

1.2 Sección de lo Penal

Se destacó en la memoria del pasado año el elevado número de modificaciones del Código Penal (hasta en ocho ocasiones) que se llevaron a cabo a lo largo del año 2022, tendencia que, si bien se ha moderado en 2023 –solo se ha modificado en tres ocasiones–, no por ello las reformas introducidas han dejado de ser relevantes, máxime cuando una de ellas se ha convertido en ley intermedia de una de las operadas en el año 2022, produciendo un gran impacto en el trabajo desarrollado durante el año.

Así, en el año 2023 se han llevado a cabo las siguientes reformas legislativas:

– Ley Orgánica 1/2023, de 28 de febrero, *por la que se modifica la Ley Orgánica 2/2010, de 3 de marzo, de salud sexual y reproductiva y de la interrupción voluntaria del embarazo*. BOE núm. 51, de 1 de marzo de 2003.

– Ley Orgánica 3/2023, de 28 de marzo, *de modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en materia de maltrato animal*. BOE núm. 75, de 29 de marzo de 2023.

– Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, *para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*. BOE núm. 101, de 28 de abril de 2023.

También durante este año se han introducido reformas en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que tienen trascendencia respecto de los recursos de casación, revisión y queja que se tramitan ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo.

Tales reformas han sido las siguientes:

– Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, *para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores*: Disposición final primera. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, aprobada por Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, por la que se modifica el apartado 3 del artículo 14 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

– Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, *por el que se adoptan y prorrogan determinadas medidas de respuesta a las consecuencias económicas y sociales de la Guerra de Ucrania, de apoyo a la recons-*

trucción de la isla de La Palma y a otras situaciones de vulnerabilidad; de transposición de Directivas de la Unión Europea en materia de modificaciones estructurales de sociedades mercantiles y conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores; y de ejecución y cumplimiento del Derecho de la Unión Europea, que en su artículo 223, que modifica la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 746, 855, 858, 882 y 889).

Estas modificaciones, junto con alguna de las efectuadas durante el año 2022, han afectado muy notablemente a la actividad no solo de la Fiscalía del Tribunal Supremo, sino también, y muy especialmente, a la de las fiscalías territoriales.

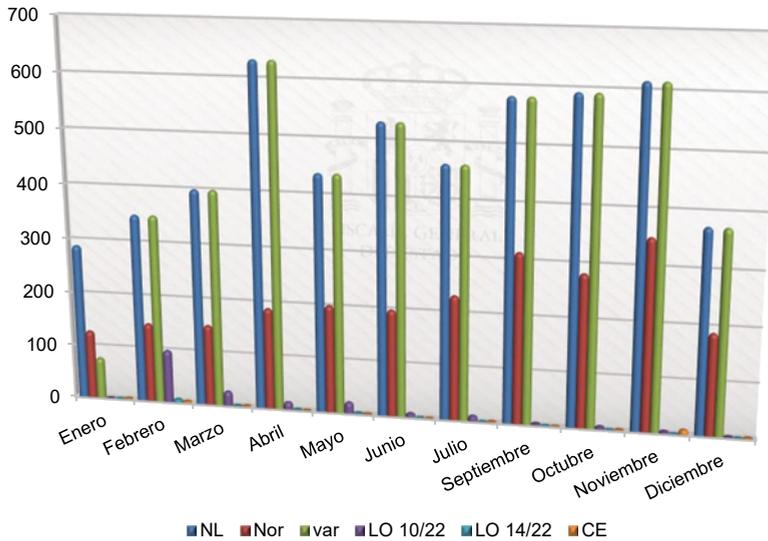
La Sección Penal ha sufrido en el año 2023, la pérdida por fallecimiento de la Excm. Sra. D.^a Paloma Iglesias Moreno (q.e.p.d.). También se han producido las jubilaciones de los Excmos. Sres. D. Carmelo Quintana Giménez y D. José María Casado González, circunstancia que provocó la existencia de vacantes que se han mantenido en esa situación desde la fecha de su producción hasta finales del año 2023, continuando algunas en idéntica situación en el año 2024, extremo que también ha afectado al volumen total de asuntos que han podido ser atendidos por la Sección.

Si en el año 2022 se registró la entrada de un total de 8.527 asuntos y se dio salida a un total de 7.934 asuntos, quedando pendientes de despacho a 31 de diciembre de 2022, un total de 593 asuntos, la situación se ha agravado durante el año 2023, hasta límites preocupantes, ya que se ha registrado la entrada de un total de 12.919 asuntos (lo que supone un incremento del 51,5% respecto del año anterior) y se ha dado salida a un total de 8.454 asuntos, (que implica, igualmente, un incremento del 7% respecto del año anterior), provocando la pendencia en la Secretaría de la Sección de un total de 5.058 asuntos a fecha 31 de diciembre de 2023.

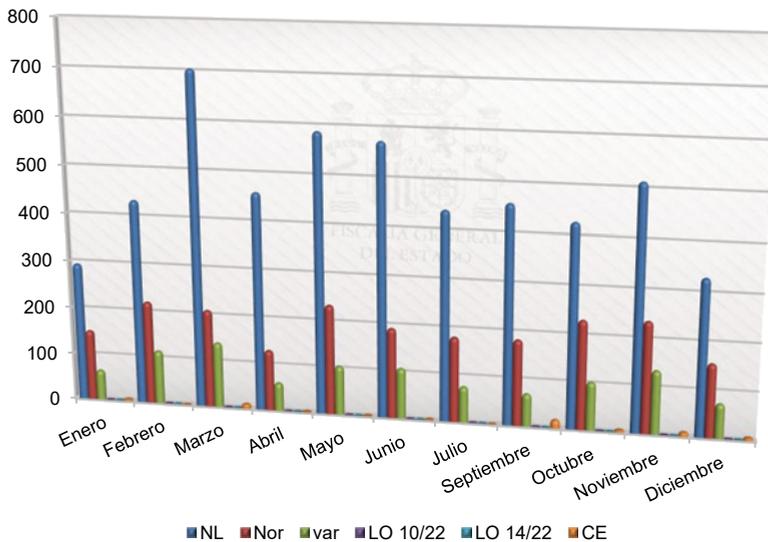
Esta circunstancia excepcional, motivó que, mediante Nota de Servicio de fecha 5 de enero de 2024, se tuviera que acudir a las previsiones establecidas en las normas de reparto que se fijaron en la Nota Interior 1/2023 y llevar a cabo un reparto extraordinario durante el mes de febrero de 2024 entre los fiscales de la Sección.

Gráficamente se muestran los datos de la siguiente manera:

ENTRADA DE ASUNTOS EN FISCALÍA



SALIDA DE ASUNTOS DE FISCALÍA



La disminución del número de fiscales en activo en la Sección sufrida a lo largo del año 2023, unida al incremento en la entrada de asuntos, dan razón de la pendencia actual en la Secretaría de la Fiscalía, que solo podrá ser solventada cuando se vuelvan a cubrir las vacantes existentes y, aun con ello, será necesario volver a acudir a un nuevo reparto extraordinario, toda vez que persiste el aumento de entrada de asuntos.

La reforma operada en la LECrim por medio del mencionado Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, incluye, como se destaca en su Preámbulo, diversas medidas de carácter procesal, modificando la normativa reguladora del proceso en los diferentes órdenes jurisdiccionales que, en lo que atañe a la LECrim, se concretan en el Título VII del Libro Quinto del RDL, precisándose que se lleva a cabo la modificación de la regulación del recurso de casación penal *para, ante la situación existente en la Sala Segunda del Tribunal Supremo, introducir una serie de filtros consistentes, por un lado, en exigir que se incluya en el escrito un breve extracto del motivo o motivos de casación que se pretenden esgrimir, así como que se cite el precepto del Código Penal de carácter sustantivo que se considere vulnerado; y, por otro, prever expresamente que la Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional puedan tener por no preparado el recurso, en el caso de que el motivo o motivos se aleguen por otra vía distinta a la prevista en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (error de Derecho) o no se cite el precepto del Código Penal de carácter sustantivo, que se considere vulnerado.*

La reforma, auspiciada desde la propia Sala Segunda del Tribunal Supremo, podría suponer una reducción del número de procedimientos que acceden al Tribunal Supremo, si bien se corre el riesgo de ver frustrado dicho objetivo –como ya ocurrió con reformas anteriores que buscaban idéntica finalidad– si, como consecuencia de la inevitable interposición de los recursos de queja contra los autos dictados denegando tener por preparado el recurso de casación, se acabaran relativizando tales exigencias en el caso de que se considere que se trata de requisitos subsanables, siempre que ese fuera el criterio en que justificase la Sala Segunda su decisión de estimar el mencionado recurso de queja.

De darse tal situación, por una parte, se desincentivará a los tribunales para adoptar posteriores resoluciones que acuerden no tener por preparado el recurso de casación por incumplimiento de aquellas exigencias, truncándose así la principal finalidad de la reforma; y, por otra parte, habrá dado lugar al aumento de los asuntos que acceden al

Tribunal, consecuencia de la interposición de tales recursos de queja, de los que se derivará la posterior tramitación del recurso de casación.

Mediante Nota Interior de la Excm. Sra. Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, de fecha 7 de julio de 2023, que acogió la propuesta efectuada por los Fiscales de Sala de la Sección, coincidiendo con la modificación introducida en la regulación del recurso de casación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, mediante Real Decreto-ley 5/2023, de 28 de junio, se comunicaron a las distintas fiscalías unos nuevos criterios y pautas de actuación.

Así, cuando se pretenda interponer recurso de casación contra una sentencia dictada en apelación por una Audiencia Provincial o la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional por infracción de ley, ahora se exige que se presente escrito consignando, en párrafos separados, con la mayor claridad y concisión, la concurrencia de los requisitos exigidos, identificando el precepto o preceptos sustantivos que se consideren infringidos y explicando de modo sucinto las razones que fundan tal infracción, de tal forma que su incumplimiento habilita expresamente a los citados órganos judiciales para denegar, por auto motivado, la preparación cuando se aleguen motivos distintos al previsto en el artículo 849.1.º, no se identifique un precepto sustantivo supuestamente infringido, no se consigne el breve extracto exigido, o su contenido se aparte del ámbito del artículo 849.1.º LECrim.

La reforma del sistema se completa con la del artículo 889 LECrim, ya en fase de interposición del recurso, que permite a la Sala Segunda del Tribunal Supremo inadmitir a trámite el recurso de casación en el supuesto previsto en el artículo 847.1.b) mediante providencia sucintamente motivada siempre que haya unanimidad por carencia de interés casacional; y en los supuestos previstos en el artículo 847.1.a) también puede acordarse la inadmisión del recurso por providencia sucintamente motivada siempre que haya unanimidad por carencia de relevancia casacional y la pena privativa de libertad impuesta, o la suma de las penas privativas de libertad impuestas, no sea superior a cinco años, o bien se hayan impuesto cualesquiera otras penas de distinta naturaleza bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cualquiera que sea su cuantía o duración.

La exigencia de la cita del precepto penal sustantivo en los casos de preparación del recurso por infracción de Ley del núm. 1 del artículo 849 LECrim requiere que se indique expresamente el precepto que se considera infringido, tanto por infracción como por indebida aplicación y/o inaplicación, indicación que deberá extenderse a aquellos otros preceptos penales sustantivos que se correspondan con la declaración de hechos probados establecidos en la sentencia, respecto

de los que también habrá que exponer, de modo sucinto, las razones que fundan tal invocación, a los efectos de posibilitar que la Junta de la Sección Penal pueda decidir acerca de su interposición ante la Sala Segunda, caso de resultar procedente.

La reforma del Código Penal que se llevó a cabo por medio de la Ley Orgánica 10/22, de 6 de septiembre, *de garantía integral de la libertad sexual*, ha dado lugar a situaciones que es necesario destacar.

La citada Ley Orgánica, en el aspecto que afecta a la reforma de los delitos contra la libertad sexual, aparece concebida como un todo que elimina la diferenciación entre abuso y agresión sexual, agrupando ambas figuras en una sola infracción penal, y que partiendo de la inexistencia de consentimiento de la víctima, incorpora una penalidad –en lo que se refiere a la pena privativa de libertad– desde la que va efectuando los incrementos de la pena de prisión en función de los tipos agravados que incorpora.

Tal modo de proceder, que tiene su coherencia a partir de los postulados que se afirman como determinantes de la reforma, y fundamentalmente, del principio de que todo acto de naturaleza sexual no consentido integra un delito de agresión sexual, omite, sin embargo, la previsión de los criterios interpretativos indispensables para resolver los problemas de la aplicación retroactiva que la norma, inevitablemente, iba a suscitar, dando lugar a pronunciamientos dispares en las diferentes Audiencias Provinciales y Tribunales Superiores de Justicia.

Sin embargo, el legislador, sí ha plasmado una interpretación auténtica, por más que lo hiciera en el apartado VIII del Preámbulo de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, el cual resulta ilustrativo al afirmar que:

«Para la aplicación de las reformas penales contenidas en esta ley a los delitos cometidos antes de su entrada en vigor, las disposiciones transitorias primera, segunda y tercera reproducen las disposiciones transitorias de otras leyes orgánicas destinadas a modificar el Código Penal, como la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, o la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que a su vez se corresponden sustancialmente con las que en su momento estableció el Código Penal de 1995, en su redacción original dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que son disposiciones que hoy se encuentran vigentes y han sido convenientemente interpretadas por el Tribunal Supremo. Por consiguiente, aun cuando no se estableciera régimen transitorio en esta ley, se llegaría a las mismas conclusiones por aplicación del artículo 2.2 del Código Penal y de la

disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre». Precisaba el legislador que el establecimiento en este caso de unas disposiciones transitorias resultaba en principio innecesario y en clara alusión al supuesto que nos ocupa, añadía que, en esta reforma posterior, se optó por introducirlas a la vista de la diversidad de interpretaciones realizadas en recientes reformas que afectan al Código Penal, lo que aconseja su introducción expresa conforme al principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución española.»

Y ha vuelto el legislador a insistir en ello en la LO 4/2023, de 27 de abril, para la modificación de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, en los delitos contra la libertad sexual, la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, cuando en su Preámbulo señala que la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de libertad sexual, ha dado una nueva regulación a los delitos contra la libertad sexual, para unificar los anteriores tipos de abuso y agresión sexual en un solo tipo, el de agresión sexual, que comprende cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento, el cual se define en los siguientes términos: «Solo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona» (artículo 178.1 del Código Penal).

Respetando este modelo, es importante blindar la ley en favor de las víctimas y evitar el efecto no deseado de una posible aplicación de las penas mínimas de los nuevos marcos penales, que son más amplios, para que en casos graves no exista la posibilidad de que se impongan penas bajas, pero sin afectar al corazón de la norma, ya que se mantiene la íntegra definición del consentimiento y, por tanto, la esencia de la regulación de los delitos contra la libertad sexual.

Se recibieron en la secretaría de la Sección Penal traslados acordados mediante diligencias de ordenación de los Ilmos./as Sres./as Letrados de la Administración de Justicia, de contenido dispar, según la secretaría de la Sala II de procedencia.

Durante el mes de noviembre de 2022, se acordaba dar traslado a recurrentes y recurridos, de forma simultánea, por plazo común, unas veces por 3, otras veces por 5 días, lo que motivó que la Sección hubiera de adaptar los sistemas de comunicación con los fiscales para darles conocimiento de tales traslados a los efectos de cumplimentar el trámite.

Ante esta situación, los Fiscales Jefes de la Sección Penal reclamaron una forma de actuar uniforme, que tuvo acogida por parte de la Sala y que provocó un cambio de criterio de las secretarías de la Sala II que, a partir del 30 de noviembre de 2022, fijaron un criterio común al amparo de lo prevenido en la disposición Transitoria Novena apartado c) CP, de forma que se daba traslado previamente al recurrente por término de 8 días para que adaptase los motivos de casación alegados a la LO 10/22, de 6 de septiembre, con posterior traslado al MF del escrito de adaptación, en su caso.

Simultáneamente, el Fiscal General del Estado, mediante Decreto de 21 de noviembre de 2022, emitido al amparo de lo dispuesto en el artículo 25.1 y 2 EOMF, tras el acuerdo y las aportaciones realizadas por la Teniente Fiscal del Tribunal Supremo, los cuatro Fiscales de Sala Jefes de la Sección Penal del Tribunal Supremo y el Fiscal de Sala Jefe ante el Tribunal Constitucional, estableció unas pautas interpretativas que los fiscales deberían tener en cuenta a tales efectos, tomando como punto de partida que *el hecho de que la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, no contenga disposiciones de régimen transitorio en nada altera las conclusiones anteriores, pues este tipo de disposiciones carecen de virtualidad para restringir y, mucho menos, contradecir el contenido del artículo 2.2 CP. Las disposiciones transitorias, cuando menos en este punto, se limitan a ofrecer una interpretación auténtica de este precepto y, en concreto, acerca de qué ley debe considerarse más favorable. De ahí que pueda concluirse que el contenido de la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, sucesivamente reiterado en ulteriores reformas legislativas, resulte de aplicación por constituir un criterio interpretativo plenamente consolidado (vid. SSTS 556/2022, de 8 de junio; 346/2016, de 21 de abril; 290/2013, de 16 de abril; 633/2012, de 19 de julio; 582/2012, de 25 de junio).*

Frente a las decisiones acordadas por los diferentes tribunales, los fiscales, ajustándose a los criterios fijados en el Decreto anteriormente mencionado del Excmo. Sr. Fiscal General del Estado, y a los criterios sentados en la Circular 1/2023 de la FGE, vinieron anunciando la preparación de los recursos de casación, para lo cual partían como primera pauta, cuando se trataba de decisiones de revisión de las penas impuestas en sentencia firme, de que el contenido de la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, sucesivamente reiterado en ulteriores reformas legislativas, resultaba de aplicación por constituir un criterio interpretativo plenamente consolidado (*vid. SSTS 556/2022, de 8 de*

junio; 346/2016, de 21 de abril; 290/2013, de 16 de abril; 633/2012, de 19 de julio; 582/2012, de 25 de junio).

Aun cuando en tales momentos los asuntos sobre los que se estaba pronunciando la Sala Segunda se referían a recursos en trámite, no así en procedimientos en los que los recursos se interponían contra autos de revisión de las penas impuestas en sentencia firme, desde los primeros recursos interpuestos por el MF, y específicamente en cuanto se formalizaron los primeros recursos de casación contra autos de tal naturaleza por aplicación retroactiva de las disposiciones de la LO 10/2022, se solicitó una rápida decisión de la Sala Segunda que fijara definitivamente las pautas interpretativas al respecto, ante el previsible aumento de recursos que se aventuraba iban a plantearse.

Esa pretensión era necesaria toda vez que, con fecha 29 de marzo de 2023, la Fiscalía General del Estado estableció los criterios interpretativos a los que se ajustarían los fiscales por medio de su Circular 1/2023, de 29 de marzo, *sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre*.

No obstante, no fue hasta el Pleno Jurisdiccional que se celebró los días 6 y 7 de junio de 2023, cuando se adoptaron los criterios por la Sala para resolver este tipo de asuntos.

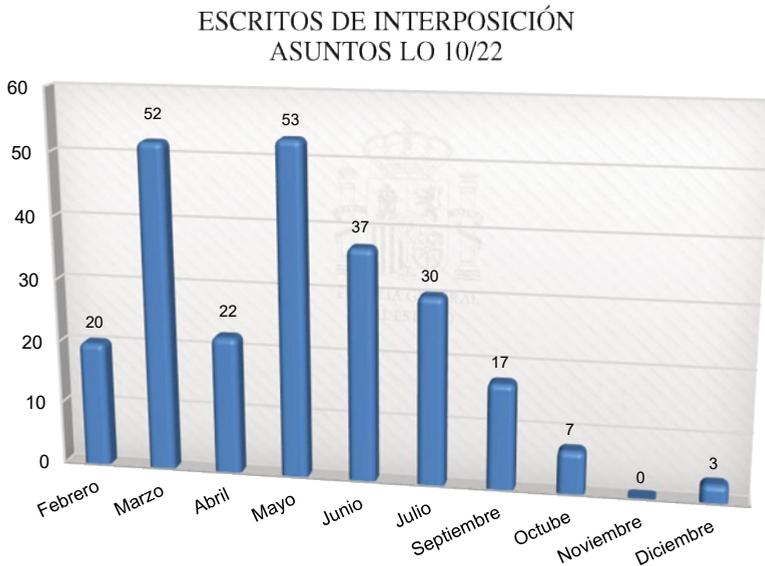
Este conjunto de circunstancias dio lugar a que el número total de recursos preparados por los fiscales durante el año 2023 ascendiese a un total de 375, (cuando en el año 2022 fueron 132) lo que ha supuesto un incremento del 184%, de los que un total de 249 lo fueron con relación a la aplicación de la LO 10/22 (esto es, un 66% del total).

