



Roj: **STS 3632/2023 - ECLI:ES:TS:2023:3632**

Id Cendoj: **28079120012023100644**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/09/2023**

Nº de Recurso: **10206/2023**

Nº de Resolución: **663/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **LEOPOLDO PUENTE SEGURA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 663/2023

Fecha de sentencia: 21/09/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10206/2023 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 20/09/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Leopoldo Puente Segura

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

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

Transcrito por: ASO

Nota: Siendo aplicable la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10ª de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10206/2023 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

Sentencia núm. 663/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 21 de septiembre de 2023.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional interpuesto por la representación legal de **DOÑA Begoña**, contra el Auto dictado el 12 de enero de 2023, en la Ejecutoria núm. 33/2016, por la Audiencia Provincial de Huelva, sección primera, por el que se acordó revisar la condena impuesta a Virgilio, mediante Sentencia dictada el 30 de diciembre de 2015, en el rollo sumario núm. 5/2014, aclarada por Auto de 4 de febrero de 2016, por la que se condenó al acusado, Virgilio, como autor penalmente responsable de un delito continuado de agresión sexual con penetración. Los/a Magistrados/a componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la deliberación, votación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Han sido partes en el presente procedimiento como recurrente la acusación particular, **DOÑA Begoña**, representada por el Procurador de los Tribunales don Julio Zamorano Álvarez y asistida por el Letrado don Eugenio Encina Macías; como parte recurrida el condenado **DON Virgilio**, representado por el Procurador de los Tribunales don Fernando González Lancha, con la asistencia técnica de la Letrada doña Ana María de Silva Molina; y ejerciendo la acción pública el **MINISTERIO FISCAL**.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 2 de Valverde del Camino incoó procedimiento sumario ordinario núm. 5/2014, por un presunto delito continuado de agresión sexual seguido contra don Virgilio. Una vez concluidas las actuaciones, las remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Huelva, sección primera, que incoó procedimiento sumario ordinario y con fecha 30 de diciembre de 2015 dictó Sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

"Resulta probado y así se declara que el procesado Virgilio, mayor de edad y sin antecedentes penales, en el año 1.999 comenzó una relación sentimental con Begoña, comenzando a vivir juntos en la aldea de DIRECCION000 en compañía de la hija de ésta, Begoña, nacida el NUM000 de 1992, quien tiene reconocida por la Consejería de Salud y Bienestar Social de la Junta de Andalucía una minusvalía por un grado de discapacidad del 65% propiciada por un DIRECCION001.

Aproximadamente en el año 2005, el procesado con ánimo de satisfacer sus deseos libidinosos y aprovechando la ventaja que le reportaba el status familiar, comenzó a mantener con Begoña relaciones consistentes en tocamientos en los pechos y la zona genital y obligándola en ocasiones a que le masturbara.

Cuando la menor cumplió los 14 años el procesado comenzó a obligarla a mantener relaciones sexuales, pese a la negativa de ésta, utilizando la primera vez para ello la fuerza física sujetándole los brazos, empujándola para vencer su resistencia consiguiendo de este modo penetrarla vaginalmente, y a partir de entonces las penetraciones se repetían cada cuatro o cinco días en diversos sitios: cuando iban en el coche paraba en un carril, en un gallinero que tenían en la aldea, y fundamentalmente en el domicilio familiar que ocupaban aprovechando unas veces cuando la madre salía del domicilio y otras veces cuando se quedaba dormida, conminándola con que la mataría a ella o a su madre y con hacerle a su hermana lo que le hacía a ella si no accedía. Esta situación se mantuvo hasta el mes de agosto de 2.011 en que la madre de Begoña rompió sus relaciones con el procesado.

Como consecuencia de estos hechos, Begoña padece DIRECCION003, DIRECCION002 y DIRECCION004.

