados, el Capítulo I del Título VIII del Libro II, De las agresiones sexuales

En su Preámbulo, entre otros apartados se contiene:

[...] las violencias sexuales constituyen quizá una de las violaciones de derechos humanos más habituales y ocultas de cuantas se cometen en la sociedad española, que afectan de manera específica y desproporcionada a las mujeres y a las niñas, pero también a los niños.

Se consideran violencias sexuales los actos de naturaleza sexual no consentidos o que condicionan el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, lo que incluye la agresión sexual, el acoso sexual y la explotación de la prostitución ajena, así como todos los demás delitos previstos en el Título VIII



del Libro II de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, orientados específicamente a proteger a personas menores de edad. La presente ley orgánica pretende dar respuesta especialmente a las violencias sexuales cometidas en el ámbito digital, lo que comprende la difusión de actos de violencia sexual a través de medios tecnológicos, la pornografía no consentida y la extorsión sexual. Asimismo, entre las conductas con impacto en la vida sexual, se consideran violencias sexuales la mutilación genital femenina, el matrimonio forzado, el acoso con connotación sexual y la trata con fines de explotación sexual. Por último, en coherencia con las recomendaciones de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre violencia contra las mujeres, sus causas y sus consecuencias, se incluye el homicidio de mujeres vinculado a la violencia sexual, o feminicidio sexual, como la violación más grave de los derechos humanos vinculada a las violencias sexuales, que debe ser visibilizada y a la que se ha de dar una respuesta específica.

[...] La disposición final cuarta modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul. Este cambio de perspectiva contribuye a evitar los riesgos de revictimización o victimización secundaria. También se introduce expresamente como forma de comisión de la agresión sexual la denominada "sumisión química" o mediante el uso de sustancias y psicofármacos que anulan la voluntad de la víctima. Igualmente, y en línea con las previsiones del Convenio de Estambul, se introduce la circunstancia cualificatoria agravante específica de género en estos delitos.

Por último, se reforman otros preceptos de dicho Código relacionados con la responsabilidad de las personas jurídicas, la suspensión de la ejecución de penas en los delitos de violencia contra la mujer, el perjuicio social y los delitos de acoso, incluido el acoso callejero.

21. Pero paradójicamente, esa contundencia contra la violencia sexual, en el momento de tipificar las nuevas conductas de "agresión sexual", probablemente como consecuencia de integrar lo que eran antes únicamente "abusos sexuales", sobre los marcos punitivos, resultan con frecuencia más livianamente conminados, tanto en el umbral mínimo, como el máximo; y además en alguno de los tipos, con tramos punitivos muy extensos, como en el caso del nuevo art. 179, prisión de cuatro a doce años; o del art. 180: de siete a quince años. Y además, adiciona tipos atenuados, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable (art. 178.3 y 181.2).

22. Consecuentemente en la sucesión de normas, en especial en el caso de los tipos atenuados, o cuando en el caso concreto medie por cualquier regla general de nuestras peculiares reglas dosimétricas, alguna degradación punitiva, determinará frecuentemente de forma clara la aplicación de la nueva norma por resultar más leve.

23. Pero dada la técnica legislativa empleada, la comparación en concreto, conllevará una cierta dificultad en estos primeros momentos de interpretación de la norma de valorar la gravedad de hecho, cometido antes de su vigencia, a la luz de las consideraciones y contenido actual del ordenamiento penal, donde entre una múltiple casuística, elementos de valoración adicionales a los realizados en la sentencia a revisar para ponderar la gravedad del hecho, cuando fuera posible mantenerlos, serían:

- Los umbrales mínimos no obedecen a un desvalor de las "agresiones" del Código anterior, sino a la consecuencia de sancionarlas conjuntamente, en un tipo reunificado, con los "abusos" del Código anterior.
- Consecuentemente, en la mayoría de las conductas sancionadas en la actualidad no es exigible la violencia o la intimidación, frente a las ejecutorias que sancionan "agresiones sexuales" del anterior texto.
- No obstante, cabe la posibilidad casuística de que antiguos abusos, resulten de mayor gravedad que algunas de las antiguas agresiones; aunque no será frecuente; pero en todo caso, lo que no es dable cuando la condena se revisa por ser desproporcionada, es valorar con exclusividad la individualización judicial realizada en la ejecutoria, pues sin adentrarse esa tarea individualizadora en relación con la gravedad del hecho, no hubiéramos podido concluir esa desproporción y bastaría para solucionar la comparación que compartieran o no la misma horquilla.
- De manera que, la imposición en la ejecutoria de la pena mínima, sin mayor argumentación, o atendiendo meramente a la suficiencia del quantum, no determina (aunque resulte posible) que el nuevo tipo, cuando contempla una variedad más amplia de conductas, deba seguir igual suerte.
- La exasperación punitiva de algunas penas, a la hora de ponderar la gravedad de las penas desde una dimensión externa, en su correlación con tipos que sancionan bienes jurídicos de mayor valor, determinaba que cuando el umbral mínimo superaba el del tipo básico del homicidio, establecido para tutela del bien jurídico



por antonomasia, no se atendiera, por esa saturación punitiva, a otros criterios que determinaran sobrepasar ese mínimo; que ahora rebajado ese umbral, quizás fueran atendibles.

- El componente de género en las conductas sancionadas, cuando la cosificación de la víctima resulta significativa, determina también un componente valorativo a ponderar, especialmente en aquellas conductas anteriores a la ratificación del Convenio de Estambul. En la STSDH de 27 de enero de 2015, *Rohlina c. República checa*, en la comparación establecida entre las dos legislaciones en orden a determinar si concurre o no violación del art. 7, admite ponderar como elemento valorativo en la nueva legislación la violencia de género: *Además, al reforzar el marco jurídico nacional de protección contra la violencia doméstica -la violencia contra las mujeres sigue siendo especialmente preocupante en las sociedades europeas actuales.*

- También los cambios jurisprudenciales en la ponderación del hecho, que determinarían en la actualidad diversa escala de gravedad; pues informa lógicamente la desvaloración del injusto contemplado actualmente.

#### *Proyección sobre el caso*

24. De conformidad con lo expuesto, en la presente reforma, a estos efectos revisorios, lo primero que debe destacarse es que la minoración operada de los umbrales mínimo y máximo de la pena en los arts. 179 y 180 CP aplicados en la revisión de la instancia, que originan ahora marcos punitivos tan amplios, no derivan de que la extensión fijada en su día se manifestara como una inaceptable exacerbación del castigo en contraste con la punición que -desde la entrada en vigor de la nueva norma- el legislador consideraba como apropiada para esa naturaleza de delitos (al menos con las conductas más graves); sino fundamentalmente, porque se engloban tanto las conductas de agresión sexual, como las denominadas de abuso en la anterior legislación, con la consiguiente ampliación del espectro de las conductas incriminadas en el tipo, consecuencia, de una sistematización subsiguiente a la definición de consentimiento afirmativo o asertivo sobre el que pilota la reforma, tal como expresa su Preámbulo: *La disposición final cuarta modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. Como medida más relevante, elimina la distinción entre agresión y abuso sexual, considerándose agresiones sexuales todas aquellas conductas que atenten contra la libertad sexual sin el consentimiento de la otra persona, cumpliendo así España con las obligaciones asumidas desde que ratificó en 2014 el Convenio de Estambul.*

25. Así, dado que se entienden aplicables los arts. 178 y 179; resulta impropio atenerse para ponderar la norma más favorable, acudir a una mera consideración aritmética; impropia en cualquier caso (el proceso de revisión de sentencias firmes no se rige por unas reglas de proporcionalidad aritmética, afirma la STS 50/2012, de 2 de febrero); pero aún menos, desde la ponderación del contenido de la nueva conducta típica, que amplía notablemente el espectro de las conductas enjuiciadas y por ende, modifica la escala de gravedad de la infracción ponderada, donde la casuística proporcionará situaciones muy diversas y de resultado irregular.