Este desmesurado incremento de recursos preparados por las fiscalías ha supuesto, correlativamente, un aumento relevante del trabajo a desarrollar por la secretaría de la Sección, que ha obligado a cambiar los criterios y pautas de actuación que se habían establecido relativas a la forma de comunicación de la preparación de los recursos de casación a la Fiscalía del Tribunal Supremo, y respecto a los que se había venido insistiendo a las jefaturas territoriales desde la comunicación remitida a los mismas el 15 de julio de 2021.

En este punto hay que destacar que de los 249 recursos preparados por las fiscalías en asuntos en los había de resolver acerca de la incidencia de la LO 10/22, se desistió de su formalización en 8 casos, interponiéndose un total de 241 recursos.

Se interpusieron los siguientes recursos: en febrero, 20; en marzo, 52; en abril, 22; en mayo, 53; en junio, 37; en julio, 30; en septiem-

bre, 17; en octubre, 7; en noviembre, 0 y en diciembre, 3, datos que se reflejan visualmente en el siguiente cuadro:



Gráficamente se aprecia como se concentra la interposición de los recursos en los meses de febrero a junio y como, a partir del mes de junio de 2023, el número de recursos indica una tendencia decreciente, coincidiendo con el pronunciamiento de la Sala Segunda tras el Pleno Jurisdiccional celebrado los días 6 y 7 de junio, aunque, salvo la expresa referencia a la carencia de vigencia de las Disposiciones Transitorias del CP, no puede decirse que el mencionado pronunciamiento haya significado el establecimiento de criterios que puedan considerarse consolidados y uniformes, opinión que se extrae de las manifestaciones que se contienen en los votos particulares que acompañan a la sentencia núm. 523/2023 en la que se fijaban los criterios adoptados por la mayoría del Pleno.

En otro orden de cosas, nuevamente se ha de hacer notar, como ya se hizo en la memoria del pasado año, el inexistente alcance del recurso de casación para la unificación de doctrina en materia de menores, debido a su configuración por la Ley Orgánica de Responsabilidad Penal de los Menores, que no permite el planteamiento ante el Tribunal Supremo de cuestiones relevantes que afectarían de manera directa y notable a la especialidad y que no tienen su encaje en la muy

restringida vía casacional prevista en el artículo 42 LORPM, lo que se traduce en que no se haya registrado ningún recurso anunciado por parte de las fiscalías en esta materia.

Persisten las dificultades por el aumento de causas itineradas en las que siendo la consulta de tales expedientes absolutamente necesaria, en muchos casos, para resolver las cuestiones suscitadas en el Recurso de Casación, al intentar acceder al expediente itinerado, existen circunstancias que dificultan de forma notoria el despacho de los recursos por cuanto la aplicación informática de la que se dispone para la consulta donde figuran los acontecimientos del expediente, no ofrece ningún índice ni figuran tales acontecimiento ordenados de manera que pueda ser reconocible (bien por fecha, bien por fase del procedimiento), por lo que la única pauta de actuación que el programa ofrece es ir revisando acontecimiento por acontecimiento hasta localizar el que se busca.

1.2.1 DATOS ESTADÍSTICOS RELATIVOS A LA ACTIVIDAD DE LA SECCIÓN PENAL DE LA FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO

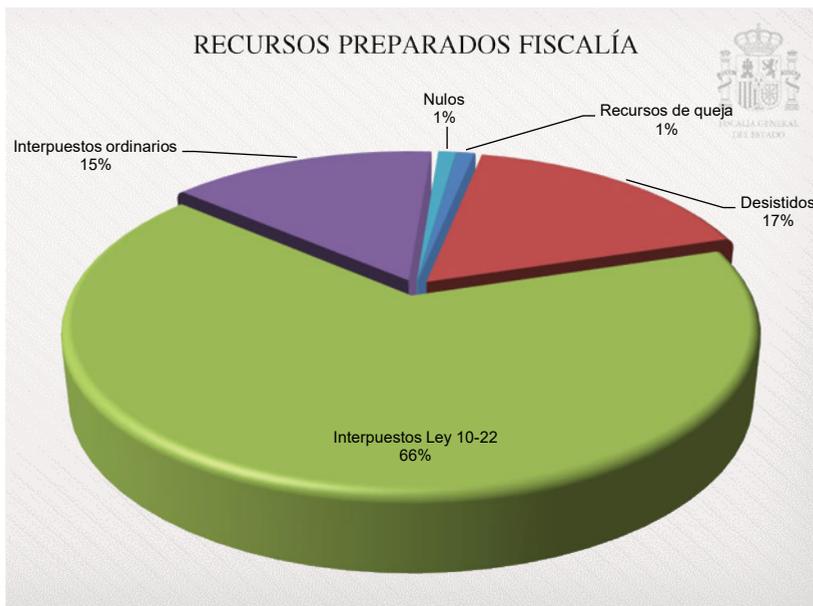
RESUMEN DE LOS ASUNTOS DESPACHADOS POR LA FISCALÍA DE LA SALA PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO DEL 1 DE ENERO AL 31 DE DICIEMBRE DE 2023

NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS	
I. TRIBUNAL SUPREMO	
Conflictos Jurisdiccionales:	
– del art. 38 LOPJ	1
– del art. 39 LOPJ	4
– del art. 42 LOPJ	0
– del art. 61 LOPJ	13
II. SALA II DEL TRIBUNAL SUPREMO	
Recursos de casación:	
Preparados por el MF:	
– Interpuestos	305
– Desistidos	61
– Quejas	5
De parte:	
– Apoyados	87
– Parcialmente	21

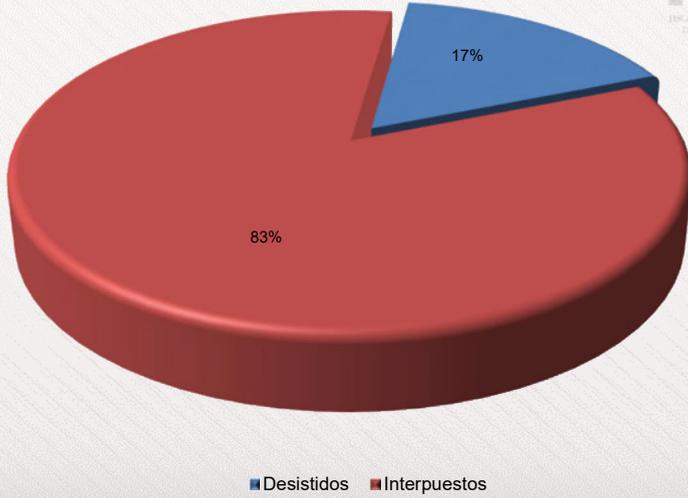
NATURALEZA DE LOS ASUNTOS REGISTRADOS

– Inadmisión	6636
– Impugnación	551
Recursos de queja	
– Estimando	11
– Desestimando	105
Recursos unificación de doctrina	
V. Penitencia:	
– Apoyo	
– Impugnación	25
Menores:	
– Apoyo	0
– Impugnación	21
Recursos de revisión	
– Solicitudes de autorización e interpuestos por las partes . .	133
– Interpuestos por el Fiscal	10
– Solicitudes procedentes del Ministerio de Justicia	0
Cuestiones de competencia	718
Indultos	
– Informe Favorable	0
– Informe Desfavorable	40
Varios	
– Error Judicial	9
– Insostenibilidad de la pretensión (A. J. Gratuita)	26
Señalamientos	
– Sin vista	1240
– Con vista	15
Causas especiales competencia Sala II	
– Incoadas	52
– Denuncias	17
– Exposiciones razonadas	3
– Querellas	32
III. FISCALÍA DEL TRIBUNAL SUPREMO	
– Expedientes Gubernativos	13
– Diligencias de Investigación	44
– Diligencias Preprocesales	11

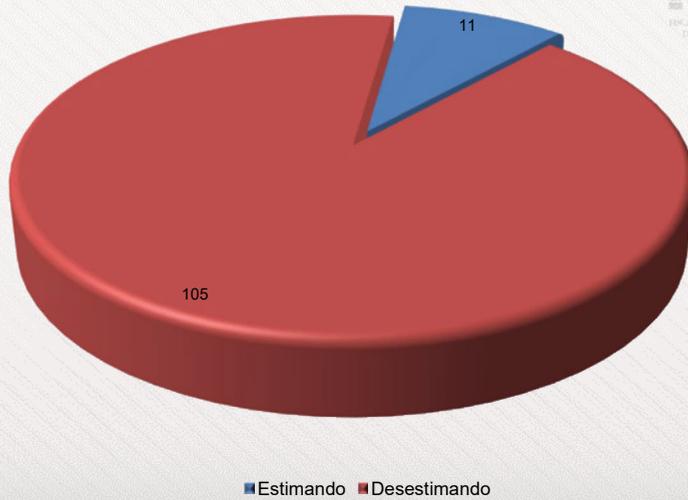
GRÁFICOS RESUMEN DE LOS DATOS ANTERIORES



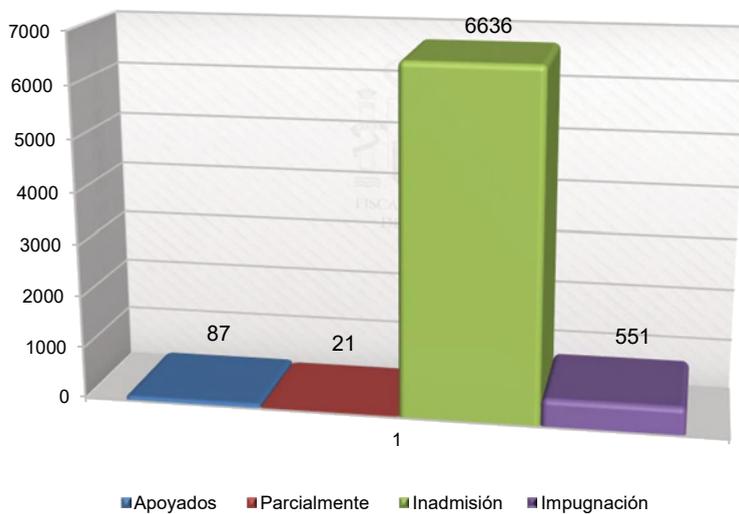
RECURSOS DE CASACIÓN MF AÑO 2023



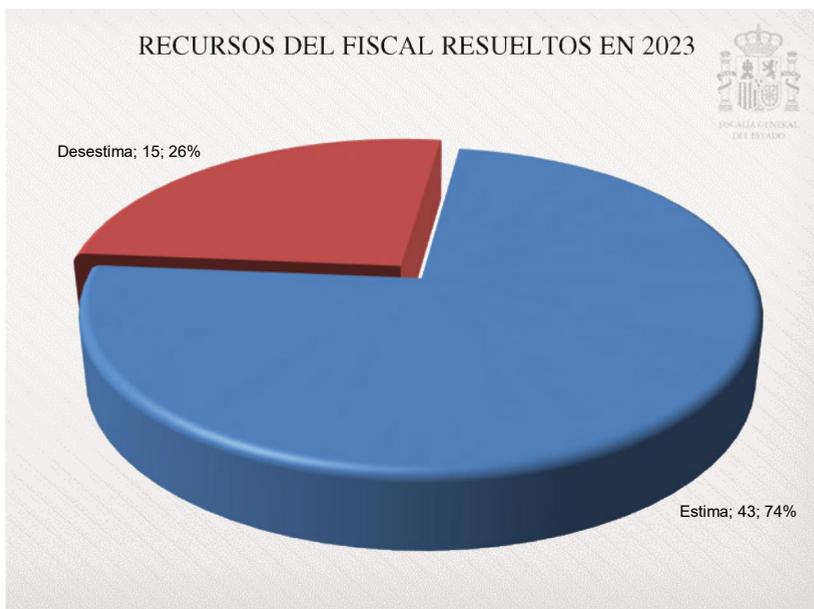
RECURSOS DE QUEJA

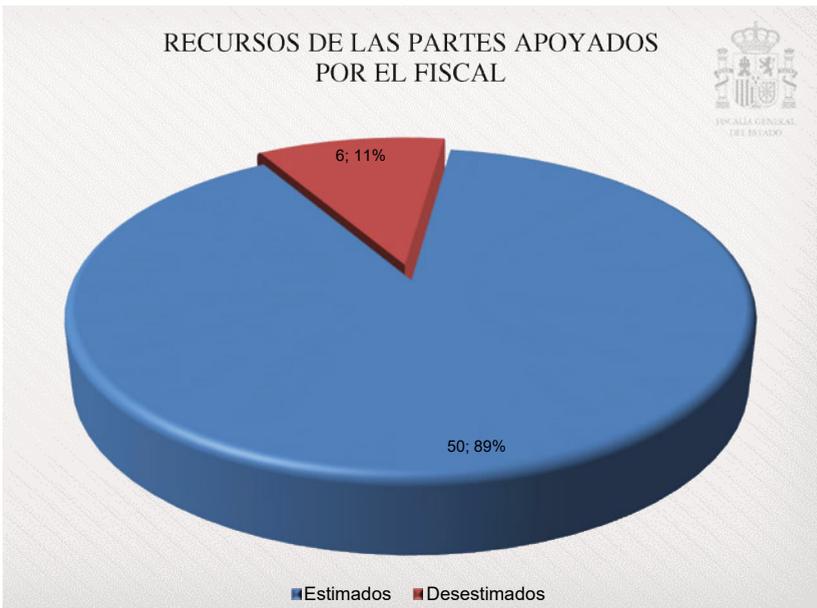
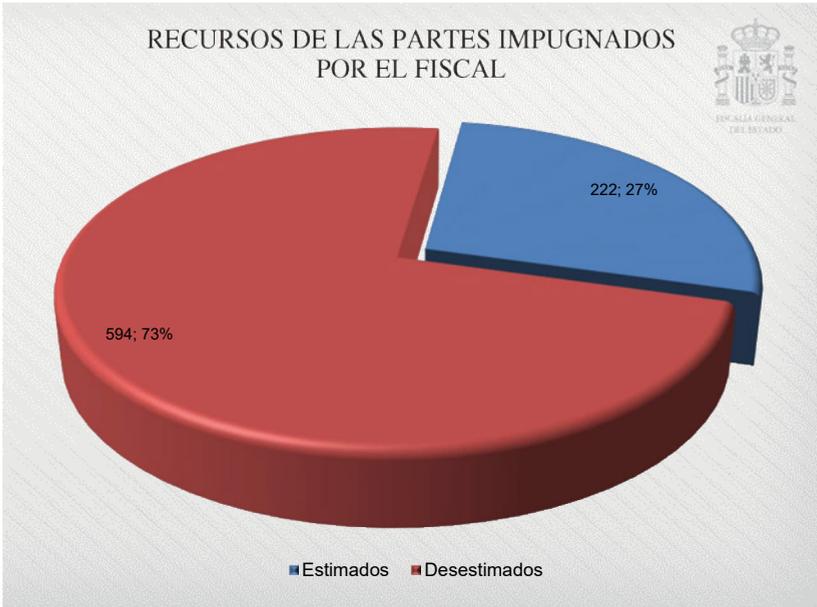


RECURSOS PREPARADOS DEMÁS PARTES



RECURSOS DEL FISCAL RESUELTOS EN 2023





1.2.2 ANÁLISIS DE LA ACTIVIDAD DE LA SECCIÓN DE LO PENAL DEL TRIBUNAL SUPREMO

Por lo que respecta a los recursos formalizados por el Ministerio Fiscal durante el año 2023 se destacan los siguientes.

1.2.2.1 *Informes en Causas Especiales tramitadas por la Sala II del Tribunal Supremo*

Causa Especial CE 3/20907/2017: Informe del Ministerio Fiscal en relación con la Ley 14/2022 de derogación del delito de sedición y modificación del delito de malversación.

A raíz de la publicación en el BOE núm. 307, de 23 de diciembre de 2022, de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, *de transposición de directivas europeas y otras disposiciones para la adaptación de la legislación penal al ordenamiento de la Unión Europea, y reforma de los delitos contra la integridad moral, desórdenes públicos y contrabando de armas de doble uso*, se acordó, mediante providencia de 12 de enero de 2023, dar al Ministerio Fiscal con el fin de que formulara las alegaciones que estimara procedentes acerca de los efectos que pudieran derivarse de la entrada en vigor de esa ley, en relación con las condenas impuestas en la sentencia 459/2019, 14 de octubre.

Eran dos las cuestiones planteadas: la primera, estudiar si los hechos típicos que dieron lugar a la calificación como delito de sedición encajaban en el nuevo delito de desórdenes públicos del artículo 557 CP; la segunda, examinar si era aplicable a la sentencia la modalidad atenuada de malversación del artículo 432 bis o 433 CP.

En lo que se refiere a los delitos de sedición y desórdenes públicos, hay que señalar, en primer lugar, que el delito de desórdenes públicos agravados incorporado al nuevo artículo 557.1 y 2 CP, es norma más favorable frente a otros tipos penales con mayor respuesta punitiva (arts. 472 y ss. CP), pero ya descartados en la sentencia (hechos probados 9 y 12 de la sentencia).

En los hechos probados de la sentencia dictada y en los fundamentos jurídicos de la misma se recogen los elementos típicos que conforman el delito del artículo 557.1 y 2 CP, incorporado en sustitución del delito de sedición por LO 14/2022, de 22 de diciembre.

En efecto, la sentencia recoge en diversos pasajes hechos tumultuarios con resultado de alteraciones graves del orden público, dificultades y cortes en la circulación, invasión de instalaciones y edificios con grave afectación del funcionamiento de la Administración de Justicia y de los servicios esenciales de tales centros, actos de intimidación

ción y violencia sobre personas y cosas, daños que se produjeron en numerosos momentos y escenarios, y sobre todo graves, y en ocasiones violentos, enfrentamientos de miles de ciudadanos movilizados a tales efectos con las fuerzas y cuerpos de seguridad en los días 20 de septiembre (hecho probado 9) y 1 de octubre de 2017 con motivo de la celebración del referéndum ilegal (hecho probado 12).

En la fundamentación jurídica de la sentencia se recogen las siguientes consideraciones:

«En los hechos probados de esta nuestra resolución se pone de manifiesto que las actuaciones de los días 20 de septiembre y 1 de octubre de 2017 estuvieron lejos de una pacífica y legítima manifestación de protesta.

La hostilidad desplegada hizo inviable el día 20 de septiembre que los funcionarios dieran cumplimiento con normalidad a las órdenes del Juzgado núm. 13 de Instrucción de Barcelona, ocasionando miedo real, no solamente en los funcionarios que ejecutaban legítimas órdenes jurisdiccionales —es el caso de la Letrada de la administración de justicia actuante en la sede de la Vicepresidencia—, sino en los funcionarios autonómicos bajo investigación, que habían de ser trasladados, por exigencia legal, a los inmuebles en los que se estaban practicando los registros. Se trataba de los mismos funcionarios a los que los sediciosos decían querer defender, cuya presencia fue efectiva y definitivamente impedida por los acusados que lideraron la tumultuaria movilización.

Y los comportamientos del día 1 de octubre implicaron el uso de fuerza suficiente para neutralizar a los agentes de policía que legítimamente trataban de impedir la votación, según venían obligados por expreso mandato judicial. Se perseguía así abortar el cumplimiento de las órdenes de la Magistrada del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña y del Tribunal Constitucional. Y todo ello con una trascendencia que rebasaba con mucho los límites de una laxa interpretación del concepto de orden público, para incidir en el núcleo esencial de ese bien desde una perspectiva constitucional. Basta, en efecto, la lectura del hecho probado, donde se recoge el contenido esencial de las leyes 19 y 20 aprobadas por el Parlament en las fechas iniciales de septiembre de 2017, para comprender que, aun prescindiendo de su irrelevante funcionalidad a los fines del tipo de rebelión, suponían un intento de derogación de la legislación válida vigente, además de una contumaz rebeldía a acatar las resoluciones del Tribunal Constitucional».

Así las cosas, resultaba evidente que los hechos consistentes en graves alteraciones del orden público que la sentencia declara probados no se habían despenalizado, de manera que, si desaparece el delito de sedición, su encaje normativo apropiado son los desórdenes públicos del artículo 557.1 y 2 CP, un delito este ya existente con anterioridad sin el cual no hubieran podido tipificarse los hechos como sedición en el caso concreto. Si no se aplica el delito de desórdenes públicos ello significa que no existió sedición, pues estos disturbios contra el orden público fueron el trayecto seguido en el *iter criminis* para conseguir la desobediencia, la realización del referéndum ilegal y la proclamación de independencia. No hay sedición sin alzamiento público y tumultuario para impedir por la fuerza o fuera de las vías legales el cumplimiento de las resoluciones judiciales.

Por lo demás, sedición y desórdenes públicos no son infracciones penales heterogéneas, sino delitos estrechamente vinculados por el bien jurídico objeto de protección y por la coincidencia de la acción típica en este caso concreto.

La desaparición del delito de sedición no puede ocultar que existe un delito de desórdenes públicos absorbido por aquel en concurso de normas (art. 8.3 CP), que ahora adquiere plena vigencia por sus elementos comunes de actuación colectiva, uso de la fuerza y de la violencia, y dolo tendencial de alteración de la paz pública.