Por Auto de fecha 16 de noviembre de 2012 dictado por el Juez Instructor se acordó respecto del procesado la medida consistente en la prohibición de comunicarse por cualquier medio y acercarse a menos de 200 metros a Begoña".

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

"En virtud de lo expuesto, el Tribunal ha decidido:

QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Virgilio, como autor responsable de un delito continuado de agresión sexual, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de TRECE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y asimismo le imponemos la Medida de Libertad Vigilada que se ejecutará con posterioridad a la pena privativa de libertad por un periodo de OCHO Años y prohibición de comunicarse por cualquier medio y aproximarse a menos de 200 metros a la víctima durante 18 años; debiendo indemnizar a Begoña en la suma de sesenta mil Euros (60.000€) más intereses legales, y al pago de las costas procesales.



Para el cumplimiento de la pena de prohibición de acercarse y comunicarse será de abono al condenado del tiempo que hubiese estado vigente la medida cautelar adoptada. Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

Con fecha 4 de febrero de 2016, la misma Audiencia Provincial dictó auto de aclaración cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

"Rectificar el error material que se advierte en el fallo de la Sentencia dictada el pasado día 30 de diciembre de 2015, en el sentido de incluir la prohibición de que el condenado Virgilio pueda ser clasificado en tercer grado hasta el cumplimiento efectivo de la mitad de la pena impuesta.

Así, por este auto, lo acuerdan, mandan y firman los Ilmos. Sres. que lo encabezan.

Doy fe".

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 12 de enero de 2023, la Audiencia Provincial dictó auto en la Ejecutoria núm. 33/2016, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente:

"En virtud de lo expuesto, la SALA ACUERDA:

Dar lugar a la revisión de la sentencia dictada en el procedimiento del que dimana la presente ejecutoria fijando la pena privativa de (la) libertad en la de once años y un día de prisión.

Notifíquese esta resolución al Ministerio Fiscal y a las partes haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso de casación.

Así por este nuestro Auto, lo mandamos y firmamos".

QUINTO.- Contra el anterior Auto, la representación procesal de la acusación particular anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional, 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 la aquí recurrente se basó en los siguientes motivos:

Motivo primero.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim. Alega la aplicación indebida del art. 2.2 del Código penal, en cuanto a la consideración y/o aplicación de la ley más favorable, infringiendo lo dispuesto en la Disposición transitoria quinta, párrafo segundo, del mismo texto legal.

Motivo segundo.- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 de la LECrim. y del art. 5.4 de la LOPJ. Alega vulneración del art. 24.1 de la Constitución española, en concreto, del derecho a la tutela judicial efectiva, a la prohibición de la indefensión, del derecho fundamental del ciudadano a la seguridad jurídica y a la proporcionalidad de las penas, art. 9. 3 del texto normativo fundamental.

SÉPTIMO.- Por diligencia de ordenación de 27 de marzo de 2023, se da traslado para instrucción al Ministerio Fiscal y a la parte recurrida del recurso interpuesto. El Ministerio Público estimó procedente la estimación del primer motivo y, la desestimación del segundo, en razón a las consideraciones expuestas en su informe de fecha 13 de abril siguiente.

La representación de la parte recurrida impugna la admisión del recurso interpuesto de contrario y subsidiariamente se opone al mismo mediante escrito de 17 de abril.

OCTAVO.- Por diligencia de ordenación de 17 de abril se tienen por incorporados los anteriores escritos y se da traslado a la parte interesada por plazo de tres días conforme al artículo 882.2º Lecrim. La parte recurrente impugna las alegaciones formuladas por la defensa del condenado y manifiesta su adhesión a las sostenidas por el Ministerio Público en lo que respecta a la estimación del primero de los motivos.

NOVENO.- Por providencia de esta Sala de fecha 22 de junio se señala para la deliberación y votación del presente recurso el próximo día 20 de septiembre de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- 1.- El presente recurso, interpuesto por la acusación particular, se estructura sobre la base de dos motivos de impugnación que, en realidad, se concentran en uno solo, resultando el segundo corolario o consecuencia necesaria del anterior, careciendo así de sustantividad propia.