26. De otra parte, aunque ciertamente atendemos a los criterios de individualización establecidos en la sentencia ya firme, en cuanto resulten mantenibles en la nueva regulación, la pena resultante de la revisión, no es la posible en todo caso, sino la que, siendo posible, sea en el caso concreto la adecuada o procedente. Esa es la exigencia derivada del método comparativo en concreto. Ello evita además, un resultado absolutamente impropio; que como consecuencia de un mecanicista proceso de revisión, el penado resulte más beneficiado que si hubiera sido juzgado en el momento de la revisión.

27. Los hechos que ahora examinamos, son de 2008 y la sentencia de 2009, así que la redacción de la norma aplicada, arts. 178, 179 y 180, es la establecida por la LO 11/1999 (otra reforma que carecía de disposiciones transitorias específicas) para el 178 y el 180, y la LO 15/2003, para el art. 179; donde la pena venía determinada por la exigencia de concurrir violencia o intimidación.

En la redacción actual, no es exigible esa violencia o intimidación; de donde en una situación como la acaecida en que a la víctima: a) la cogen fuertemente del brazo y la desplazan por la fuerza a un parque; b) la agarran de pelo y le propinan un puñetazo en la nuca que provoca que cayera al suelo; c) es sujeta en las manos y piernas mientras es penetrada por dos personas diferentes vaginalmente y d) además, también por la cabeza en la penetración bucal por una tercera persona; no resulta aplicación racional, en la horquilla de cuatro a doce años, su equiparación a aquellas otras situaciones donde no media tales actos violentos; ni en una horquilla de siete a quince, concluir tan indebido parangón con conductas sin ese grado de violencia, o sin ninguna violencia.

De modo, que la ponderación de la forzada privación de ambulatoria en conjunción con los actos violentos descritos, determina en el caso del art. 180 en relación con el 178 y el 179 CP, que pudiendo recorrer todo el marco punitivo (no concurren circunstancias modificativas), deba concretarse la pena en cifra próxima a su mitad aunque sobrepasándola, resultando plenamente proporcional; y tanto más en el caso del art. 179 en relación con el art. 178, donde con la ponderación de la actuación conjunta (más de dos autores) como elemento individualizador al no haberse ponderado como agravante, además de las frases obscenas proferidas



con lo de agregación vejatoria comportan, que la mitad de la mitad inferior resultante, deviene que la concreción punitiva desde los parámetros normativos actuales, resulte sobradamente observada.

Tanto más, cuando median también, frases proferidas, que no se concretan, salvo su contenido obsceno, y no posibilitan entender indubitada la comisión delictiva por razones de género, pero permiten ponderar a efectos de individualización, el desprecio por la víctima que manifiestan.

28. En el auto recurrido, se prescinde de la valoración de la gravedad de los hechos enjuiciados ante la nueva norma; simplemente tras la comparación de las penas en abstracto, se indica que "procede la revisión por ser más favorable la nueva regulación para el penado" y se impone la mínima actual porque en la ejecutoria respecto a la agresión son penetración, los doce años se estimaron proporcionados a la entidad de la agresión sufrida; y porque en las otras dos agresiones donde fue condenado a sendas penas de seis años, como cooperador necesario, que con el segundo y tercer acusado, sujetaban de las manos y las piernas, mientras sucesivamente estos dos acusados la penetraban respectivamente vaginal y bucalmente "en atención a su intervención en los mismos".