El delito del artículo 557.1 y 2 CP, en suma, encaja perfectamente con los hechos probados. Por otra parte, es preciso recordar que el relato histórico describe algunos hechos que también constituían desórdenes públicos según el artículo 557 CP vigente en la fecha de su comisión, pero que fueron absorbidos por el delito de sedición y que eran también punibles aisladamente considerados. No existe, por ello, vacío normativo alguno, ni puede fundarse una pretendida atipicidad de los hechos en que el tipo penal no estaba en vigor cuando se produjeron tales hechos.

La razón es evidente: la disposición transitoria primera de la LO 14/2022, para evitar vacíos legales, obliga necesariamente a aplicar una u otra legislación en atención a cuál de ellas resulte más favorable. Para ello se tendrá en cuenta la pena que se impone en cada uno de los bloques normativos, que deberán ser tomados en su conjunto. En el caso que nos ocupa, la sedición de los arts. 544 y 545 impone penas más elevadas (tanto de prisión como de inhabilitación), frente a los desórdenes públicos agravados del art. 557.1 y 2 CP tras la reforma (que impone penas sensiblemente inferiores). La consecuencia no puede ser otra que la aplicación del nuevo precepto legal, aun cuando no cubra todo el desvalor del injusto comprendido en la sedición, por-

que las acciones típicas constitutivas de desórdenes públicos agravados formaban parte de aquel delito más complejo y grave, en unión de otros elementos típicos como el incumplimiento de las resoluciones judiciales hoy con encaje normativo en el delito de desobediencia.

En consecuencia, como la nueva penalidad es más favorable –artículo 557.1 y 2– que la vigente en el momento de ocurrir los hechos –544 y 545 CP– obviamente puede y debe aplicarse.

Por lo que hace al delito de malversación, la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, llevó a cabo igualmente la modificación del Código Penal en cuanto a esta figura penal.

Del examen de los nuevos preceptos se desprende que a los hechos probados de la sentencia les correspondía, al margen de los antes mencionados delitos de desobediencia y de desórdenes públicos agravados, la nueva tipicidad recogida en el art. 432 CP.

El *factum* permitía aplicar directamente el nuevo art. 432, que sanciona al que se hubiere apropiado, con ánimo de lucro, para sí o para un tercero, del patrimonio público que tenga a su cargo.

El hecho probado relataba la apropiación y desvío por los penados de los fondos públicos a fines delictivos y/o ilegales al crear y procurar, mediante un Acuerdo del Gobierno y mediante contratos con distintos proveedores que se simulaban para otras finalidades, la infraestructura y medios necesarios para la celebración de un referéndum ilegal. En síntesis, el dinero se destinó a fines delictivos e ilegales.

En ese contexto ofrecía un particular valor la STS de 13 de mayo de 1997 (Rec. 642/1996), que no solo contempló los requisitos del delito conforme a la legislación punitiva de 1973, sino que, por la entonces reciente entrada en vigor del Código Penal de 1995, comparaba aquellas exigencias con las que estableció el legislador democrático para justificar la subsistencia de un reproche penal.

Se decía en aquella sentencia que el delito de malversación de caudales públicos es una infracción cualificada por el abuso de confianza oficial y que requería, para su apreciación y nacimiento a la vida jurídica, de los siguientes elementos:

a) La cualidad de funcionario público en el agente, concepto suministrado por el artículo 119 del Código Penal de 1973, bastando, a efectos penales, con la participación legítima en una función pública;

b) Una facultad decisoria jurídica o detención material de los caudales o efectos, ya sea de derecho o, de hecho, con tal, en el primer caso, de que, en aplicación de sus facultades, tenga el funcionario una efectiva disponibilidad material;

c) Los caudales han de gozar de la consideración de públicos, carácter que les es reconocido por su pertenencia a los bienes propios de la Administración, adscripción producida a partir de la recepción de aquellos por funcionario legitimado, sin que precise su incorporación al erario público;

d) «Sustrayendo» o «consintiendo que otro sustraiga», lo que equivale a apropiación sin ánimo de reintegro, apartando los bienes de su destino o desviándoles del mismo, no exigiéndose –aunque normalmente lo acompaña– un ánimo de lucro (SS. 1 de febrero y 8 de marzo de 90, 31 de enero de 91, 14 de mayo de 92 y 16 de mayo de 94, entre otras).

Esa ha sido la jurisprudencia estable de la Sala II que:

a) En relación con el ánimo de lucro del artículo 432 del Código Penal, ha proclamado que, en tanto que el delito de malversación constituye un delito de adjudicación de bienes que han sido confiados al autor, el ánimo de lucro no resulta diferente del *animus rem sibi habendi*, esto es, del ánimo de tener o disponer de la cosa como propia, y

b) Que esta naturaleza apropiatoria es la que atribuía su contenido semántico al verbo sustraer anteriormente utilizado y hoy sustituido por el más preciso de apropiarse. La STS 1514/2003, de 17 de noviembre incide en esa interpretación subrayando que: «la Jurisprudencia viene sosteniendo, desde hace más de medio siglo, que el propósito de enriquecimiento no es el único posible para la realización del tipo de los delitos de apropiación. En particular el delito de malversación es claro que no puede ser de otra manera, dado que el tipo penal no requiere el enriquecimiento del autor, sino, en todo caso, la disminución ilícita de los caudales públicos o bienes asimilados a éstos».

Esta consideración de la malversación, como una actuación apropiatoria en la que se dispone del dinero o de los bienes públicos como si fueran propios, desposeyéndose al patrimonio público de la disponibilidad definitiva de los mismos, no se ha visto modificada porque la LO 1/2015 incorporase a la previsión punitiva del artículo 432 del Código Penal los supuestos de administración desleal de caudales públicos.

Como indicaba la STS 749/2022, de 13 de septiembre, el delito de apropiación indebida contempla las conductas apropiatorias entendiendo el ánimo de lucro como cualquier beneficio, aprovechamiento o satisfacción, lo que permite encajar las conductas delictivas probadas en el nuevo artículo 432.2, *in fine* (en su redacción dada por la LO

14/2022), en los acusados. Si el dinero es un instrumento de cambio que permite concretar el contenido de la obligación recíproca de pago en algunas obligaciones onerosas, el ánimo de lucro resulta igualmente apreciable cuando se despoja a la Administración de unos fondos públicos para atender obligaciones de pago que corresponden al sujeto activo del delito y que están plenamente desvinculadas del funcionamiento legítimo de la Administración, como cuando se atribuye a la Administración una obligación de naturaleza particular y totalmente ajena a los intereses públicos que se gestionan. En ambos supuestos se dispone de los bienes públicos como propios y se apartan de su destino para la obtención de un beneficio particular.

Efectivamente, el ánimo de lucro se integra también por la consecución de cualquier otro beneficio, ventaja o satisfacción como sucede cuando apropiándose de los fondos públicos estos son destinados a fines delictivos, hecho este que no puede tener encaje normativo en el tipo atenuado o privilegiado del art. 433 CP. La distracción de caudales públicos a la comisión de actividades delictivas y/o ilícitas no puede, en ningún supuesto, por propia definición, ser encajada en el uso de fondos para fines públicos que se recoge en el nuevo art. 433 CP, un precepto que como tipo penal privilegiado solo puede acoger el destino a otros fines públicos distintos y legítimos, pero jamás el uso para fines criminales o ilícitos.

Esta es la interpretación más ajustada al fin de protección de la norma, que se ha plasmado en una reiterada y consolidada doctrina jurisprudencial.

En síntesis, las penas que fueron impuestas en la sentencia a determinados acusados no debían revisarse.

Por su parte, el Auto del TS de 13 de febrero de 2023 acordó mantener la calificación de malversación del artículo 432 CP, cuya penalidad no se vería afectada.

En cuanto al delito de desórdenes públicos, el auto mencionado acordó que los hechos declarados probados en la sentencia implicaron una movilización tumultuaria y violenta está fuera de cualquier duda. Pero juzgó que no bastaba esta constatación para transformar el previo concierto para la comisión de un delito de sedición, una vez derogado este, en el previo concierto para la comisión de un delito de desórdenes públicos, que exigiría como elemento nuclear la ejecución de actos violentos o intimidatorios o, en su caso, la conspiración, la provocación o proposición para hacerlos realidad. No existiría, en suma, para la Sala del TS sostén fáctico suficiente para afirmar que la autoría respecto a la mayor parte de los condenados consistió en ejecutar los actos concretos de violencia o intimidación descritos en el *factum* y

que podrían dar vida a la existencia de un delito de desórdenes públicos, pero en cambio, se consideró que ese delito era perfectamente atribuible a otros dos de los condenados aunque en ese caso se concluyó que una vez indultada la pena privativa de libertad por el delito de sedición y derogada su vigencia, habrían extinguido la pena de inhabilitación absoluta que les fue impuesta.

Procedía, en consecuencia, y así lo hace el auto, declarar extinguida la pena por cumplimiento.

1.2.2.2 *Recursos contra sentencias dictadas por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional*

1. Preparado 76/23

Se sostenía en el recurso que la decisión de la Sección Tercera de la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional de acordar la procedencia de computar como prisión provisional sufrida en la causa a que se refiere la ejecutoria 11/1997 el período que se señala, pese a que ya había sido abonado en la ejecutoria 427/1995, infringe la disposición legal sustantiva indicada y la doctrina constitucional del doble cómputo de la prisión.

El Ministerio Fiscal discrepaba de la interpretación que de la dición literal del art. 58.1 CP realizaba el Tribunal por las siguientes razones:

A. La doctrina constitucional sobre la interpretación del art. 58 CP no avala el abono múltiple de la misma prisión provisional.

El art. 58.1 del Código Penal disponía en su redacción original, aplicable al caso, que «el tiempo de privación de libertad sufrido preventivamente se abonará en su totalidad para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la causa en que dicha privación haya sido acordada o, en su defecto, de las que pudieran imponerse contra el reo en otras, siempre que hayan tenido por objeto hechos anteriores al ingreso en prisión».

El Tribunal Constitucional, de forma definitiva desde la STC 57/2008, vino a entender compatible el abono de la prisión preventiva en la causa en la que se acordó, con el cumplimiento de una pena privativa de libertad impuesta en otra causa diferente. No reconoció la existencia de un derecho constitucional al llamado doble cómputo en todo caso, ni tampoco estableció que los efectos del doble cómputo debieran aplicarse al límite máximo de cumplimiento (STS 395/2012).

La doctrina de la Sala sobre la cuestión, desde la recepción de la contenida en la citada sentencia, puede sintetizarse de la siguiente forma en lo que aquí interesa. En primer lugar, el tiempo de prisión preventiva sufrido en una determinada causa debe ser abonado para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma, aunque coincida temporalmente con el cumplimiento de una pena impuesta en causa diferente. En segundo lugar, la coincidencia temporal de varias prisiones preventivas impuestas en distintas causas no permite el abono en todas ellas, de manera que el tiempo ya considerado y abonado en el cumplimiento de la pena impuesta en cualquiera de ellas no puede ser nuevamente aplicado en otra diferente (*vid*, por todas, STS 577/2012, de 28 de junio).

Doctrina jurisprudencial que puede entenderse consolidada (*vid*, SSTs 638/2014, de 30 de septiembre o 696/2022, de 8 de julio).

En el presente caso, si se afirma en el Auto, y así consta acreditado, que el período de prisión provisional que el penado simultaneó con el cumplimiento de la condena en la ejecutoria 427/1995 ya le fue abonado en dicha ejecutoria, no es posible que ese mismo período se compute nuevamente en la ejecutoria refundida, convirtiendo el doble cómputo del mismo período en un triple cómputo proscrito en la norma y contrario a la interpretación de la doctrina sentada en la STC 57/2008, a la que dice ajustarse la decisión adoptada.

B. Se aplica erróneamente el cómputo de la prisión provisional en la refundición de condenas.

La pretensión referida al doble cómputo ha de analizarse a partir de la STC 57/2008 de 28 de abril, en la que se vino a afirmar que el tiempo de prisión preventiva sufrido en una causa había de abonarse inexcusablemente para el cumplimiento de la pena definitivamente impuesta. Esta afirmación se basa en el tenor literal del artículo 58.1 del Código penal, en su redacción original, que fue modificado mediante la Ley Orgánica 5/2010. De este modo, a partir del 23 de diciembre de 2010, fecha de entrada en vigor de la reforma, la legislación es incontestada en el sentido de proscribir cualquier doble cómputo de la prisión preventiva.

De la precitada interpretación del TC, en rigor, podría deducirse que, si en un mismo periodo de tiempo una persona ha estado en prisión preventiva por varias causas, habrá de abonarse a las penas recaídas en cada uno de los distintos procedimientos. Con arreglo a ese entendimiento de la disposición un mismo día de estancia efectiva en prisión podría llegar a valer por dos o incluso por tres o más, en el caso de que el interno estuviera cumpliendo una condena, al tiempo que de manera simultánea estuviera en situación de prisión preventiva por otras causas.

Sin embargo, tal y como analiza de manera exhaustiva la STS núm. 515/2020, de 15 de octubre de 2020, aquella exégesis del artículo 58.1 el Código Penal, en su versión original, fue rechazada inicialmente por la Sala Segunda del TS y matizada por el propio TC; en concreto, a partir de la STC 92/2012, de 7 de mayo.

Ejemplo relevante de esta evolución interpretativa es la Sentencia 35/2014, de 27 de febrero de 2014 del Pleno del TC, en la que se declaró lo siguiente:

a) *En la STC 57/2008 hemos declarado constitucionalmente ilegítima la exclusión para el cumplimiento de la pena del tiempo pasado en prisión provisional por el mero hecho de ser coincidente con la condición de penado en otra causa. De este modo afirmamos que si el legislador no incluyó ninguna previsión respecto a dicha situación en el art. 58.1 CP, y, en concreto, el no abono del tiempo en el que simultáneamente han coincidido las situaciones de prisión provisional en una causa y de penado en otra, fue sencillamente porque no quiso hacerlo.... el dato negativo de la no previsión de esa situación es indudable; y, a partir de él, no resulta constitucionalmente adecuada una interpretación en virtud de la cual pueda llegarse a una consecuencia sobre el abono del tiempo de prisión provisional en una causa para el cumplimiento de la pena o penas impuestas en la misma, regulado en el art. 58.1 CP, basada en un dato ausente de éste.*

b) *En la STC 92/2012 precisamos que la previsión legal del artículo 58.1 del Código Penal, en la redacción anterior a la Ley Orgánica 5/2010, no puede aplicarse a supuestos distintos a los que contempla y justifican la norma, dado que una interpretación aparentemente amparada en el enunciado literal de la norma pero que desconoce su finalidad, provoca un efecto no querido por ésta; pues si el mismo tiempo de privación material de libertad se descuenta varias veces de la sanción prevista para varios hechos, la rebaja en el cumplimiento de las penas impuestas depende de una circunstancia procesal totalmente imprevisible. Por ello, consideramos que no era irrazonable que se denegara el abono del mismo tiempo de prisión provisional para el cumplimiento de varias causas, tomando en consideración el tenor del enunciado del art. 58.1 del Código Penal entonces vigente, en atención al fundamento y la finalidad de la norma.*

c) *Por último, en la muy reciente STC 148/2013, de 9 de septiembre, FJ 6, este Tribunal ha señalado que, en caso de cumplimiento acumulado de varias condenas, ex art. 988 LECrim y 75 y 76 del Código Penal, no resulta constitucionalmente obligada la pretensión de que los períodos de prisión preventiva que, conforme a las anterio-*

res reglas, sean abonables, sean descontados del límite máximo de cumplimiento establecido judicialmente al realizar la acumulación procesal de causas post-sentencia.

No resultaba así de aplicación en la ejecutoria en cuestión la doctrina de la citada STC 57/2008, dado que nos situamos ante un caso de acumulación de condenas conforme al art. 76 CP. Dicho de otro modo, no procede el abono de la citada prisión preventiva para su deducción del máximo de 30 años fijado en aplicación del artículo 76 del Código penal. En tales situaciones *la aplicación inmatizada de una reducción doble del tiempo simultaneado entre la prisión provisional y como penado*, –afirma con destacable claridad la STS núm. 515/2020, de 15 de octubre de 2020– *si se proyecta sobre el límite máximo y no sobre el total de la suma aritmética conduce al absurdo de que cumplirá menos pena quien más delitos haya cometido.*

La doctrina consolidada se expresa en la citada STS número 515/2020, de 15 de octubre de 2020, en los siguientes términos: *...de ahí que en estos casos el abono de esa prisión preventiva padecida cuando se estaba cumpliendo otra pena, se hará para reducir el cumplimiento de la condena que recayó en esa causa, pero no para descontarlo del máximo de cumplimiento fijado. Las penas solo quedarán extinguidas cuando se llegue al máximo temporal de cumplimiento. Pero para contar ese máximo no se tiene en cuenta más que el tiempo efectivo de estancia en prisión y no la ficción del doble cómputo. El máximo no es una nueva pena diferente de las anteriores. Son las mismas enlazadas y sucesivamente cumplidas con un total de estancia en prisión (o, en libertad condicional, que también es cumplimiento).*

2. Recurso 111/23

Se interpuso por no haberse aplicado – inaplicación indebida– el art. 122 del Código Penal y haber absuelto al Partido Socialista Obrero Español de la acusación como partícipe a título lucrativo.

La sentencia de la Audiencia Nacional, en el apartado 5.4.1 fundamenta la absolución al entender que el PSOE no ha sido partícipe de ningún enriquecimiento injusto, ya que los condenados tanto la mercantil «XXX» como los acusados que recibieron las dádivas, se enriquecieron personalmente por ello, pero en ningún caso actuaban en nombre del citado partido, ni se ha acreditado la relación de los acusados AAA y BBB con la Agrupación Socialista «RRR», más allá de su militancia.

El recurso se interpone porque constaba probado en la sentencia que, además del enriquecimiento de los acusados, la citada Agrupa-

ción del Partido Socialista se benefició de la realización de obras que al menos parcialmente no pagó, sino que fue la mercantil XXXX la que pagó las mismas, habiéndose facturado por la sociedad «HHH» la realización de las obras para ocultar el fraude que se cometía.

En el escrito de acusación formulado en la Pieza que dio lugar al Rollo de Sala, se interesaba por OTROSÍ la condena del Partido Socialista Obrero Español como responsable civil subsidiario, conforme a lo dispuesto en el art. 122 del Código Penal, interesándose se diera traslado del escrito de acusación al referido partido.

Pero, en el escrito de modificación de conclusiones se interesó que se condenara como partícipe a título lucrativo al Partido Socialista Obrero Español por la cantidad pagada por las obras de reforma de la sede de la Agrupación Socialista RRR que pagó XXX ascendiendo a 9.998,43 euros mediante facturas de la sociedad HHH. Su responsabilidad sería por tanto solidaria y hasta el límite de lo participado.

No se comparten los fundamentos de la sentencia.

La figura regulada en el art. 122 del Código Penal del partícipe a título lucrativo tiene en la actualidad un desarrollo jurisprudencial que nos permite conocer el contorno y requisitos establecidos por el legislador.

La STS 693/2019, de 29 de abril de 2.020, ha señalado la existencia de reiterada jurisprudencia: SSTS 402/2019 de 12 de septiembre; 324/2009, de 27 de marzo; 212/2014, de 13 de marzo; 287/2014, de 8 de abril; 227/2015, de 6 de abril; 433/2015, de 2 de julio; 467/2018, de 15 de octubre; 665/2018, de 18 de diciembre, en la que se señala que las notas distintivas del partícipe a título lucrativo, y en el mismo sentido la STS 507/2020 de 14 de octubre de 2020, serían estas:

a) Nota positiva, el haberse beneficiado de los efectos de un delito o falta.

b) Nota negativa, no haber tenido ninguna intervención en tal hecho delictivo, ni como autor o cómplice, pues en caso contrario sería de aplicación el art. 116 y no el 122 del CP.

c) Que tal participación o aprovechamiento de los efectos del delito lo sea a título gratuito, es decir, sin contraprestación alguna.

d) Por tanto no se trata de una responsabilidad *ex delicto*, sino que tiene su fundamento en el principio de que nadie puede enriquecerse de un contrato con causa ilícita – art. 1.305 CC–.

e) Tal responsabilidad es solidaria junto con el autor material –o cómplice del delito, pero con el límite del importe de lo que se ha aprovechado. Por decirlo de otra forma, su responsabilidad es solidaria con el responsable penal hasta el límite del aprovechamiento o enriquecimiento lucrativo que haya tenido.

Los requisitos señalados anteriormente son plenamente aplicables al supuesto de autos:

Según sus Estatutos Federales la personalidad jurídica del PSOE es única y la Agrupación socialista RRR se integra en ella.

Pues bien, esa Agrupación participó de las siguientes notas en su actuación:

a) Nota positiva, pues se benefició de los efectos de un delito o falta.

b) Nota negativa, no haber tenido ninguna intervención en tal hecho delictivo, ni como autor o cómplice, pues en caso contrario sería de aplicación el art. 116 y no el 122 del CP.

c) Que tal participación o aprovechamiento de los efectos del delito lo sea a título gratuito, es decir, sin contraprestación alguna.