Se queja, primeramente, por el cauce prevenido en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, – infracción de norma penal–, de que el auto impugnado habría aplicado de manera indebida lo que se determina en el artículo 2.2 del Código Penal, así como en la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobó el vigente Código Penal. La idea-fuerza que impulsa la queja descansa en el razonamiento último relativo a que, también con la regulación normativa resultante de lo establecido en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, las penas impuestas en la sentencia firme podrían haber sido igualmente establecidas. Y, a partir de esa, pretendidamente indebida, aplicación de las referidas normas, en el segundo de los motivos de queja se concluye que lo resuelto vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva, en este caso de la acusación, así como el principio de proporcionalidad de las penas.

2.- El Ministerio Fiscal, apoya el primero de los motivos de casación. Y, además, lo enriquece, con particular precisión, en dos aspectos que, en su caso, habrían de ser también abordados. Por un lado, observa que los hechos enjuiciados en la sentencia firme podrían haber dado lugar, incluso, a la agravación prevista en el artículo 192.2 del Código Penal, en la medida en que el condenado "*podiera*" considerarse también guardador de hecho de la víctima, en tanto resultaba ser la pareja sentimental de su madre, lo que habría determinado la imposición de la pena correspondiente en su mitad superior. Y, en segundo término, destaca también el Ministerio Público que, en la hipótesis de que, tal y como en la resolución impugnada se sostiene, la nueva regulación resultara ser más favorable para el condenado, debió aplicarse esta de forma íntegra y, por tanto, debieron ser impuestas también las penas accesorias que se contienen en el artículo 192.3 del Código Penal, en los términos en los que resulta redactado a partir de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

3.- Por su parte, el condenado, además de sostener que la resolución impugnada se acomoda plenamente al ordenamiento jurídico, destina sus primeras consideraciones a impugnar la posibilidad de que esta clase de resoluciones (autos que acuerdan la revisión, o no revisión, de sentencias firmes, a los efectos de aplicar, o inaplicar, la legislación penal posterior), puedan resultar susceptibles de ser recurridas en casación, en la medida en que ningún precepto legal autoriza, frente a ellas, dicha clase de impugnación.

SEGUNDO.- Comenzando, lógicamente, por esta última objeción, lo cierto es que de forma repetida este Tribunal Supremo ha venido proclamando la posibilidad de interponer recurso de casación frente a esta clase de resoluciones, habida cuenta de que las mismas, en sustancia, se integran, resultan inescindibles de ella, en la sentencia misma y, en consecuencia, han de quedar sujetas al mismo régimen de recursos legalmente previsto frente a éstas. Así, por ejemplo, en la reciente sentencia dictada por el Pleno de esta Sala, número 453/2023, de 14 de junio, dejábamos señalado al respecto: <<Es doctrina consolidada de esta Sala 2ª del Tribunal Supremo, que los autos de revisión -o no revisión- de una sentencia firme, a consecuencia de la entrada en vigor de una legislación más favorable, es susceptible de recurso, bien de apelación, bien de casación, dado que deben seguir el mismo régimen de impugnación que la sentencia a la que afectan y complementan de forma sobrevenida (vid. STS 606/2018, de 28-11)>>.

TERCERO.- 1.- Considera quien ahora recurre que, conforme a lo establecido en la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, por cuya virtud se aprobaba el vigente código penal, no puede considerarse más favorable para el condenado la regulación que resulta de la Ley Orgánica 10/2022, 6 de septiembre, en la medida en que la pena impuesta en sentencia firme, conforme a la legislación vigente al tiempo de producirse los hechos, resultaría también imponible en la nueva regulación.