Motivación que además de no atender al cambio cualitativo de la nueva norma y obviar la entidad su gravedad frente a la misma, resulta harto insuficiente. En la deliberación se expresó que como era la mínima no era necesario motivarla. Pero no estamos ahora ante la imposición de una pena subsiguiente al enjuiciamiento, donde se fijaba una horquilla y partimos de un mínimo, que resulta ineludible y de ahí que no resulte sancionable la falta de motivación; sino de una pena ya establecida, cuantificada en la ejecutoria, donde se analiza si hay que minorarla, de modo que, cuanto mayor sea el acortamiento, mayor motivación precisa.

29. Es decir, se obvia cambio cualitativo de la norma; y no se pondera que ahora penalidad prevista para las agresiones, no sólo contempla las anteriores agresiones, sino también los antiguos abusos, que no exigen violencia alguna. Y ante esa elusión, incluso se posibilita, también en supuestos de conformidad con la mínima (rec. 10019/2023: supuesto donde en el transcurso de un robo en el que se accede al domicilio de la víctima por una ventana, a las 4:30 horas y tras apoderarse de diversos objetos de valor y sorprendiendo a la víctima en la cama, le agarra del cuello, le tapa la boca, la amedrenta y ante su posición, le sujeta por los hombros contra la cama y la penetra vaginalmente originándole diversas lesiones que precisaron tratamiento ginecológico y psiquiátrico, con treinta días impositivos) igualmente se revise, con imposición ahora de la mínima con la nueva norma, aunque la ejecutoria nada motive sobre la gravedad del hecho, limitándose a recoger la conformidad.

30. Se prescinde de la comparación en concreto que estable la jurisprudencia del TEDH; de especial incidencia, si además se parte de la ineficacia de las Disposiciones transitorias; pues entonces, la única norma de referencia, sería el art. 2.2 CP, que proyecta su retroactividad favorable a las ejecutorias en que el sujeto estuviese aun cumpliendo condena, sin contemplación de limitación alguna proyectable a autos, resultando por ende de conformidad la doctrina *Gouarré Patte c. Andorra*, sentencia de 12 de abril de 2016, la establecida sobre la retroactividad favorable pendiente sentencia.

Ha sido demasiado el ruido sobre esta LO 10/2022, de modo que como simple clarificación, valga un ejemplo hipotético ajeno a la libertad sexual. Si el legislador entendiera que resulta de difícil precisión el distinguo entre el delito de lesiones que ocasiona grave deformidad (art. 149: prisión de seis a doce años) del que origina deformidad sin más (art. 150: prisión de tres a seis años) y las reunificara tipificando exclusivamente el delito de lesiones que origine deformidad con la pena de tres a nueve años, la cicatriz que loideia en el rostro sancionada en ejecutoria como grave a seis años, tras esa hipotética reforma, sería acreedora sin mayor motivación, del nuevo mínimo de tres años.

31. Pero si se concretara la gravedad de los hechos que obran como probados, frente al contenido de la nueva norma determinaría que:

a) el delito de agresión sexual, previsto y penado en los artículos 178, 179 y 180.1.1ª del CP, sancionado con una pena de 7 a 15 años de prisión, sin circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, resulte procedente y proporcionada la concreción punitiva en su mitad superior, doce años de prisión; y ..

b) los dos delitos de agresión sexual, previstos y penados en los artículos 178 y 179 del CP, sancionados con una pena de 4 a 12 años de prisión; sancionados entonces con seis años resultara perjudicial la aplicación de la nueva norma desde la consideración actual del injusto, aunque el mínimo haya descendido.

32. De ahí que entendiera, que debería haber sido atendida la argumentación del Ministerio Fiscal de que la se había procedido a revisar la ejecutoria "con olvido manifiesto de la gravedad de los hechos" y del principio de proporcionalidad en que se basa en la reprochabilidad por la comisión del hecho antijurídico, pues también frente a la normativa surgida tras la LO 10/2002, nos colocaba en presencia de penas impuestas ajustadas al mismo; por lo que debió haberse denegado la revisión y estimado el recurso por infracción del art. 2.2 CP.



Andrés Palomo Del Arco Ana María Ferrer García Susana Polo García

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