El negocio, contrato de ejecución de obra, fue por ello plenamente lucrativo. No tuvo carácter oneroso. Hubo un aprovechamiento por título lucrativo, es decir, existió una persona jurídica que participó de los efectos de un delito o falta, en el sentido de haberse aprovechado de ellos por título lucrativo, quedando excluidas de tipicidad las adquisiciones en virtud de negocios no susceptibles de esta calificación jurídica. La responsabilidad por este concepto, por título lucrativo, excluye que el aprovechamiento haya tenido lugar por título oneroso, en cuyo caso, se abrirá la posibilidad de imputación del tercero (STS 1024/04 de 24 de septiembre).

d) Tal responsabilidad es solidaria junto con el autor material –o cómplice del delito, pero con el límite del importe de lo que se ha aprovechado. Por decirlo de otra forma, su responsabilidad es solidaria con el responsable penal hasta el límite del aprovechamiento o enriquecimiento lucrativo que haya tenido.

1.2.2.3 *Recursos contra Sentencias dictadas por los Tribunales Superiores de Justicia*

1. Recurso Preparado 15/23

Se interpuso el recurso por inaplicación indebida de los artículos 241.1.º y 4.º, 235.1. 7.º, 16, 62 y 74 del Código Penal. De conformidad con los referidos preceptos se considera que, a diferencia de lo que señala la sentencia recurrida, en la determinación de la pena a imponer es preciso partir de la pena imponible al delito de robo continuado para, a continuación, atender al grado de ejecución y en su caso a las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal para

su fijación, y conforme a lo anterior, la pena de diez meses de prisión impuesta por el TSJ no es pena legalmente imponible.

La sentencia dictada en apelación por el TSJ incurre en infracción de precepto penal sustantivo ya que, aunque se admitiera, atendiendo al grado de ejecución que revelan los hechos probados, que la tentativa debe calificarse como inacabada y que ha de rebajarse la pena no en uno sino en dos grados, no puede compartirse el criterio del TSJ de aplicar dicha reducción a la pena prevista para el tipo básico con carácter preferente a la regla que para el delito continuado establece el art. 74 del Código Penal.

Es reiterada la jurisprudencia de esa Sala 2.^a que, en el proceso de fijación de las penas, se parte de la extensión de la pena que corresponde a la figura delictiva que determina el contenido del injusto, en este caso, el delito continuado de robo en casa habitada con la agravante específica de multirreincidencia del art. 235.1.7.º del CP; y a partir de esa determinación, procede a tener en cuenta el grado de ejecución, las circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, en su caso, y finalmente, las circunstancias subjetivas del autor y las objetivas que rodean al hecho (STS 136/02, de 6 de febrero; STS 1420/2005, de 11 de noviembre, entre otras).

Por tanto, a la hora de aplicar la reducción de la pena que por el grado de ejecución establece el art. 62 CP (rebaja en dos grados, atendiendo al grado de ejecución alcanzado) se debe partir de la pena prevista para el delito cometido, que en este caso es la del delito continuado de robo con fuerza en casa habitada del artículo 241.1 y 4 y 74 del CP, con la aplicación del subtipo agravado del artículo 235.1.7.º del CP, por lo que la pena a imponer se situaría, como reconoce el propio TSJ, entre los 4 a 6 años de prisión, debiendo a partir de dicha pena aplicar las que correspondan por el grado de ejecución (reducción en dos grados), por lo que la pena se situaría en una horquilla de uno a dos años de prisión. La pena de 10 meses de prisión no es pena legalmente imponible conforme a las reglas penológicas establecidas en nuestro Código Penal, interpretadas por nuestra jurisprudencia.

1.2.2.4. *Recursos contra sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales*

1. Preparado 2/2023

Se interpuso el recurso por infracción de los artículos 57.2 (indebidamente inaplicado) y 52.3 (indebidamente aplicado) en relación con el art. 171.4, 48.2, 13 y 33.3.a.e y l, todos ellos del Código Penal.

Se combate en el motivo la supresión por parte de la Audiencia Provincial de la pena de prohibición de aproximación impuesta en la sentencia de instancia con ocasión de la condena por un delito de amenazas leves en el ámbito familiar del art. 171.4 CP. La Audiencia Provincial estima equivocadamente que es de aplicación el art. 57.3 CP que contempla la imposición facultativa de las penas del art. 48 CP para los supuestos de delito del párrafo primero con la consideración de leves. El delito objeto de condena es un delito incluido en el número 1 del art. 57 CP y de naturaleza menos grave que conlleva la aplicación del art. 57.2 CP con la consecuente imposición preceptiva de la pena de prohibición de aproximación del art. 48.2 CP. Procede, en consecuencia, recuperar la condena a la pena de prohibición de aproximación acordada en la sentencia de instancia.

La concurrencia de interés casacional fue expuesta en el motivo destacando que el criterio mantenido en la sentencia de la Audiencia Provincial sobre la cuestión que nos ocupa carece de apoyo jurisprudencial alguno, infringe de manera frontal los preceptos implicados (arts. 171.4, 13, 57.2, 57.3 CP), anula un mecanismo de protección diseñado e impuesto por la ley en favor de las víctimas de la violencia de género e intrafamiliar y, además, es contrario a la doctrina jurisprudencial existente. Por ello, resulta necesario corregir el criterio utilizado por la Audiencia Provincial por ser contrario a la norma penal y provocar un efecto perturbador en la aplicación de los preceptos implicados. El recurso de casación habilitado por los artículos 847.1.ºb y 849.1.º LECrim constituye el instrumento procesal adecuado para ello, haciéndose expresa referencia a la STS Pleno, 392/2017, de 31 de mayo, en la que aborda de forma directa cuestiones relativas a la interpretación de los artículos 71 y 13 CP y afirma que las degradaciones punitivas de una pena menos grave hasta situarla dentro del marco penológico correspondiente a las penas leves no comportan una modificación de la infracción penal que mantiene su consideración como delito menos grave. Y lo hace en un contexto fáctico y típico que sirve para el caso que nos ocupa. La condena lo fue por el mismo delito que aquí, el art. 171.4 CP, pero, además, se aplicó el subtipo atenuado del art. 171.6 CP con la consecuente degradación punitiva. Incluso con la degradación punitiva (que llevó a la imposición de una pena situada en el marco penológico de los delitos leves) se mantiene la consideración del delito como menos grave con la anudada consecuencia legal de aplicar el art. 57.2 CP y no el 57.3 CP.

2. Preparado 75/23

El recurso se interpuso por indebida inaplicación del artículo 510.2 a) CP al no apreciar la existencia de delito especial frente al delito de injurias del artículo 208 CP con la agravante del art. 22.4 CP, si bien hubo necesidad de analizar separadamente dos cuestiones, una previa de carácter procesal y la segunda propiamente de carácter sustantivo.

I. Interpretación del artículo 792.2 LECrim por la AP en la sentencia recurrida.

El recurso de apelación formalizado por el MF fue articulado como infracción de ley por inaplicación del delito del art. 510. 2 a), que tipifica la conducta de quienes lesionan la dignidad de las personas por una motivación discriminatoria, entre las que se incluye la orientación o identidad sexual, y se llevó a cabo de forma coherente con tal planteamiento, partiendo del *factum*, con el que estaba conforme; por tanto, sin hacer consideración o cuestionamiento sobre la valoración de la prueba.

Por ello, el motivo del recurso de casación hubo de comenzar por exponer que no se pretende burlar el sentido y alcance del art. 847. 1.b), su tenor y la interpretación por la Sala que limitan su ámbito a la disciplina del *error iuris*.

La respuesta de la Audiencia Provincial partía de una premisa equivocada, cual es que el Ministerio Fiscal pretende modificar los hechos, objetivo para el que no está habilitada la vía del artículo 849.1.º LECrim, entendimiento en el que se basa la sentencia para no analizar la indebida inaplicación del artículo 510.2.a). Entiende que la pretensión del Ministerio Fiscal incluye «la solicitud subyacente» de modificar el elemento subjetivo del delito, lo que implica modificar el relato y, previamente, valorar la prueba.

Frente a tal posicionamiento, en el recurso se disiente, por cuanto ni en la apelación, ni en la casación se pretende modificación alguna del relato fáctico.

Compartimos, no podía ser de otro modo, que conforme al artículo 792.2 LECrim la sentencia de apelación no podrá condenar al encausado que resultó absuelto en primera instancia ni agravar la sentencia condenatoria que le hubiera sido impuesta por error en la apreciación de las pruebas en los términos previstos en el tercer párrafo del artículo 790.2 LECrim.

La discrepancia surge porque, a diferencia de lo que entiende la sentencia, no se pretender acreditar «error en la apreciación de las pruebas», sino suscitar una cuestión estrictamente jurídica, cual es

que el relato fáctico describe el dolo del art. 510.2.a) CP, por lo que, tal como quedaron fijados los hechos probados, estos contenían todos los elementos del tipo penal.

Conforme a la doctrina de esta Sala, el delito tipificado en el art. 510 CP no requiere la concurrencia de ánimo específico alguno, bastando el dolo genérico. Ciertamente dentro del precepto se incluyen distintas modalidades, pudiendo decirse de todas ellas, tal como recogen las SSTS núm. 820/2016, de 2 de noviembre y 846/2015, de 30 de diciembre, que «no es exigible una especie de «animus» singularizado de buscar específica y exclusivamente humillar» a los concretos destinatarios de la acción «como si fuese un añadido al dolo genérico: basta con conocer el carácter objetivamente humillante y vejatorio de las expresiones consideradas aislada y contextualmente, y asumirlo y difundirlo haciéndolo propio».

Entre el delito de injurias y el delito del art. 510.2.a) existen las suficientes diferencias como para configurar el segundo como delito especial. El delito de injurias tiene como elemento subjetivo el *animus iniuriandi*, como aquel deseo o ánimo de insultar; en el delito del art. 510.2 a) el sujeto activo ha de actuar con conocimiento y voluntad de cometer el hecho típico (dolo), pero, y aquí viene el plus que lo especifica, requiere que la conducta se realice por un motivo de odio o discriminación contra determinado grupo o alguno de sus integrantes (motivación). Se trata de un elemento subjetivo tendencial que se ha introducido en la descripción típica de la acción y que, como tal, ha de concurrir para que esta pueda ser perseguida penalmente. Y, este elemento, junto con el resto de los que exige el art. 510.2. a), está presente en el *factum*, que acredita que, en el actuar de las recurridas, concurrió el elemento tendencial de atentar contra las víctimas por su concreta orientación sexual.

La sentencia admitió la intención de discriminar, evidenciándolo en la apreciación de la agravante del art. 22. 4 CP.

Por lo anterior, la sentencia de la Audiencia Provincial bien pudo entrar a analizar la indebida inaplicación del delito del art. 510. 2 b), pues es cuestión estrictamente jurídica. No se trataba de reevaluar la prueba, sino de subsumir lo que se daba por probado en el tipo penal. El relato fáctico, incluso la apreciación de la agravante revela que los hechos tenían una motivación clara: atentar contra la dignidad de las víctimas por su orientación sexual, así resulta de los hechos. De aceptarse cuanto se acaba de exponer, el Ministerio Fiscal lo que estaba planteando era una cuestión propia de la disciplina del *error iuris*.

La doctrina del Tribunal Constitucional y de la Sala 2.^a descartan que se produzca vulneración del derecho a un proceso con todas las

garantías cuando la agravación en vía de recurso no deriva de una alteración del *factum* sino de una cuestión estrictamente jurídica.

Se sostenía, por tanto, que la sentencia recurrida debió entrar en el fondo del asunto para analizar el *error iuris* denunciado por el MF. Al no hacerlo, silenció la respuesta debida a una pretensión planteada conforme a las normas que regulan el recurso de apelación.

II. Inaplicación indebida del art. 510.2.b) CP.

Para analizar el tipo penal hay un texto de referencia, reiteradamente citado en las sentencias, como es la Circular 7/2019, de la Fiscalía General del Estado, *sobre pautas para interpretar los delitos de odio tipificados en el art. 510 CP*.

Centrándonos en el precepto que el Ministerio Fiscal entendía indebidamente inaplicado – art. 510.2.a) –, dice la Circular citada:

En el primer inciso se contiene una infracción de resultado: «lesionar la dignidad» de determinados grupos o personas, por motivos discriminatorios, «mediante acciones que entrañen humillación, menosprecio o descrédito.

Así, el delito del art. 510.2 a) tutela la dignidad junto al derecho a lo no discriminación como bien jurídico común (STS 646/2018), y las expresiones proferidas relativas a la orientación sexual de los perjudicados, tales como «maricones de mierda», «maricón tenías que ser», «no tengo culpa de que seáis homosexuales», son objetivamente humillantes y la gratuidad con la que se cometieron los hechos, el tiempo por el que se prolongó la situación, la burla y mofa a la que XXX y su pareja se vieron sometidos públicamente, incide de forma lógica y racional en que el móvil discriminatorio fue el determinante de esta tipificación delictiva como elemento subjetivo del injusto.

La sentencia da por probado que los hechos supusieron un grave ataque a la dignidad» conclusión que no solo da entrada al concepto dignidad, sino que lo cuantifica, y da por probado que son «calificaciones discriminatorias».

Esa motivación discriminatoria es un elemento absolutamente esencial del art. 510.2.a) CP, que lo distingue de cualquier otra figura delictiva. No toda agresión es delito de odio, aunque denote un cierto desprecio hacia la víctima. La conducta ha de estar orientada hacia la discriminación como expresión de la intolerancia excluyente frente a un determinado grupo o sus integrantes. Lo que se sanciona es el odio que denota una cosificación de otro ser humano, un desprecio hacia su dignidad, por el mero hecho de ser diferente.

En lo que se refiere a la víctima, grupo o persona, es preciso destacar una diferencia esencial entre las distintas conductas que tipifica el art. 510 CP, en palabras de la Circular:

Los delitos de odio se configuran como delitos de peligro abstracto, con la única excepción de la infracción de resultado tipificada en el primer inciso del art. 510.2.a) CP. En los delitos de peligro abstracto se anticipa la barrera punitiva adquiriendo entidad propia aquellas conductas que generan un riesgo para bienes jurídicos relevantes en el sistema democrático. La jurisprudencia es reiterada en este sentido.

Como claramente se expone, el art. 510.2. a) CP es la excepción dentro del precepto, excepción que deriva de su específica consideración como delito de resultado, configuración que nos lleva a disentir del entendimiento que la sentencia plasma al considerar que «el objeto de protección de este delito no son las personas en sentido individual sino los propios colectivos discriminados».

En conclusión, pese a lo recogido en los hechos probados perfectamente subsumibles en el delito por el que se formuló acusación, no se castigó por un delito del art. 510.2 a) CP sino por un delito de injurias con la agravante de discriminación por la orientación sexual del artículo 22.4 CP, siendo el primero, un delito especial respecto del segundo. Ciertamente existen en el Código Penal otras figuras delictivas que también protegen la dignidad de las personas frente a conductas de humillación o menosprecio, como el delito contra la integridad moral del art. 173 CP o el delito de injurias. En estos casos se produce un concurso de normas sancionable por la vía del artículo 8.1 CP, en el que la norma especial se considera que es el artículo 510.2.a) CP por su más específico y completo ámbito de protección.

3. Preparado 107/23

La Audiencia Provincial entendió que no concurre el elemento subjetivo del delito de quebrantamiento de medida cautelar teniendo en cuenta que, perfilados los contornos de la prohibición de comunicación en el art. 48.3 CP, no constituye un medio de comunicación los contactos que se realizan a través de terceros, sin olvidar que sin la expresa cooperación de las personas que trasladaron el mensaje a la víctima la infracción no se habría producido.

El Ministerio Fiscal disiente del criterio sustentado por la Audiencia Provincial y considera que los hechos declarados probados constituyen el delito tipificado en el art. 468.2 CP.

La Fiscalía mantiene que partiendo del relato de hechos probados el Tribunal yerra cuando absuelve por el delito de quebrantamiento de medida cautelar por entender erróneamente que es atípico el medio de comunicación utilizado para sortear la medida cautelar impuesta en la resolución judicial.

La Audiencia Provincial acepta expresamente los hechos declarados probados en la sentencia de instancia y entiende que, así como no hay ninguna duda sobre la concurrencia del elemento objetivo del tipo penal, existen dudas razonables de que el hecho de comunicar con las amigas de la víctima, para que estas le transmitan un determinado mensaje, sea suficiente para integrar los restantes elementos de la infracción penal, con los argumentos que reproducimos a continuación:

Entendemos que la medida cautelar de prohibición de «comunicarse, con la graduación que sea precisa, a determinadas personas» prevista en el art. 544, bis LECR, en su segundo párrafo, debe tener el mismo alcance que la pena de prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal (art. 39.h), no pudiendo ser aquella más extensa o gravosa que esta.

Así, si el art. 48.3 del Código Penal dispone que «la prohibición de comunicarse con la víctima o con aquellos de sus familiares u otras personas que determine el juez o tribunal, impide al penado establecer con ella, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto escrito, verbal o visual», la medida cautelar impone la misma prohibición referido al contacto escrito, verbal o visual por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, no comprendiendo en ellos otras vías no contempladas en este precepto.

No puede comprenderse la comunicación a través de tercero, no son un medio de comunicación; son muchos los supuestos en los delitos relacionados con la violencia de género en los que la víctima y el investigado han mantenido una relación sentimental en la que tienen hijos comunes o intereses económicos o patrimoniales, necesitados de una gestión en la que es precisa una comunicación entre ellos que, por razón de la pena o medida de seguridad impuesta, debe realizarse a través de terceros, ya sean familiares, amigos o profesionales, sin que por ello pueda entenderse que el investigado incumple o quebranta la pena o medida de seguridad impuestas.

Sálvense los casos en los que uno de los progenitores utiliza a los hijos menores de corta edad como instrumento para comunicar con el otro, transmitiéndole mensajes que directamente suponen un quebrantamiento de la prohibición de comunicación con el otro.

Por otra parte, tratándose las intermediarias de dos mujeres mayores de edad y con plena capacidad cabe plantearse hasta qué punto su comportamiento no incurriría en responsabilidad criminal, como autoras en el hecho delictivo que se le imputa, en cuanto que conocedoras de la medida cautelar que le impedía establecer comunicación con la víctima no tuvieron ningún obstáculo en hacer llegar, de forma libre y voluntaria, el mensaje que aquél les había transmitido, consumándose en ese momento el pretendido delito de quebrantamiento de medida cautelar,[...].

La decisión del tribunal provincial parte de una lectura e interpretación errónea del art. 48.3 CP. La prohibición de comunicación impide todo contacto con la víctima por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, dicción literal del precepto que no excluye la comunicación que no sea, exclusivamente, la directa y personal entre transmisor y receptor como parece entender el tribunal.

Debe recordarse que se declara probado que el acusado tenía prohibido comunicar con la mujer «por cualquier medio o procedimiento». Y que no hay razón alguna para excluir de esa prohibición la comunicación por medio de terceras personas. Al contrario de lo que señala la Sala, es evidente que esa acción ejecutada por medio de terceros es un acto de comunicación. No es difícil imaginar las gravísimas consecuencias que se producirían en el ámbito de la protección de las víctimas de los delitos de violencia de género si se admite la tesis defendida por la Sección XXX en su sentencia, pues legitimaría al sujeto al que se impone la medida a continuar relacionándose con la mujer protegida con total impunidad. Por otra parte, no se entiende (y no se explica en la sentencia de apelación) la diferente valoración que a la Sala le merecen las comunicaciones que un cónyuge dirige a otro por medio de «los hijos menores de corta edad» (acción que sí considera constituiría un quebrantamiento de la prohibición de comunicación).

Por último, carece de rigor técnico-jurídico la tesis que se plantea en la sentencia en el sentido de que las dos amigas que transmiten los mensajes del acusado a la mujer a la que este tiene prohibido comunicar pudieran incurrir en responsabilidad penal como cooperadoras en el delito de quebrantamiento en aplicación del art. 28 CP. Es el acusado el que tiene el dominio de la acción y que utiliza a terceras perso-

nas como instrumento mediato con la finalidad de quebrantar la prohibición, personas que, por razones obvias, ni son las destinatarias de la prohibición, ni las obligadas a su cumplimiento, razones por las cuales no pueden responder del hecho delictivo como cooperadoras necesarias.

Partiendo de la estructura del delito, en la Sentencia del Pleno núm. 664/2018 de fecha 17 de diciembre, de forma categórica se acordó que para apreciar el dolo en el delito de quebrantamiento del art. 468.2 CP, a falta de otra explícita mención en el tipo, bastará con acreditar el conocimiento de la vigencia de la medida o pena que pesa sobre el acusado y de que se produce su vulneración mediante cualquier comunicación con la víctima o el acercamiento a ella más allá de los límites espaciales fijados. Incluir las razones que determinan la actuación del sujeto como elemento subjetivo del tipo, exige que el precepto así lo consigne.