El hecho cierto, sin embargo, es que este Tribunal Supremo, entre otras en nuestra reciente sentencia de Pleno número 523/2023, de 29 de junio, dejó ya sentado que las mencionadas disposiciones transitorias, conforme resulta de su propia redacción, estaban encaminadas a regular el tránsito normativo indispensable con relación a las situaciones acaecidas con anterioridad "*a la entrada en vigor de este Código*". Se trata así, de normas de carácter temporal, cuya vigencia ha decaído una vez superado dicho objeto. En la referida sentencia razonábamos al respecto: <<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>>".

2.- Sentado lo anterior, el condenado en este procedimiento lo fue como autor de un delito continuado de agresión sexual, previsto en los artículos 178, 179 y 180.1.4 del Código Penal vigente a la fecha de producción de los hechos (que reservaba una protección penal específica para los menores de trece años). Conforme se explicaba en la sentencia cuya revisión aquí se acordó, la pena abstracta prevista para dicho delito se extendía entre los trece años y seis meses de prisión y los quince, habiendo resuelto el órgano enjuiciador que procedía, en concreto, aplicar la pena en su mínima extensión legalmente posible (trece años y seis meses de prisión). Y así, se explicaba al respecto: "*[E]ntendemos adecuada la imposición de la pena de prisión en TRECE AÑOS Y SEIS MESES de prisión, no resultando desproporcionado al injusto del hecho ni a la culpabilidad centrarse en el mínimo legalmente previsto teniendo también en cuenta la primariedad delictiva del procesado*".

Sostienen los recurrentes, y así lo entendía también el auto recurrido que, conforme a la regulación vigente en la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, --ya legislación intermedia habida cuenta de la existencia de una nueva modificación posterior--, estos mismos hechos deberían ser calificados de conformidad con las previsiones contempladas en los artículos 178, 179 y 180.1.5ª del Código Penal que, siempre teniendo en cuenta que se trataba de un delito continuado, nos situaría en una nueva pena abstracta que discurre entre los once y los quince años de prisión.

No es así, sin embargo. En realidad, toda vez que los hechos enjuiciados sucedieron cuando la víctima no había cumplido aún los dieciséis años (aunque parte de los mismos se ejecutaran con posterioridad), a la vista de la nueva regulación, los mismos deberían calificarse como constitutivos de un delito de los previstos en los artículos 181.1, 3 y 4 e) del texto penal, lo que determinaría una pena abstracta de entre doce años y seis meses de prisión y quince años. Como quiera que se trató de un delito continuado, dicha sanción, conforme a las previsiones contempladas por el artículo 74, debería ser impuesta en su mitad superior (entre los trece años y nueve meses de prisión y los quince años). En consecuencia, la nueva regulación legal resulta más desfavorable para el acusado, sin contar con que, además, de resultar ésta aplicable, habrían de serle impuestas también las penas accesorias ahora previstas en el artículo 92. No se olvide que la comparación entre las normas que se suceden en el tiempo, a los efectos de determinar cuál pudiera resultar más favorable, debe realizarse teniendo en cuenta las mismas en su globalidad, sin que resulte dable seleccionar, entre sus diferentes aspectos los que, aisladamente considerados, pudieran resultar más favorables, al efecto de alumbrar un nuevo precepto que, en realidad, ni estaba vigente antes ni lo estuvo después.

El recurso se estima.

CUARTO.- Estimado el recurso de casación interpuesto, y de conformidad con lo previsto en el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, corresponde declarar de oficio las costas devengadas como consecuencia de aquél.

FALLO

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

1.- Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de doña Begoña contra el auto de fecha 12 de enero de 2023, dictado por la Audiencia Provincial de Huelva, Sección 1ª, en su ejecutoria número 33/2016, que se casa y anula; debiendo estarse, en consecuencia, en todos sus términos, a lo resuelto en la sentencia de fecha 30 de diciembre de 2015, en el rollo sumario núm. 5/2014, dictada por ese mismo Tribunal.

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 póngase en conocimiento de la Audiencia Provincial de la que proceden las actuaciones e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.