Pues bien, en el caso enjuiciado no cabe duda de que, acreditada la vigencia de la medida y su notificación al acusado, el contacto directo con amigas de su pareja para trasladarle unos mensajes constituye un proceso de comunicación que infringe *per se* la prohibición fijada en la resolución y la acción global del autor, que contempla y domina la transmisión del mensaje al sujeto pasivo, se ha completado cuando el instrumento la hace llegar íntegra al sujeto pasivo.

La prohibición de comunicación no contempla solamente los contactos directos y personales, sino otras formas de comunicación, entre las que sin duda se encuentran los contactos a través de intermediario, como se ha encargado de recordar la doctrina jurisprudencial.

Así, en la STS 303/2018, de 20 de junio, recoge la vulneración a través de un mensaje de WhatsApp a una amiga.

Por su parte, la STS 1008/2021, de 20 de diciembre, señala que cabe perfectamente amenazar a una persona utilizando como vehículo a cualquier otra persona de su entorno familiar o personal para que la transmita al destinatario.

Recuerda, igualmente, la doctrina jurisprudencial que, el elemento subjetivo no consiste en la intención de incumplir la resolución, sino que basta con conocer que, con la conducta que se ejecuta, se incumple (SSTS 619/2018, de 21 de diciembre o 650/2019, de 20 de diciembre). Y es evidente que en el caso enjuiciado el acusado era consciente que al ponerse en contacto con las amigas de su pareja con la finalidad de que le transmitieran unos mensajes estaba incumpliendo la prohibición de comunicación acordada en la resolución judicial.

Pero es que, además, la doctrina jurisprudencial ha contemplado otros supuestos en los que el incumplimiento de la medida se produce

sin una comunicación bidireccional entre el obligado y la persona protegida por la medida, comunicación directa que, aunque sin decirlo expresamente, parece exigir el tribunal provincial para la consumación de la conducta típica.

En la ya citada STS 650/2019 se contempla el supuesto de una llamada realizada por el acusado no atendida por la persona protegida por la medida o la pena y se dice que la llamada quedó registrada y fue posible saber quién la efectuó. En realidad, esta es una forma de contacto escrito equivalente a un mensaje que se hubiera remitido a la persona destinataria de la llamada haciendo constar que esta se ha efectuado; incluso aunque tenga lugar de forma automática, ejecutada por el propio sistema, se trata de un mensaje en el que se pone en conocimiento del destinatario que se le ha efectuado una llamada desde un determinado terminal. El sistema de los terminales telefónicos, que cualquiera conoce, funciona así de forma automática proporcionando esa información. De manera que el mero hecho de llamar, cuando es posible identificar la procedencia, ya supone en esos casos un acto consumado de comunicación.

- En la STS 553/2022, de 2 de junio, del Pleno de la Sala Segunda considera un acto de comunicación la incorporación de un mensaje en una red social: *Las redes sociales –Google+ o cualquiera otra más activa y extendida– no pueden servir de escudo para incorporar mensajes que, amparados en la generalidad de una u otra reflexión, escondan un recordatorio a una persona protegida por decisión jurisdiccional. Lo verdaderamente determinante no es –frente a lo que alega la defensa– que los «pensamientos o reflexiones» deban entenderse como simples enunciados que no están dirigidos a una persona concreta, sino que esas palabras, una vez contextualizadas, tengan un destinatario respecto del que existe una prohibición judicial de comunicación y que su contenido llegue a su conocimiento. Es evidente que ese destinatario ha de dibujarse de forma inequívoca, sin necesidad de un esfuerzo interpretativo que convierta artificialmente un enunciado general en un mensaje concebido como vehículo para una comunicación proscrita por el órgano jurisdiccional. Y para que el quebranto de esa prohibición adquiera relevancia penal es suficiente con que, de una u otra forma, el mensaje incorporado a una red social alcance su objetivo y tope con su verdadero destinatario. El carácter multitudinario del uso de las redes sociales y la multiplicación exponencial de su difusión, lejos de ser un obstáculo que debilite el tipo subjetivo –esto es, el conocimiento de que esas palabras van a llegar a la persona protegida– refuerza la concurrencia del dolo. El autor*

sabe o se representa que ese mensaje que quebranta la prohibición puede alcanzar, por una u otra vía, a su destinatario. De ahí que la Sala no comparta el velado reproche que se formula a la denunciante por el hecho de no «... haber bloqueado la comunicación con el acusado». La persona en cuyo favor se ha dictado una medida cautelar que incluye la prohibición de comunicarse no asume la obligación de desconectarse de canales telemáticos o redes sociales anteriormente activos, de suerte que la omisión de esta medida pudiera influir en el juicio de subsunción. Es, por el contrario, el investigado el verdadero y único destinatario de la prohibición y el que ha de adoptar todas las medidas indispensables para que esa comunicación bidireccional no vuelva a repetirse.

Con mayor razón será consciente el destinatario de la medida del quebranto de esta cuando entabla contacto directo con personas del entorno de la protegida para que le transfieran el mensaje.

Por último, para afianzar su argumento contrario a que la comunicación a través de terceros infrinja la medida, el tribunal provincial alude a la existencia de supuestos de parejas con descendencia común o intereses patrimoniales conjuntos que necesariamente deberán comunicarse por medio de terceras personas sin que por ello pueda entenderse quebrantada la prohibición de comunicación.

Se trata de un argumento que no guarda relación alguna con el supuesto de hecho. Que en algunos casos pueda entenderse necesaria una comunicación a través de terceros para resolver un problema urgente atinente a los hijos menores que convierta en atípica la conducta, no posibilita cualquier contacto innecesario como los descritos en el *factum* si no se quiere convertir la medida en ilusoria y hacer depender su cumplimiento de la propia voluntad del obligado a respetarla en su integridad.

De manera que el argumentario del tribunal no es admisible cuando sin razón alguna se incumple la medida por un medio de comunicación que no está excluido del ámbito de la prohibición impuesta.

1.2.2.5 *Recursos de Queja*

1. Preparado 142/23

El argumento que parece desprenderse de la escueta fundamentación del Auto de fecha de 10 de enero de 2023 dictado por la Sección de Apelación de la Sala Civil y Penal del TSJC, que se pretendía recurrir en casación, es que, tras la reforma de la LO 41/2015, instaurando

la doble instancia mediante la previsión de recursos de apelación ante los Tribunales Superiores de Justicia, resultaría que en los procedimientos incoados con posterioridad al 6 de diciembre de 2015 contra autos de Audiencias Provinciales declarando su incompetencia para conocer e inhibiéndose a los juzgados de lo penal, como el dictado en el presente supuesto por la Sección Quinta, cabría únicamente recurso de apelación ante el TSJC pues la instauración de este nuevo recurso de apelación «excluye el recurso –de casación– contra el auto del TSJ que resuelva el recurso de apelación en su día interpuesto».

Sin embargo, este argumento olvida que la instauración en el art. 846 ter 1 de la LECrim del recurso de apelación ante el TSJ correspondiente contra las sentencias de las Audiencias Provinciales dictadas en primera instancia, tanto en el procedimiento penal ordinario como en el abreviado, no ha excluido el recurso de casación contra las sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia que resuelvan dichos recursos de apelación, estando expresamente previsto en el nuevo 847.1 LECrim dicho recurso de casación por infracción de ley y quebrantamiento de forma contra las sentencias dictadas en apelación por la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

La Sala Penal del Tribunal Supremo ha venido a establecer que, en procedimientos incoados después del 6 de diciembre de 2015, contra dichos autos debe regir el mismo régimen de recursos que contra las sentencias, es decir, apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y posterior casación ante el Tribunal Supremo.

De forma tradicional, el Tribunal Supremo ha venido entendiendo que cabe recurso de casación contra los autos dictados por la Audiencia Provincial que consideran que no les corresponde el conocimiento del asunto por falta de competencia objetiva, declinan la competencia y se inhiben en favor de los juzgados de lo penal por estimar que estos órganos son los competentes objetivamente.

Así lo han establecido entre otras muchas las siguientes Sentencias del Tribunal Supremo: Sentencia núm. 286/2013 de 27 marzo. (RJ 2013, 2747), Sentencia núm. 369/2012 de 17 mayo (RJ 2012, 6389) o Sentencia núm. 782/1999 de 20 mayo (RJ 1999, 3556) estableciendo la primera de las sentencias mencionadas; «Y con base en una interpretación sistemática del art. 25 *in fine* de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (LEG 1882, 16), que autoriza el recurso de casación contra los autos de las Audiencias resolutorias de cuestiones de competencia, ha admitido el recurso de casación de los autos de las Audiencias en que declinan la competencia para enjuiciamiento en favor de los juzgados de lo penal».

En efecto, dicho recurso de casación contra los mencionados autos se halla expresamente amparado en el art. 25 *in fine* de la LECrim y se aplica a los autos dictados por las Audiencias Provinciales en los procedimientos incoados con anterioridad el 6 de diciembre de 2015, fecha de entrada en vigor de la Ley 41/2015, como lo sigue reconociendo la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 456/2021 de 27 mayo.

Por el contrario, en los procedimientos incoados con posterioridad al 6 de diciembre de 2015, fecha de entrada en vigor de la ley citada, que generaliza el sistema de doble instancia respecto de las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales, instaurando contra las mismas el recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia respectivo, y contra las sentencias de este TSJ el recurso de casación ante el Tribunal Supremo, no cabría el recurso de casación directo contra dichos autos, sino que previamente habría que interponer recurso de apelación ante el TSJ, y contra la resolución de este cabría el recurso de casación ante el Tribunal Supremo.

Así lo establece la reciente doctrina jurisprudencia del Tribunal Supremo contenida en Sentencia de 8 de abril de 2022 y en Sentencia mencionada núm. 456/2021, de 27 mayo.

La STS de 8 de abril de 2022, establece que, contra dichos autos de las Audiencias Provinciales, dictados en procedimientos incoados con posterioridad al día 6 de diciembre de 2015, caben los mismos recursos que contra la sentencia dictada por las Audiencias Provinciales en dichos procedimientos: recurso de apelación ante el TSJ y contra la resolución de la apelación recurso de casación ante el Tribunal Supremo. En este sentido declara dicha STS que la simetría del sistema exigía que, desde el momento en que se ha implantado la doble instancia, también esos autos dictados por la Audiencia debieran ser sometidos primero al escrutinio del TSJ y solo después, en su caso, al del Tribunal Supremo mediante la casación: un régimen idéntico al que resultaría de haberse adoptado la decisión en la sentencia.

A mayor abundamiento, la admisibilidad del recurso de casación contra este auto del TSJ estaría justificada por los siguientes motivos:

a) Por la naturaleza del derecho cuestionado. Este derecho como ha dicho el Tribunal Supremo en STS 286/2013 de 27 marzo es el de ser juzgado por el juez predeterminado por la ley, de acuerdo con el art. 24 de la Constitución, sobre cuya naturaleza constitucional no es preciso insistir, siendo materia no susceptible de elección o transacción sino claro *ius cogens* obligatorio, en primer lugar, para los propios operadores judiciales.

b) Por la necesidad de que tal derecho a ser juzgado por el juez ordinario predeterminado por la ley reciba una respuesta unitaria y uniforme para todos los ciudadanos en el territorio español, solo posible a través del recurso de casación ante el Tribunal Supremo, que permita establecer una doctrina única y uniforme sobre la cuestión, quedando gravemente lesionado aquel derecho fundamental en caso de que existan sentencias contradictorias de los Tribunales Superiores de Justicia sobre la competencia para el enjuiciamiento de los delitos, con grave afectación incluso del régimen de recursos.

El ATS de 3 de abril de 2023, núm. 20.241, sobre la recurribilidad de los autos como el dictado por la Sala de apelaciones de la Sala de lo Civil y Penal del TSJ dice:

En este sentido, en autos, como el de 21 de septiembre de 2018 (Rec. 20617/2018), de 14 de junio de 2019 (Rec. 20237/2019), de 13 de noviembre de 2019 (Rec. 20562/2019), o de 22 de febrero de 2023 (Rec. 20142/2023), como se puede leer en el primero de ellos, se ha venido manteniendo que «esta Sala ha creado un cuerpo de doctrina respecto a las resoluciones recurribles en casación que contempla el art. 848 LECrim., estableciendo que el párrafo primero del indicado precepto sólo autoriza la casación por infracción de Ley contra los Autos definitivos de las Audiencias y los dictados en apelación por los Tribunales Superiores de Justicia, en los supuestos expresamente establecidos, admitiendo la recurribilidad de los relativos a cuestiones de competencia, de conformidad con los artículos 25, 31, 32, 35, 40 y 43, así como los especificados en el art. 676 LECrim., con relación a los artículos de previo pronunciamiento de declinatoria de jurisdicción», pasaje que literalmente se repetía en STS 241/2020, de 26 de mayo de 2020.

Finalmente, hay que añadir que la Ley 4/2023 y su Disposición Transitoria Cuarta no cambia las cosas. Al haberse abierto el juicio oral antes de su entrada en vigor, 28 de abril de 2023, se había perpetuado la jurisdicción y no juega la reforma del artículo 14 LECrim. que no le es de aplicación –Disposición Transitoria Cuarta y Disposición Final Primera–.

1.2.2.6 Referencia a recursos interpuestos por aplicación de la LO 10/22

De los 249 recursos interpuestos se pueden destacar a modo de ejemplo, los siguientes:

1. Recurso 1/23

Se interpone por infracción de ley del art. 849.1.º de la LECrim., fundada en la indebida aplicación del art. 2.2 en relación con los artículos 181.1.º, 3 y 4.e) y 74 del Código Penal vigente aprobado por LO 10/2022 de 6 de septiembre, al entender que la aplicación de la nueva legalidad penal reguladora de tal delito en los términos que establece el auto recurrido no es correcta.

En primer lugar, con la nueva ley, los hechos tendrían encaje normativo en los arts. 181.1. 2 párrafo 1.º (en relación con el art. 178.2), 3 inciso final y 74 CP. Los hechos probados de la sentencia definen una agresión sexual continuada a menor de 16 años, con abuso de situación de superioridad y de la vulnerabilidad de la víctima, con acceso carnal por vía anal y bucal, que lleva aparejada una pena de prisión de 12 años y 6 meses a 15 años, una pena claramente desfavorable que no puede por ello ser aplicada retroactivamente.

Los hechos probados acreditan ese abuso de superioridad del agresor sobre la víctima y la vulnerabilidad de la misma, concurriendo el plus de antijuridicidad que el art. 178.2 incorpora, ya que no solamente se da la condición de ascendiente (el agresor era el abuelo de la víctima) que justifica por sí sola el prevalimiento del art. 181.4.e) CP, sino que además concurrieron otras circunstancias, que facilitaron la ejecución de los hechos, claramente indicativas del abuso de superioridad y de la vulnerabilidad de la víctima (el agresor vivía en la misma casa que ella y la víctima era de muy corta edad, ya que los hechos se produjeron desde que tenía 5 años hasta los 8 años).

En consecuencia, resulta obvio que más allá del automatismo con el que ha procedido el tribunal recurrido a la hora de subsumir normativamente los hechos en los nuevos tipos penales, esa situación de superioridad y vulnerabilidad de la que el agresor se valió –que también es incluida como tipicidad agravada en el apartado e) del art. 181.4. es objeto de un tratamiento jurídico-penal diferente como tipicidad básica. En esta tesitura, la prohibición de valorar doblemente una misma circunstancia por aplicación del *non bis in idem* debe saldarse con la exclusión de la tipicidad agravada.

En segundo lugar, con carácter subsidiario, aun aceptando la calificación jurídica por la que opta el tribunal sentenciador, tampoco es posible proceder a la revisión de la pena impuesta en los términos señalados por el auto recurrido, el cual de modo automático revisa la pena imponiendo la mínima posible conforme a la calificación jurídica que otorga a los hechos teniendo en cuenta que la sentencia dictada en su día impuso la pena mínima posible de 11 años de prisión,

dentro de una horquilla punitiva que oscilaba entre 11 y 12 años de prisión. La actual prevé una pena que oscila de 10 años y 6 meses a 12 años.

La pena se impuso sin ninguna referencia a las circunstancias fácticas concretas del caso (que son de una gravedad inusual) como factor que aconsejara la imposición de esa pena mínima, pero es evidente que el proceso de revisión de una sentencia firme no es un recurso de casación en el que el juicio de individualización de la pena forma parte sustancial de la censura casacional, bien a través de una deficiente u ausente motivación por el cauce de la tutela judicial efectiva, bien como error en la aplicación de la norma por infracción de ley ex art. 849.1.º LECrim. En sede casacional la facultad de modificar las penas posee márgenes mucho más amplios (cfr. por todas, la STS 987/2022 de 21 de diciembre).

Ese juicio de individualización en tales términos no puede verificarse en la revisión que obligadamente debe realizarse respecto a sentencias firmes aún no cumplidas como consecuencia de la vigencia de una nueva legalidad penal, y debe ceñirse a comprobar en bloque cuál es la legislación más favorable, y a concretar si la pena que se impuso en su día es también imponible sin vulnerar las reglas de aplicación de las penas que contempla el art. 66 CP.

Así se establece en las disposiciones legales que se articulan en diferentes reformas para resolver los problemas de régimen transitorio en los casos de sucesión normativa, incluidas las aún vigentes con la entrada en vigor del Código penal aprobado por Ley Orgánica 10/95 de 25 de noviembre, en particular su disposición transitoria quinta que literalmente dice:

«Los Jueces o Tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código. Se exceptúa el supuesto en que este Código contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso deberá revisarse la sentencia».

Una reiterada doctrina jurisprudencial se pronuncia en idénticos términos al señalar que «la regla general, como se deduce del texto de la norma y aclara la STS 266/2013 de 19 de marzo, reiterada por la STS 346/2016 de 21 de abril, consiste en que cuando la pena impuesta

en la sentencia es imponible en el nuevo marco legal, no se debe dar lugar a un nuevo ejercicio de individualización caso por caso, ni tampoco de una mecánica adaptación de las penas anteriormente impuestas en proporción aritmética al nuevo marco punitivo» (*vid.* las SSTS 536/2016 de 17 de junio; 346/2016, de 21 de abril; 290/2013, de 16 de abril; 266/2013, de 19 de marzo; 884/2011, de 22 de julio y 42/2011, de 9 de mayo).

En el caso en cuestión, la pena de 11 años de prisión que impuso la sentencia dictada por la Audiencia Provincial es también imponible conforme a la nueva legislación a tenor de lo dispuesto en el art. 66.1. 6.ª CP. A mayor abundamiento, esa concreta pena está dentro del tramo punitivo inferior de la pena actualmente imponible, que oscila de 10 años y 6 meses a 12 años. Únicamente si la pena impuesta al amparo de la legislación anterior vulnerara palmariamente las reglas de aplicación de las penas que se establecen en la parte general del Código Penal podría prosperar el juicio de revisión.

2. Recurso 6/23

Se interpuso por infracción de ley del núm. 1 del art. 849 de la LECrim por indebida inaplicación del art. 192.1 y 3 CP.

La Audiencia al revisar la sentencia conforme a la LO 10/22 se limita a rebajar la pena de prisión sin aplicar la nueva redacción de modo completo y que exigiría la imposición de las penas previstas en el art. 192.3 CP, penas accesorias que al tiempo de dictar sentencia no tenían carácter imperativo, pero ahora sí.

Sobre la obligatoriedad de la imposición de dichas penas accesorias, la STS 930/2022 –aunque en recurso de casación, al aplicar la nueva redacción de la ley– señaló que «hay que tener en cuenta que la aplicación de la ley 10/2022 debe serlo en su conjunto, y si se rebaja la pena de prisión en un año a la que le correspondería de 10 años y un día debe aplicarse la accesoria prevista en el actual esquema normativo, que lo es la del actual art. 192.3, 2.º párrafo CP». En el plano de la comparación normativa, decía la Sala II, *en su conjunto entendemos más gravoso para el penado un año de privación de libertad, que dos de la mencionada privación de derechos*, es decir, conforme a la interpretación tradicional, cualquier rebaja de la pena privativa de libertad hace que el conjunto de las impuestas se considere más favorable, pero no evita la imposición de estas otras.

Pues bien, el citado precepto (art. 192.3 CP) en la redacción dada por la LO 10/2022, dispone:

3. *La autoridad judicial impondrá a las personas responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos I o V cuando la víctima sea menor de edad y en todo caso de alguno de los delitos del Capítulo II, además de las penas previstas en tales Capítulos, la pena de privación de la patria potestad o de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de cuatro a diez años. A las personas responsables del resto de delitos del presente Título se les podrá imponer razonadamente, además de las penas señaladas para tales delitos, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, así como la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, retribuido o no, por el tiempo de seis meses a seis años.*

Asimismo, la autoridad judicial impondrá a las personas responsables de los delitos comprendidos en el presente Título, 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 retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuera grave, y entre dos y veinte años si fuera menos grave. En ambos casos se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en la persona condenada.

En este sentido, el MF interesa la privación de patria potestad y una inhabilitación especial, en atención al tiempo transcurrido, en el mínimo posible, es decir, superior en 5 años a la privativa de libertad finalmente impuesta.

Por otra parte, pese a estar prevista la libertad vigilada desde la reforma de 2010, siendo una medida de imposición obligatoria, el Fiscal entiende que, revisada la pena, deberá hacerse hasta sus últimas consecuencias atendiendo a lo legalmente imponible, de modo que, si bien en el mínimo posible dado el defecto cometido, se imponga con una duración de 5 años (delito grave), ejecutándose, tal como dispone el art. 192.1 CP, con posterioridad a la pena privativa de libertad.

3. Preparado 22/23

Se formalizó el recurso por indebida aplicación de los arts. 178, 179 y, en su caso, indebida inaplicación del 192.1 y 3 del Código Penal según la vigente redacción dada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre, y por indebida inaplicación de los arts. 178, 179 y 192.1 y 3 CP según redacción dada por la LO 5/2010, de 23 de noviembre, e infracción de los arts. 2.2 y 66.1.6.^a CP y disposición transitoria quinta de la LO 10/1995 y art. 9.3 CE.

El auto recurrido procede a revisar las penas de 8 años de prisión y 10 años de prohibición de aproximación y comunicación impuestas por un delito de violación mediante empleo de violencia con una triple penetración vaginal, anal y bucal, sustituyéndolas por las de 6 años y 8 meses de prisión y 8 años y 8 meses de referida prohibición.

La revisión efectuada olvida que las penas impuestas eran imponibles con la nueva regulación y, con desatención de la gravedad concreta de los hechos manifestada en la triple penetración y el empleo de violencia, opera con un criterio meramente aritmético que toma en consideración el juego del límite inferior de la nueva pena, ahora más bajo, olvidando que ello es fruto de la reunión en el precepto junto con la agresión sexual de la modalidad de abuso que no precisa empleo de violencia para doblegar la voluntad.

En el recurso se discrepaba de la decisión adoptada por la Audiencia Provincial en el auto recurrido, con base en las siguientes razones:

1.^a Aplicabilidad de las disposiciones transitorias del Código Penal.

2.^a Infracción del principio de proporcionalidad en la determinación de la pena.

3.^a Desconocimiento por parte de la Audiencia Provincial de la exigencia de aplicar la LO 10/2022 en su conjunto y no por partes, con inaplicación de lo dispuesto en el artículo 192 del Código Penal conforme a la redacción dada por la citada ley.

Establece la disposición transitoria quinta de la LO 10/1995 que dichos Jueces o Tribunales procederán a revisar las sentencias firmes y en las que el penado esté cumpliendo efectivamente la pena, aplicando la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código. Se exceptúa el supuesto

en que este Código contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad; en tal caso deberá revisarse la sentencia.

Se mantuvo que la DT 5.^a del Código Penal de 1995 resultaba aplicable en la operación de revisión. Se trata de una disposición que se viene reiterando en muchas reformas del CP. Su criterio de que no procede la revisión cuando la pena efectivamente impuesta también sea imponible con arreglo a la nueva regulación es una regla que viene dominando las revisiones en cualquier sucesión temporal de normas. No se entiende que de dicho criterio general haya de ser excluido el tratamiento revisor de –en el caso que ahora nos ocupa– una violación. Que la LO 10/22 no contenga DDTT no impide que las contenidas en el CP sean de aplicación supletoria e inspiren la tarea y criterios de revisión, criterio sostenido por la Sala II en la sentencia 298/2017, de 5 de abril, que dice: *por otro lado, nada impide que los criterios contenidos en las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de la LO 1/2015, aunque no aparecen en la LO 2/2015, que regula de nuevo los delitos de terrorismo, sean aplicables también a estos casos; y en la sentencia 338/2015, de 2 de junio, en la que se señala: en principio tal aplicación no es factible al no haber entrado aún en vigor la referida reforma –lo hará el próximo 1.7.2015–, y no darse los supuestos previstos en la Disposición Transitoria 4.^a LO 1/2015, que puede aplicarse de forma analógica en ausencia de la previsión específica en la LO 2/2015. Pero ello no impide que esa Sala casacional cumpliendo su función nomofiláctica, pueda efectuar algunas consideraciones sobre la naturaleza del nuevo precepto y la posibilidad de su aplicación en las apreciaciones jurídicas de revisión de sentencias firmes, a realizar por el tribunal de instancia tomando como referencia las Disposiciones Transitorias 1.^a, 2.^a y 3.^a de la LO 1/2015 de 3 de marzo.*

Cuando el legislador ha considerado oportuno introducir disposiciones transitorias con ocasión de una reforma legislativa ha seguido siempre la misma fórmula, es decir, a la hora de revisar una pena impuesta en sentencia firme, no se considerará pena más favorable aquella que resulte imponible con arreglo al nuevo código.

Así se ha manifestado a lo largo de los años, con matices y precisiones la jurisprudencia de la Sala Segunda.

A ello se añadía, por más que se hiciese en el Preámbulo de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, que, por el legislador, a modo de pretendida interpretación auténtica, se indicaba que:

Para la aplicación de las reformas penales contenidas en esta ley a los delitos cometidos antes de su entrada en vigor, las disposi-

ciones transitorias primera, segunda y tercera reproducen las disposiciones transitorias de otras leyes orgánicas destinadas a modificar el Código Penal, como la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, o la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, que a su vez se corresponden sustancialmente con las que en su momento estableció el Código Penal de 1995, en su redacción original dada por la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, que son disposiciones que hoy se encuentran vigentes y han sido convenientemente interpretadas por el Tribunal Supremo. Por consiguiente, aun cuando no se estableciera régimen transitorio en esta ley, se llegaría a las mismas conclusiones por aplicación del artículo 2.2 del Código Penal y de la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre.

Precisaba el legislador que el establecimiento en este caso de unas disposiciones transitorias resultaba en principio innecesario y en clara alusión al supuesto que nos ocupa, añadía que, en esta reforma posterior, se optó por introducirlas a la vista de la diversidad de interpretaciones realizadas en recientes reformas que afectan al Código Penal, lo que aconseja su introducción expresa conforme al principio de seguridad jurídica garantizado en el artículo 9.3 de la Constitución española.

Pues bien, ateniéndonos a lo dispuesto en las citadas disposiciones transitorias y especialmente, en lo relativo a que *en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código*, debíamos concluir que, tal como expresó el Ministerio Fiscal en la instancia, la pena impuesta en el presente caso, resultaba imponible, hallándose situada en el tramo inferior tanto de la derogada cuanto de la nueva legislación, de modo que la Audiencia de Madrid no debió resolver que procedía la aplicación de la nueva ley como más favorable.

Se reiteraba que el hecho de que la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, no contenga disposiciones de régimen transitorio en nada altera las conclusiones anteriores, pues este tipo de disposiciones carece de virtualidad para restringir y, mucho menos, contradecir el contenido del art. 2.2 CP. Las disposiciones transitorias, cuando menos en este punto, se limitan a ofrecer una interpretación auténtica de este precepto y, en concreto, acerca de qué ley debe considerarse más favorable. De ahí que pudiese concluirse que el contenido de la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de

noviembre, del Código Penal, sucesivamente reiterado en ulteriores reformas legislativas, resulte de aplicación por constituir un criterio interpretativo plenamente consolidado (*vid.* SSTs 556/2022, de 8 de junio; 346/2016, de 21 de abril; 290/2013, de 16 de abril; 633/2012, de 19 de julio; 582/2012, de 25 de junio).

Además, el ajuste de la pena efectuado por el Auto recurrido había sido meramente aritmético, estereotipado, olvidando las razones de gravedad concurrentes y alejado de todo criterio de proporcionalidad; al margen –por otro lado– de operar con segmentos de la nueva LO 10/22 y no con la aplicación íntegra de la misma.

En numerosas sentencias de la Sala II 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 imposible conforme a un juicio actualizado de proporcionalidad).

Centrados así en el indispensable respeto al principio de proporcionalidad vemos que en el presente caso, dada la rebaja del límite inferior de la pena, (hemos pasado de un arco de 6 a 12 años de prisión, a otro de 4 a 12 años), cabría plantarse si como sucede en alguno de los precedentes citados en la STS 346/2016, nos encontramos ante «una reducción tan significativa del marco de la pena señalada al delito, que la extensión fijada en su día se manifestaba 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».

Y pese a lo que pudiera parecer en una primera lectura comparativa de ambos preceptos, el Ministerio Fiscal entendía que la respuesta debía ser negativa.

La LO 10/2022 para definir su ámbito de aplicación, establece en el artículo 3 que: *1. El ámbito de aplicación objetivo de esta ley orgánica comprende las violencias sexuales, entendidas como cualquier acto de naturaleza sexual no consentido o que condicione el libre desarrollo de la vida sexual en cualquier ámbito público o privado, incluyendo el ámbito digital*». Por otra parte, de la lectura tanto del Preámbulo como del conjunto del articulado, no se desprende que, con mayor o menor acierto, se haya perseguido disminuir el castigo para las citadas conductas y especialmente para las violentas. Mediante la LO 10/2022, desaparecen dos figuras clásicamente diferenciadas, abuso y agresión sexuales, para englobarse todos los ataques en una sola, la agresión sexual, pero ello no significa que merezca igual reproche todo atentado contra la libertad sexual, independientemente de que concurra, o no, el elemento de violencia o intimidación, cuya

ausencia, hasta ahora conducía a castigar con menor pena por delito de abuso sexual, no agresión sexual.

Es decir, la reforma al establecer la horquilla de 4 a 12 años, en lo que antes era 6 a 12 años, lo hace al incorporar al tipo penal conductas no violentas; pero no puede afirmarse que se pretenda con ello que a la violación violenta le alcance una rebaja de pena, menos aún si la violación se efectuó –como en el caso que nos ocupa– con penetración violenta e in consentida por una triple vía: vaginal, anal y bucal.

Con la lectura del relato de hechos no parece posible concluir que nos encontremos ante uno de los supuestos menos graves del tipo que nos ocupa. Es patente que no es comparable la realización del mismo ataque a la libertad sexual sin consentimiento de la víctima, pero sin la violencia e intimidación. Por el contrario, nos encontramos ante uno de los supuestos graves de los subsumibles en los preceptos aplicados.

En dicho contexto y a la vista de la regla establecida en el art. 66.1. 6.ª del Código Penal y de la objetiva gravedad del hecho, una pena de 8 años de prisión en el arco de 4 a 12 años no aparece como pena desproporcionada, ni supone una inaceptable exacerbación del castigo en comparación con la nueva redacción de los preceptos aplicados. Atendiendo al supuesto concreto, el MF entiende que la pena era y es proporcionada y no podemos olvidar que la Sala II nos invita a huir de adaptaciones mecánicas de las penas que acudan a una proporción meramente aritmética.

Por último, de nuevo subsidiariamente, y para el caso de que se entendiera que no es aplicable la DT 5.ª CP de 1995 y que la revisión de la pena impuesta ha sido acorde a la interpretación jurisprudencial y al principio de proporcionalidad, el MF también discrepa de la revisión realizada por la Audiencia de Madrid, en tanto que se limita a rebajar la pena de prisión y de prohibición de aproximarse y acercarse, sin entrar a analizar la posible aplicación de la nueva redacción de la LO 10/22 de modo completo, no fragmentado, lo que exigiría analizar la posible imposición de las penas previstas en el art. 192.3 del Código Penal.

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

En este sentido, y siempre que se procediera a revisar la pena e imponerla con arreglo a la LO 10/22, el Fiscal interesaba la imposición de la inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, que, en atención al tiempo transcurrido, habría de serlo en el mínimo posible, es decir, superior en 5 años a la privativa de libertad finalmente impuesta.

Por otra parte, respecto de la medida de libertad vigilada, que se hallaba prevista desde la reforma de 2010, aun siendo una medida de imposición obligatoria, entiende el Fiscal que, al no haber sido solicitada en su día por ninguna acusación, ni haberse planteado la tesis sobre ello, no procedería, aprovechando ahora la revisión, su imposición por impedirlo el principio acusatorio.

1.2.3 ANÁLISIS DE LAS RESOLUCIONES DICTADAS POR LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO DURANTE EL AÑO 2023

Tomando en consideración las resoluciones dictadas de la Sala Segunda durante el año 2023, se ponen de manifiesto los siguientes extremos:

a) *Sentencias*

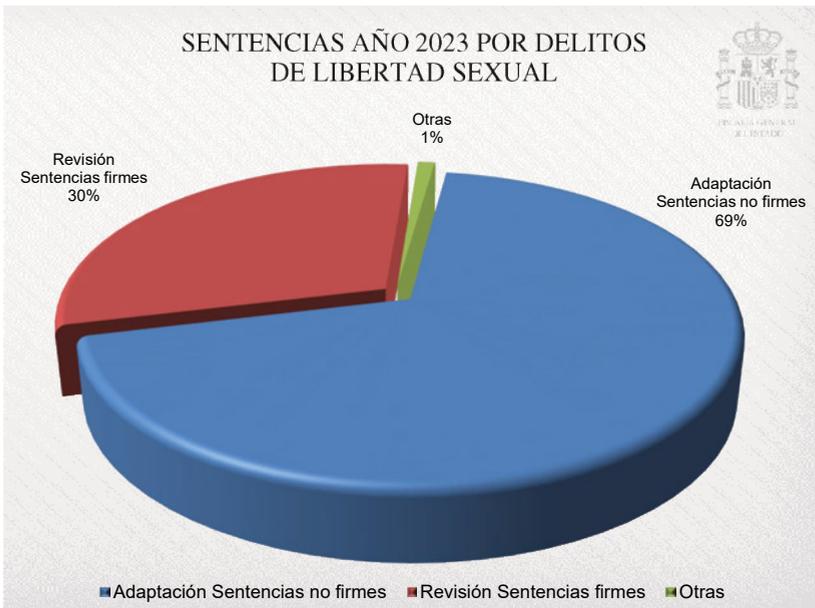
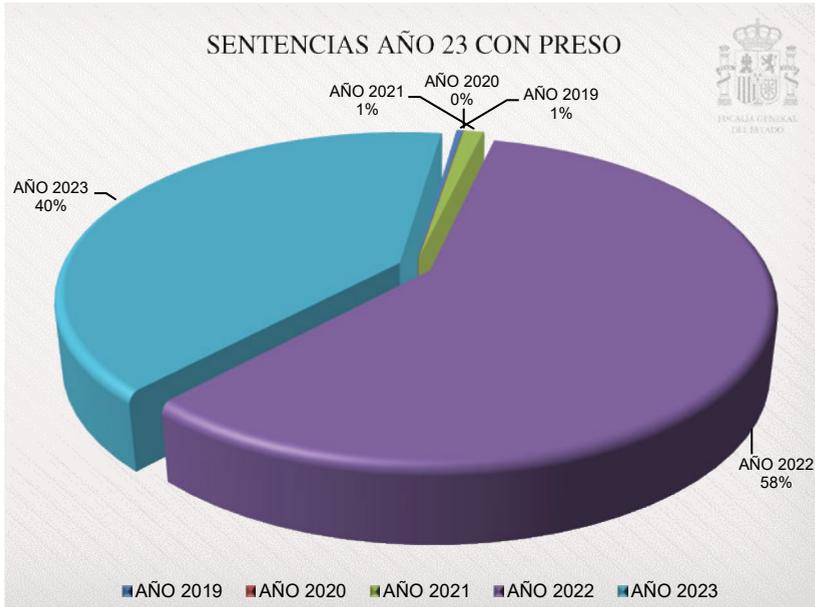
Se han dictado un total de 959 sentencias entre el 1 de enero y el 31 de diciembre de 2023, en recursos de casación y revisión (pese a que conste que la última sentencia del año lleve el número 961/2023, ya que no constan registradas en la base de datos ninguna sentencia con los números 41/2023 y 171/2023).

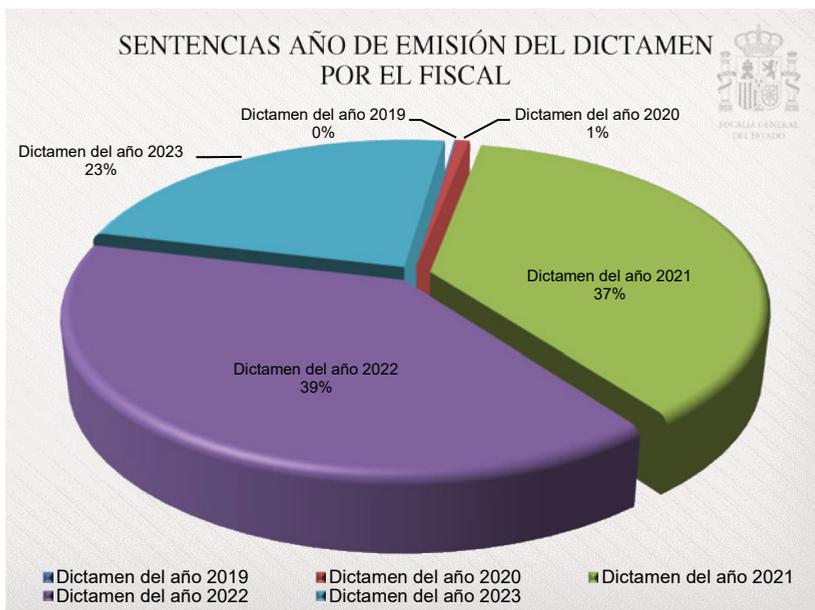
a.1. Dictadas en Recursos formalizados por el MF:	
a.1.1. Estimados	25
a.1.1.1. Adaptación LO 10/22	4
a.1.1.2. Revisión St. Firme LO 10/22	15
a.1.2. Desestimados.	9
a.1.2.1. Adaptación LO 10/22	1
a.1.2.2. Revisión St. Firme LO 10/22	6
a.2. Dictadas en Recursos formalizados por las restantes partes:	
a.2.1. Apoyados por el MF	
a.2.1.1. Estimados	37
a.2.1.2. Desestimados:	11

a.2.2. Impugnados por el MF	
a.2.2.1. Estimados:	205
a.2.2.2. Desestimados	550
a.3. En Recursos de Revisión	
a.3.1. Apoyados por el MF	
a.3.1.1. Estimados	13
a.3.1.2. Desestimados	0
a.3.2. Impugnados por el MF	
a.3.2.1. Estimados	1
a.3.2.2. Desestimados	0
a.4. En Acumulaciones de Condenas:	
a.4.1. Apoyados por el MF	
a.4.1.1. Estimados	26
a.4.1.2. Desestimados	1
a.4.2. Impugnados por el MF	
a.4.2.1. Estimados	2
a.4.2.2. Desestimados	37
a.5. Unificación Doctrina Vigilancia Penitenciaria	
a.5.1. Estimados total y/o parcialmente:	2
a.5.2. Desestimados.	0
a.6. Unificación Doctrina Menores	
a.6.1. Estimados total y/o parcialmente:	0
a.6.2. Desestimados.	3
a.7. Sentencias dictadas en Causa Especiales:	
a.7.1. Condenatorias	0
a.7.2. Absolutorias.	0
a.8. Sentencias dictadas atendiendo al año del recurso:	
a.8.1. Correspondientes al año 2019	3
a.8.1.1. Con preso	1
a.8.2. Correspondientes al año 2020	14
a.8.3. Correspondientes al año 2021	565
a.8.3.1. Con preso	3
a.8.4. Correspondientes al año 2022	223
a.8.4.1. Con preso	157

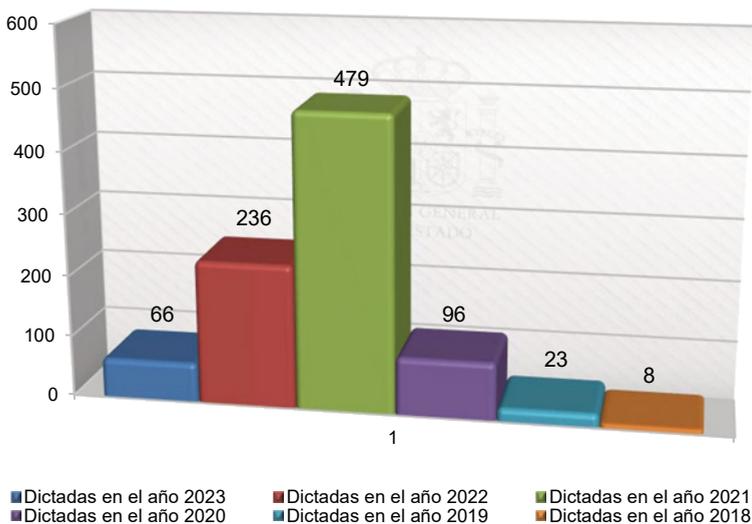
a.8.5.	Correspondientes al año 2023	154
a.8.5.1.	Con preso	108
a.9.	Sentencias atendiendo a la fecha de la dictada en Instancia o apelación:	
a.9.1.	Dictadas en el año 2023	66
a.9.2.	Dictadas en el año 2022	236
a.9.3.	Dictadas en el año 2021	479
a.9.4.	Dictadas en el año 2020	96
a.9.5.	Dictadas en el año 2019	23
a.9.6.	Dictadas en el año 2018	8
a.10.	Sentencias atendiendo a la fecha de emisión del dictamen del MF:	
a.10.1.	Dictamen del año 2019	1
a.10.2.	Dictamen del año 2020	7
a.10.3.	Dictamen del año 2021	352
a.10.4.	Dictamen del año 2022	374
a.10.5.	Dictamen del año 2023	225

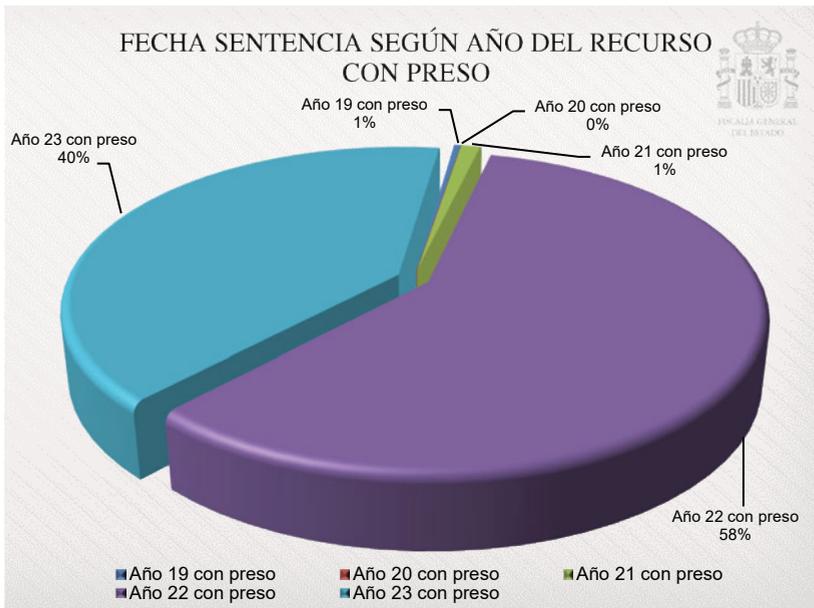
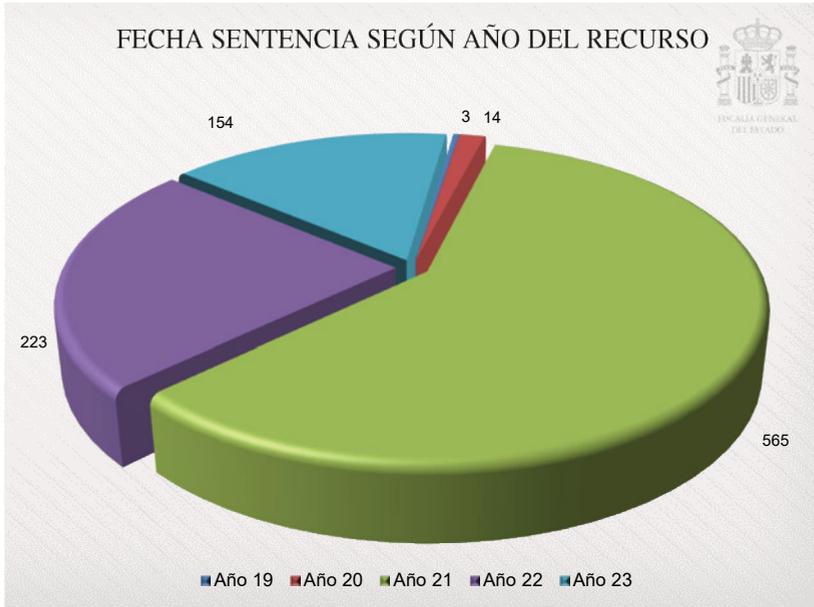






FECHA SENTENCIA DE INSTANCIA O APELACIÓN





Es reseñable que el 28% de las sentencias dictadas por la Sala II en el año 2023 hacían referencia a supuestos en los que se planteaba el problema de la aplicación de la LO 10/22.

Tomando en consideración el año de incoación del recurso de casación, las sentencias dictadas durante el año 2023, en un 59% resolvían recursos incoados en el año 2021, un 23% recursos incoados en el año 2022, un 16 % a recursos incoados en el año 2023 (fundamentalmente recursos referidos a la revisión de sentencias firmes por aplicación de la LO 10/22 o relativos a recursos contra autos de acumulación de condenas), siendo el 2% restante referido a recursos incoados en el año 2020 y 2019.

Si se atiende a la fecha en que se dictó la sentencia o auto que se recurre en casación en instancia única o tras haberse interpuesto previamente recurso de apelación, un 7% se refería a recursos en los que aquella resolución se dictó en el año 2023, fundamentalmente autos de revisión de penas impuestas en sentencia firme afectadas por la aplicación de la LO 10/22, en tanto que el 53% resolvía recursos en los que aquella resolución se dictó en el año 2021; un 26% respecto de resoluciones dictadas en el año 2022; un 11% respecto de resoluciones dictada en el año 2020, un 2% a resoluciones dictada en el año 2019 y un 1% a dictada en el año 2018 o anteriores.

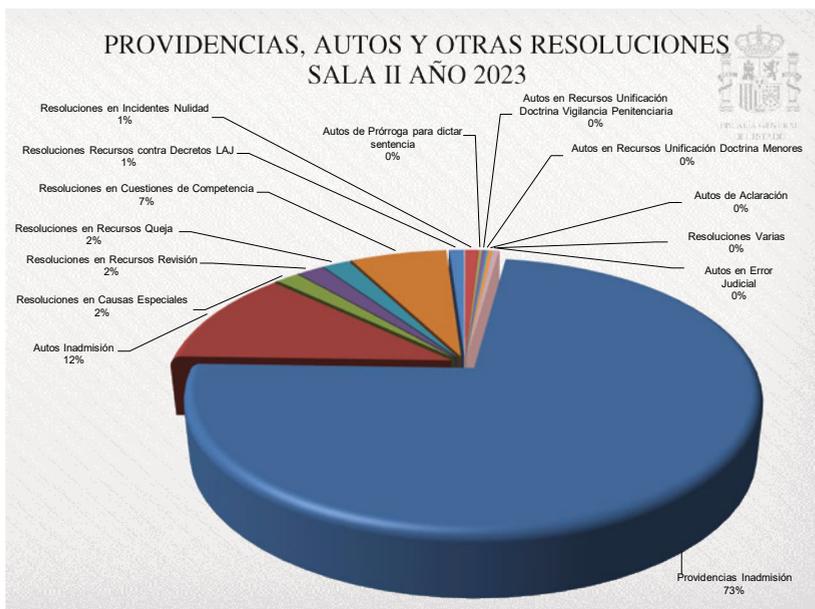
Y finalmente, un dato a tener en cuenta es el que refleja la fecha en que el MF emitió su dictamen en el recurso de casación: en un 23% se había emitido el dictamen en el año 2023, como se ha dicho referido a recursos contra autos relativos a la revisión de las penas impuestas en sentencia firme por la pretendida aplicación de la LO 10/22; un 39% correspondía a dictámenes emitidos en el años 2022; un 37% a dictámenes emitidos en el año 2021 y el restante 1% a dictámenes emitidos en el año 2020 y 2019.

b) *Autos y providencias*

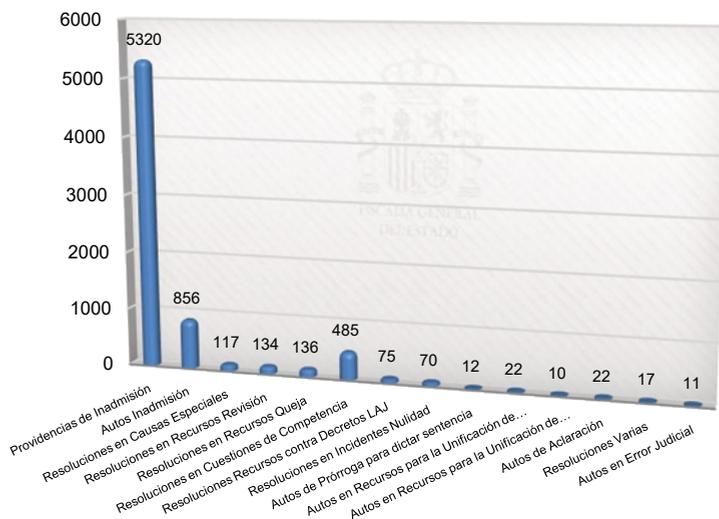
La Sala ha dictado también un total 7.320 resoluciones que se desglosan de la siguiente manera:

b.1. Providencias de Inadmisión	5.365
b.2. Autos:	
b.2.1. Inadmisión Sentencias TSJ	574
b.2.2. Inadmisión Sentencias Audiencias Provinciales	194

b.2.3.	Inadmisión Autos	17
b.2.3.1.	Recursos interpuestos MF	7
b.2.3.2.	Recursos Condenados	51
b.2.3.3.	Recursos Ac. Particular	1
b.2.4.	Causas Especiales	117
b.2.5.	Recursos de revisión	134
b.2.6.	Recursos de Queja.	136
b.2.7.	Cuestiones de Competencia	485
b.2.8.	Recursos contra Decretos del LAJ	75
b.2.9.	Incidentes de nulidad	70
b.2.10.	Autos de prórroga del plazo para dictar sentencia	12
b.2.11	Recursos para la Unificación de Doctrina en Vigilancia Penitenciaria.	22
b.2.12.	Recursos para la Unificación de Doctrina en Menores	10
b.2.13.	Autos de Aclaración	22
b.2.14.	Error Judicial.	11
b.2.15.	Otras materias (tasaciones de costas, etc.)	17



AUTOS Y PROVIDENCIAS SALA II AÑO 2023



1.2.4 RESOLUCIONES DEL TRIBUNAL SUPREMO DE INTERÉS

1.2.4.1 *Sentencias del Pleno de la Sala Segunda*

Las sentencias pronunciadas por la Sala Segunda como consecuencia de los Plenos Jurisdiccionales convocados durante el año 2023 han sido un total de 31.

1. STS 93/23, de 14 de febrero de 2023

Delito continuado de hurto integrado por una acción constitutiva de un delito menos grave y una acción constitutiva de un delito leve.

Plantea la necesidad de un nuevo ajuste que permita la adecuada articulación aplicativa entre los artículos 74. 1.º y 74. 2.º, ambos del CP.

El delito continuado se construye, expresamente, sobre «infracciones». Y si ello es así nada autoriza a que el resultado en términos de pena exceda del que resultaría de la simple suma de las penas previstas para cada una de ellas. Con la sola excepción, legalmente prevista ex artículo 74.2 CP, de los delitos patrimoniales. En atención, precisamente, al perjuicio total causado.

La regla del artículo 74.2 CP permite, cuando todas las infracciones cometidas constituyen delitos leves pero la suma del perjuicio supera el límite del delito menos grave, castigar con una respuesta penológica superior a la que resultaría de las reglas del concurso real. Como también permite la transformación, por la suma de los perjuicios, de delito menos grave a grave.

En estos casos, el complejo de acciones se castigará atendiendo al perjuicio total causado y, por tanto, de conformidad a la tipicidad resultante de dicha suma.

Pero el principio de legalidad penal no autoriza a ampliar los efectos de esta regla más allá de lo que permite su interpretación estricta: cuando la continuidad no tiene efectos constituyentes de la gravedad de la infracción en atención al perjuicio total causado –grave, menos grave o leve– ningún criterio derivado de la ley penal vigente autoriza a prescindir del principio general de responsabilidad penal por los hechos singulares concretos cometidos.

La cláusula de exacerbación del artículo 74.1 CP solo puede activarse si, en el caso concreto, la pena que resultaría de su aplicación preceptiva corresponde al total de injusto producido y a la culpabilidad manifestada por el autor. De tal modo, junto a la prevención de *bis in idem*, en los términos precisados en el Acuerdo de Pleno Jurisdiccional de 30 de octubre de 2007, en los delitos patrimoniales cuando, a la luz del perjuicio total causado y las condiciones de merecimiento del culpable, la pena imponible por la aplicación de la cláusula de exasperación del artículo 74.1.º CP resulte manifiestamente excesiva por superar la que resultaría del castigo por separado de los distintos delitos que integran la continuidad, tampoco procederá su aplicación, debiendo individualizarse la pena del delito continuado patrimonial en atención a la regla del artículo 74.2.º CP que permite fijar la pena puntual en la extensión más ajustada a la culpabilidad.

A modo de resumen, y como prevención general para evitar el riesgo de pluspunición, en delitos patrimoniales cuando la continuidad se integra por una sola acción constitutiva de un delito menos grave y por una o varias acciones constitutivas de delito leve deberá estarse exclusivamente a la regla especial del artículo 74.2 CP.

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

2. STS 173/23, de 9 de marzo

Sentencia de Pleno que define doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo en relación con el principio acusatorio.

El principio acusatorio no impide que el Tribunal imponga la mínima pena legal cuando las acusaciones pidan erróneamente una pena no imponible por el tipo penal por el que solicitó y se impone la condena, siempre que no exista indefensión para el acusado en lo relativo a la punición aplicada de oficio. Se analizan las STC 47/2020 y 132/2021.

Como reflejo del principio acusatorio, el artículo 789.3 LECrim. dispone la imposibilidad de que una sentencia imponga pena más grave de la solicitada por las acusaciones o condene por un delito distinto de aquel por el que la acusación hubiera calificado los hechos cuando conlleve una diversidad de bien jurídico protegido o mutación sustancial del hecho enjuiciado, siempre que alguna de las acusaciones haya asumido el planteamiento previamente expuesto por el Juez o Tribunal dentro del trámite previsto en el párrafo segundo del artículo 788.3 LECrim.

Dada la jurisprudencia antecedente respecto de la aplicación de este precepto, el Pleno no Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de fecha 2 de diciembre de 2006 plasmó el acuerdo de que: «El tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas en concreto por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancie la causa», que fue posteriormente matizado y aclarado por el Pleno de Sala General de 27 de noviembre de 2007 que, al analizar las posibilidades de imponer pena prevista en la ley y no pedida por la acusación, señaló que: «El anterior Acuerdo de esta Sala, de fecha 2 de diciembre de 2006, debe ser entendido en el sentido de que el Tribunal no puede imponer pena superior a la más grave de las pedidas por las acusaciones, siempre que la pena solicitada se corresponda con las previsiones legales al respecto, de modo que cuando la pena se omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley, la sentencia debe imponer, en todo caso, la pena mínima establecida para el delito objeto de condena».

Conforme a estos Acuerdos, resoluciones posteriores y más recientes de esta Sala, como las SSTS 492/2016, de 8 de junio; 733/2016, de 5 de octubre; o 491/2019, de 16 de octubre, han proclamado que no vulnera el principio acusatorio la aplicación de penas ineludiblemente previstas para el tipo penal por el que se hubiera sostenido la acusación, por más que estas penas hubieran sido olvidadas en la petición de condena. En tales supuestos, el Tribunal no puede eludir la obliga-

ción legal y debe suplir la omisión de pedir una pena legalmente prevista, aunque no sea posible exceder de su mínimo imponible.

Sin embargo, en la sentencia 823/2022, de 18 de octubre, ya se plantea la posibilidad de que la doctrina jurisprudencial pudiera venir condicionada por la STC 47/2020 y que el principio acusatorio obligara a no imponer pena superior a la solicitada por las acusaciones incluso en el caso de que la pena solicitada fuera inferior a la pena legalmente prevista.

Una consideración que se aborda ahora en esta sentencia, con vocación de extraer así un posicionamiento estable sobre el alcance del principio acusatorio y sobre su repercusión en el principio de legalidad penal cuando se proyecta sobre la pena normativamente prevista.

En otras ocasiones ya se había expresado que aun cuando el principio acusatorio no aparece expresamente mencionado entre los derechos constitucionales que disciplinan el proceso penal, ello no es óbice para reconocer como protegidos en el artículo 24.2 CE derechos fundamentales que configuran los elementos estructurales de dicho principio.

En este sentido, la doctrina constitucional ha resaltado la vinculación del principio acusatorio con los derechos constitucionales de defensa y a conocer la acusación, además de conectarlo con la garantía constitucional de la imparcialidad judicial. Al exigirse una congruencia entre la acusación y el fallo de la sentencia, no solo se contempla la posibilidad de que el acusado pueda estructurar una estrategia defensiva frente al total de la decisión que puede afectarle, sino que se resaltan las funciones que en el proceso penal corresponden a la parte acusadora y al órgano de enjuiciamiento, lo que impide que el pronunciamiento judicial pueda ir más allá de la concreta pretensión punitiva de la acusación pues, de otro modo, la autoridad judicial perdería su posición de imparcialidad y se resentiría, también, el derecho del acusado a un proceso con todas las garantías (STC 123/2005, de 12 de mayo, FJ 4; doctrina reiterada, entre otras, en las SSTC 247/2005, de 10 de octubre, FJ 2; 170/2006, de 5 de junio, FJ 2).

Sin embargo, la doctrina constitucional también ha resaltado el principio de legalidad penal, que supone una concreción de diversos aspectos del Estado de Derecho en el ámbito del Derecho estatal sancionador (STC 133/1987, de 21 de julio, FJ 4). El principio de legalidad se vincula con el derecho de los ciudadanos a la seguridad, previsto en la Constitución como derecho fundamental de mayor alcance, pero también con el imperio de la ley como presupuesto de la actuación del Estado sobre bienes jurídicos de los ciudadanos, así

como con la prohibición de la arbitrariedad y el derecho a la objetividad e imparcialidad del juicio de los Tribunales que garantizan los artículos 9.3, 24.2 y 117.1 de la Constitución Española.

Con ello, lo que se suscita es la integración constitucional del principio acusatorio, como exigencia ineludible del pleno ejercicio del derecho de defensa y de que el órgano judicial no abandona la posición imparcial que procesalmente le corresponde, con el principio de legalidad penal, en su manifestación de que no puede imponerse pena distinta de la inicialmente prevista por el legislador para la conducta delictiva que se sanciona y por la que se rigen el resto de individuos del grupo social.

La doctrina constitucional recoge numerosos supuestos en los que el respeto del principio acusatorio no compromete la observancia del principio de legalidad penal, pues la pena interesada por la acusación se ubica dentro del marco punitivo fijado por el legislador para el tipo penal cuya aplicación se reclama.

Así acontece en las SSTC 155/2009, 186/2009, 198/2009 o 205/2009. Para estos supuestos, la doctrina constitucional proclama la imposibilidad de que el Tribunal supere el gravamen que suponga para el acusado la pena reclamada por la acusación, con independencia de que la eventual agravación surja por fijar una mayor extensión de la pena imponible o por imponer una pena alternativa de mayor rigor que la solicitada por las acusaciones. Destaca así el Tribunal Constitucional que *«solicitada por las acusaciones la imposición de una pena dentro del marco legalmente previsto para el delito formalmente imputado, el órgano judicial, por exigencia de los referidos derechos y garantía constitucionales, en los que encuentra fundamento, entre otros, el deber de congruencia entre acusación y fallo como manifestación del principio acusatorio, no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso»*. Y destaca, precisamente, que esta limitación es la que proclama el criterio jurisprudencial de esta Sala Segunda del Tribunal Supremo. Recoge la STC 205/2009, de 23 de noviembre: *«Concluimos poniendo de manifiesto que esta doctrina constitucional sobre el deber de correlación, como manifestación del principio acusatorio, entre la acusación y el fallo en el extremo concerniente a la pena a imponer, en el sentido en que ha quedado expuesta y perfilada, viene a coincidir sustancialmente con el criterio que al respecto mantiene*

actualmente la Sala Segunda del Tribunal Supremo (Acuerdo de la Sala General adoptado en sesión de 20 de diciembre de 2006, precisado por Acuerdo de 27 de noviembre de 2007)».

Sin embargo, existen otros supuestos en los que el principio acusatorio y el principio de legalidad sí entran en conflicto, resultando inconciliable la satisfacción simultánea de ambos.

Para estos supuestos el Tribunal de Garantías, lejos de haber abordado un análisis sobre la preeminencia constitucional entre ambos principios, ha proclamado que la respuesta judicial debe acomodarse a la plena observancia del derecho de defensa. Consecuentemente, proclama que el límite de la petición acusatoria no podrá sobrepasarse, ni siquiera para acomodar la sentencia a las exigencias del legislador, cuando el exceso comporte un vaciamiento sustantivo del espacio de defensa que corresponde al acusado.

En la STC 47/2020, de 15 de junio, el Tribunal Constitucional conocía del recurso de amparo interpuesto por quien fue condenada como autora de un delito de usurpación. La recurrente había sido acusada como autora de un delito leve de usurpación de bienes inmuebles y resultó absuelta por el Juzgado de Instrucción. La Sociedad de Gestión de Activos Procedentes de la Reestructuración Bancaria (SAREB SA), presentó recurso de apelación frente al pronunciamiento absolutorio y solicitó que la acusada fuera condenada como autora del delito leve de usurpación de bienes inmuebles del artículo 245.2 del Código Penal. En ninguno de sus apartados especificó una pretensión punitiva acorde con la calificación de los hechos que sustentó, solicitando únicamente en el suplico que, con estimación del recurso, se condenara a la denunciada a la restitución de la posesión del inmueble en un plazo razonable y, en otro caso, a que fuera desalojada de la vivienda mediante la fuerza pública. Presentado el recurso, el abogado de la acusada presentó un escrito en el que informó al Juzgado de Instrucción de que había desalojado voluntariamente la vivienda, entendiéndose que, en esa situación, el recurso de apelación contra la sentencia carecía de objeto. Pese a todo, el Juzgado de Instrucción tramitó y remitió el recurso a la Audiencia Provincial, que entendió subsumibles los hechos declarados probados en el art. 245.2 CP y, revocando la sentencia absolutoria, condenó a la acusada como autora del delito leve de usurpación, imponiéndole una pena de multa de tres meses en cuota diaria de tres euros, ordenando la restitución de la posesión del inmueble. De inmediato, la acusación presentó un escrito en el Juzgado de Instrucción encargado de la ejecución. En él reconocía la recuperación del inmueble y solicitaba el archivo de las actuaciones, no obstante, lo cual, el Juzgado de Instrucción requirió a la condenada al pago de la multa, como así hizo.

En este supuesto, en el que la acusada había residenciado su defensa a partir del concreto pedimento efectuado por la acusación con ocasión del recurso de apelación interpuesto, el Tribunal Constitucional otorga el amparo afirmando que «*el principio acusatorio requiere, en su contenido constitucional, que la pretensión punitiva se exteriorice en cada una de las instancias, siendo inadmisibles las acusaciones implícitas*».

En parecido sentido se posiciona la STC 132/2021, de 21 de junio. También en este supuesto la superación de las peticiones acusatorias determinaba que el acusado se situara en una situación de completa indefensión. Condenado como autor de un delito contra la salud pública, en su modalidad de sustancias que no causan grave daño a la salud y con la agravación específica de notoria importancia (arts. 368 y 369.1.5 CP), el Juzgado de lo Penal le impuso una pena de dos años prisión y multa de 2.700.000 euros. Tras recurrir la sentencia en apelación y solicitar el Ministerio Fiscal la confirmación de la sentencia, el Tribunal de alzada desestimó el recurso, si bien, aplicando expresamente el Acuerdo no Jurisdiccional de esta Sala de 27 de noviembre de 2007, condujo la pena impuesta hasta el mínimo legal de 3 años y 1 día de prisión, manteniendo la misma cuantía de la multa. El recurso en amparo ante el Tribunal Constitucional se hizo por quebranto del principio acusatorio pero, aun cuando en este supuesto la pena impuesta sí era inferior a la prevista en los tipos penales de aplicación, el Tribunal otorgó el amparo sin entrar a analizar la confrontación entre los principios acusatorio y de legalidad, significando, en lo que aquí interesa: 1.º) Que la pena impuesta era legalmente imponible para el tipo atenuado del artículo 368.2 del Código Penal con la agravación específica aplicada, y que la sentencia de instancia contenía algunas manifestaciones que invitaban a considerar que se había aplicado esta calificación penal, aun cuando no se hubiera reflejado el numeral del tipo atenuado y 2.º) Que el único recurso de apelación que se había analizado en la alzada fue el interpuesto por el acusado, habiendo solicitado el Ministerio Fiscal que se confirmara la sentencia de instancia.

En este supuesto, el Tribunal Constitucional, sin objeción al criterio que esta Sala expresó en su Acuerdo de 27 de noviembre de 2007 pese a haber sido aplicado en la sentencia de apelación, otorgó el amparo por un quebranto de la proscripción de la *reformatio in peius*, evaluando precisamente que la interdicción de una respuesta dañosa al recurrente deriva de su vinculación con la prohibición de indefensión, con el derecho a la tutela judicial efectiva y con el principio acusatorio en la segunda instancia, que se modula respecto a su proyección en la

primera instancia, pero que encuentra su límite precisamente en el empeoramiento de la situación con origen en su propio recurso. Proclamaba el Tribunal Constitucional «*el principio acusatorio requiere, en su contenido constitucional, que la pretensión punitiva se exteriorice en cada una de las instancias, siendo inadmisibles las acusaciones implícitas. Por otro lado, la seguridad jurídica de la condenada sobre la inmutabilidad de la sentencia en su perjuicio, si no media recurso de parte contraria, veda la agravación de oficio, aunque fuera absolutamente evidente su procedencia legal, pues las garantías constitucionales deben prevalecer sobre el principio de estricta sumisión del juez a la ley, incluso para corregir de oficio en la alzada errores evidentes en la aplicación de la misma en la instancia (SSTC 153/1990, de 15 de octubre, FJ 5; 70/1999, de 26 de abril, FJ 8; 28/2003, de 10 de febrero, FJ 5; 310/2005, de 12 de diciembre, FJ 2; 141/2008, de 30 de octubre, FJ 5; 124/2010, de 29 de noviembre, FJ 2, y 246/2010, de 10 de octubre, FJ 5)*».

El posicionamiento es también el observado por la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), de 21 octubre de 2021, en su cuestión prejudicial C-282/20. En ella, el Tribunal proclama que un Tribunal tiene obligación de proceder, en la medida de lo posible, a una interpretación conforme con la normativa nacional relativa a la modificación del escrito de acusación, de manera que en el acto de la vista se permita a la fiscalía subsanar la falta de claridad e integridad de que adolezca el escrito de acusación, de una manera que tenga en cuenta de forma efectiva y eficaz el derecho de defensa de los acusados.

Ello abre la puerta a que, en nuestro ordenamiento jurídico y de manera semejante a la prevista en el art. 733 LECrim., el Tribunal pueda oír a las acusaciones sobre la oportunidad de corregir una pretensión de condena que no incorpore alguna pena que el legislador prevea de obligada imposición para el tipo penal cuya aplicación se reclama. También, sin voluntad de agotar los supuestos, cuando la sanción se solicita por debajo del umbral mínimo legalmente previsto o, incluso, cuando la omisión o el error se proyecte sobre los aspectos que presentan una clara carga aflictiva en penas preceptivas, como acontecería con las cláusulas temporales o espaciales necesarias para imponer la pena de alejamiento.

En todo caso, puesto que la transgresión constitucional deriva de que la actuación procesal lesione de forma efectiva el derecho de defensa de los acusados, no puede concluirse que la omisión de la iniciativa judicial que se ha expuesto vaya a determinar la completa anulación de la pena impuesta en este caso. La doctrina de la Sala

obliga a imponer la pena legalmente prevista en su mínima extensión y gravamen. Consecuentemente, del mismo modo que el mínimo legal resulta del principio de legalidad y no compromete el principio de imparcialidad judicial, tampoco resiente el espacio de defensa de los acusados. Estos solo podrían defender la imposición de una pena inferior al mínimo legal, si cuestionan la calificación hecha por la acusación. Y la posibilidad de la defensa para cuestionar la pretensión de subsunción típica de los hechos formulada por la acusación, nunca está cercenada en estos supuestos. Como tampoco lo está su capacidad para cuestionar el grado de ejecución del delito o el modo de intervención de los partícipes, así como para plantear la eventual concurrencia de circunstancias atenuatorias de la responsabilidad criminal.

En consideración a lo expuesto, se concluyó que debía revalidarse la doctrina de la Sala plasmada en las sentencias que recogen el Acuerdo no Jurisdiccional de esta Sala de 27 de noviembre de 2007.

El principio de legalidad y la ausencia en nuestro ordenamiento jurídico de un espacio en el que se reconozca a las partes una disponibilidad de la pena fuera del marco punitivo previsto por el legislador, determina que, en aquellos supuestos en los que la pretensión punitiva de la acusación omite o no alcanza el mínimo previsto en la ley y tal defecto no sea subsanado en el acto del plenario, la sentencia debe imponer la pena mínima establecida para el delito objeto de condena, siempre que la punición en el margen no petitionado no genere indefensión para la parte; circunstancia que podría apreciarse respecto de penas accesorias o de penas facultativas, pero que no es observable respecto de la aplicación de las penas conjuntas ineludiblemente previstas, salvo que se proyecte sobre cláusulas con contenido aflictivo que vienen exigidas para fijar la pena.

3. STS 179/23, de 14 de marzo

Casación contra sentencias dictadas en apelación por la Audiencia Provincial. Solo es factible hacer uso del art. 849.1.º LECrim lo que implica absoluto respeto a la valoración probatoria tal y como ha cristalizado tras la sentencia de apelación. Las aseveraciones fácticas contenidas en la fundamentación jurídica, si son favorables al reo, no pueden ser ignoradas en un recurso *ex art.* 849.1.º Los elementos subjetivos pertenecen a la *quaestio facti*. No cabe su revisión a través del art. 849.1.º LECrim.

4. STS 454/23, de 14 de junio

A efectos de inicio del cómputo del plazo para interponer recurso contra una sentencia ha de estarse a la fecha de la última notificación a las partes personadas. El plazo no se puede prolongar esperando otras notificaciones o comunicaciones a quienes, por no ser parte, no podrían recurrir en ningún caso.

Se trata de determinar:

a) Si los plazos para recurrir transcurren en paralelo para cada parte desde su notificación individual o hay que esperar a la última comunicación para que se inicie un plazo que, de esa forma, será común, sin que ninguna parte pueda obtener ventaja o perjuicio derivados de la disparidad cronológica en el acto de notificación.

b) Establecido que es la última notificación la que marca el *dies a quo* para todas las partes, ha de precisarse si se piensa también en las comunicaciones que la Ley obliga en determinados casos a efectuar a terceros que no son parte procesal (no solo víctimas y perjudicados; en ocasiones es notificación es obligada a otras instituciones o personas).

Lo primero no es discutible en el procedimiento ordinario por la clara dicción de la Ley. Ha sido objeto de debate en el procedimiento abreviado, pero nunca en el procedimiento ordinario. Pero lo segundo sí que aparece como no asumible.

No tiene sentido y sería tremendamente disfuncional que el plazo para recurrir quede abierto en tanto no se notifica la sentencia a todos los perjudicados, víctimas o interesados, aunque no estén personados. La disposición se entiende cuando está abierta la posibilidad de impugnación, es decir, cuando penden notificaciones a partes legitimadas para recurrir.

Por eso puede tener sentido cuando no se le ha comunicado aún la resolución a quien no está personado, pero goza de legitimación para recurrir y se establece la necesidad de notificarle. Pero no puede admitirse en otros casos (vid ATS 3213/2023, de 22 de marzo).

Así ha tenido ocasión de proclamarlo la Sala con ocasión de algunos recursos de queja, por cierto, siempre con el aval y refrendo del dictamen evacuado por el Ministerio Fiscal.

La lectura atenta de los arts. 211 y 212 LECrim. alienta esa exégesis que ha de considerarse extensible a todas las situaciones similares (plazos para recurrir). El art. 211 habla de la notificación a los que sean parte en el juicio. Y el art. 212, al regular los plazos, se refiere a la última notificación hecha a los que expresa el artículo anterior, es

decir a quienes sean parte en el juicio. No puede pensarse que el apartamiento, de puro estilo, de esa fórmula en el párrafo siguiente, suponga la voluntad de fijar un régimen distinto para la casación.

1.2.4.2 *Otras sentencias de la Sala Segunda del TS*

1. STS 261/24, de 18 de marzo

Resuelve el recurso del Ministerio Fiscal considerando que las defraudaciones del IVA inferiores a 120.000 euros en el fraude carrusel son delito de estafa.

La sentencia, acogiendo el recurso del MF, dice:

Cuestión distinta es el razonamiento del Fiscal recurrente referido a la existencia de un delito de estafa del art. 248 del CP que –ya anticipamos– resulta correcta. La Sala no puede compartir la interpretación que postula la sentencia de instancia y que ha sido avalada por el Tribunal Superior de Justicia. Sostener que cuando el importe de lo defraudado –o lo intentado defraudar– no alcanza la condición objetiva de punibilidad prevista en el art. 305.1 del CP la defraudación es impune, es contrario a las reglas de interpretación del concurso de normas y, sobre todo, se opone a la idea tan elemental de que la maniobra engañosa que activa el acto dispositivo de la Hacienda Pública en favor del autor y en perjuicio del erario público colma las exigencias típicas del delito previsto en el art. 248 del CP.

La sentencia que es objeto de recurso –en línea con lo que ya ha resuelto en anteriores precedentes el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana– sostiene que «... nos encontramos ante un concurso de normas, y para evitar consecuencias injustas nuestro propio Código Penal nos ofrece la solución en su artículo 8 mediante la aplicación del principio de especialidad». Es así como concluye que al ser *lex specialis* el delito contra la Hacienda Pública (art. 305.1 CP) y no concurrir todos los elementos de su estructura típica –la defraudación obtenida y la que no alcanzó los 120.000 euros que incorpora aquel precepto como condición objetiva de punibilidad– se impone la absolucón, sin que quepa otro tratamiento jurídico que el que ofrece el derecho administrativo sancionador.

La Sala no coincide con esa visión de la relación de especialidad, conforme a la cual, excluida la concurrencia de los elementos que definen el tipo especial, se impondría de forma indefectible, como obligado desenlace, la absolucón por falta de tipicidad. No es ese el sentido del concurso de normas tal y como se regula en el art. 8 CP.

No es cuestión pacífica delimitar conceptualmente cada una de las formas del concurso de normas. De hecho, entre las relaciones de especialidad y subsidiariedad no faltan puntos de coincidencia que, en no pocas ocasiones, han contribuido a oscurecer la respuesta jurisdiccional. Sea como fuere, lo que debe estar fuera de toda duda –pese al arraigo de ese sintagma histórico– es que la ley especial sólo deroga a la ley general cuando aquella puede abarcar en su porción de injusto todos los elementos objetivos y subjetivos de la acción a calificar. Si no es así –como sucede en el presente caso, al faltar la condición objetiva de punibilidad exigida por el tipo especial– se impone un segundo juicio de tipicidad con arreglo a la ley general, en este caso, el delito de estafa. Y es que la relación de especialidad surge precisamente cuando un tipo penal contiene todos los elementos del otro, pero su estructura típica se enriquece con algún añadido que hace explicable la razón de un tratamiento punitivo distinto que, en función del bien jurídico, puede ser atenuatorio o agravatorio. Conforme a esta idea, es evidente que la realización del tipo especial implica una forma específica y singularizada de lesión del tipo general que incrimina las defraudaciones.

Aun cuando existan elementos no coincidentes en la estructura típica de uno y otro tipo de fraude, la jurisprudencia ha proclamado esa forma de entender la relación de especialidad, referida al delito de fraude de subvenciones del art. 308 CP, en numerosos precedentes. Y estos son perfectamente aplicables al supuesto que nos ocupa.

En efecto, la STS 354/2022, 6 de abril, razonaba que quien *«... solicita y obtiene una subvención y destina la totalidad o parte de lo recibido a su personal enriquecimiento sin emplearla a los fines para los que fue concedida, si se cumplen todos los requisitos de la apropiación indebida, no puede quedar impune por el hecho de que lo defraudado no alcance el monto que como límite mínimo fija el art. 308. La relación de especialidad para resolver el concurso entre la apropiación indebida y el fraude de subvenciones no siempre ha de resolverse en favor del art. 308 del CP»*.

La STS 439/2020, 10 de septiembre, calificó como un delito continuado de estafa agravada un supuesto de fraude de subvenciones a la Junta de Andalucía en el que la ausencia de una voluntad acreditada de aplicar los fondos obtenidos al fin que justificaba la subvención – en eso consistió el engaño– había prevalecido sobre cualquier otra finalidad.

También estimó correcta la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de estafa la STS 1030/2013, 28 de noviembre, referida a la actividad fraudulenta de una entidad colaboradora entre

empresa solicitante de subvención para impartición de cursos gratuitos de formación a trabajadores y la Administración, ya que estuvo ausente desde el principio la más mínima intención de desarrollar la actividad para la que solicitaba la subvención. Dijimos entonces que *«... el delito de estafa opera en los casos en que la ilicitud no radica tanto en falsear u ocultar las condiciones para la consecución de la subvención, ayuda o disfrute de la desgravación, sino en el desplazamiento patrimonial estando totalmente ausente la intención de destinar los fondos al fin para el que fueron otorgados. En cambio, puede apreciarse el delito de fraude de subvenciones, cuando la finalidad del agente tiene consonancia con la legalidad: se constata un propósito de destinar los fondos al motivo para el que fueron otorgados, aunque no se tiene reparo en falsear u ocultar las condiciones requeridas para su consecución»*.

Esta idea inspiró también, con algunos matices, la solución ofrecida por las SSTS 146/2018, 22 de marzo, y 234/2019, 8 de mayo, de suerte que habrá estafa cuando el agente utilice el mecanismo de las prestaciones como simple instrumento engañoso para llevar a cabo una defraudación, siendo su único propósito el de lucrarse con unos fondos cuyo cobro no le corresponde.

Esa relación de especialidad que liga al delito de estafa y, en este caso, el fraude de prestaciones a la Seguridad Social previsto en el art. 307 ter CP, fue también proclamada en las SSTS 355/2020, 26 de junio; 42/2015, 28 de enero; 425/2017, 13 de junio; y 146/2018, 22 de marzo.

Por consiguiente, la relación concursal entre el delito contra la Hacienda Pública del art. 305.1 CP –obtención indebida de devoluciones del IVA– y el delito de estafa –art. 248 CP–, en aquellas ocasiones en las que el importe de lo defraudado no asciende a 120.000 euros, ha de resolverse con la misma inspiración que anima los precedentes que han sido objeto de análisis. Cuando el autor despliegue una conducta fingida, sin cobertura real, animada por el exclusivo deseo de aparentar una actividad que no existe, que no tiene un veraz reflejo contable, la obtención de una ganancia inferior a aquella cantidad –o el simple intento de lograrla– habrá de ser calificado como constitutivo de un delito de estafa. Carecería de toda lógica que una conducta netamente defraudatoria, capaz de provocar un acto dispositivo a favor de quien maquina el engaño que le permite obtener una cantidad de 119.999 euros, resultara impune porque la perjudicada es la Hacienda Pública y porque los fondos son el resultado de una liquidación que nunca debió haberse aceptado porque ni se había soportado ni había sido

repercutido el IVA. Más allá de la suscripción del modelo 036 de declaración de alta de la actividad todo era una estratégica ficción.

En el caso presente, como expresa el relato de hechos probados, el acusado «... se ha dedicado a la creación de sociedades instrumentales, que carecen de actividad mercantil real y que no efectúan ninguna operación comercial ni empresarial (al no constar pagos a trabajadores ni declaraciones de ingresos y pagos a los clientes y proveedores), con la única y exclusiva finalidad de obtener devoluciones indebidas en el impuesto sobre valor añadido». Sigue razonando la sentencia de instancia que «... estas sociedades instrumentales no tienen ningún activo, y únicamente disponen de una cuenta bancaria abierta con la única finalidad de cobrar la devolución solicitada del IVA, en la que es ingresado el dinero procedente de la misma, la cual es vaciada inmediatamente después de recibir el metálico en la misma; constando que dicho metálico es retirado en efectivo el mismo día en el que produce el ingreso de la devolución del IVA o en el inmediato posterior. En cuanto a las cuentas bancarias relativas al año 2014 en las que no se ha procedido a efectuar las devoluciones solicitadas, normalmente no existen movimientos bancarios».

La sentencia que es objeto de recurso descarta la calificación de los hechos como constitutivos de un delito de estafa. Entiende que el art. 305.1 del CP es de aplicación preferente. Cita en apoyo de esa tesis la sentencia de esta Sala núm. 89/2019, 19 de febrero, que, en un supuesto de obtención indebida de devoluciones por encima de 120.000 euros, rechazó la calificación de los hechos como constitutivos de un delito intentado de estafa y condenó al acusado como autor de cinco delitos contra la Hacienda Pública en grado de tentativa.

Esta resolución, sin embargo, no ofrece una respuesta, por su singularidad, al hecho que centra nuestra atención. De lo que allí se trataba era de dilucidar si una conducta esencialmente defraudatoria, que habría permitido al autor alcanzar un rendimiento económico superior a los 120.000 euros que, sin embargo, no llegó a lograr, ha de ser subsumida en el delito de estafa continuado o en el delito fiscal en tentativa previsto en el art. 305.1 del CP. La resolución a la que nos referimos aborda, pues, un problema que no es el que ahora se suscita.

La sentencia recurrida, dictada por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, no se plantea el tratamiento jurídico de aquellos supuestos en los que se defrauda una cuantía superior a aquel tope cuantitativo, sino que responde negativamente a la posibilidad de subsunción de los hechos fraudulentos en el delito de estafa cuando no se colma la condición objetiva de punibilidad.

El estado actual de la jurisprudencia no ofrece, por tanto, apoyo a un desenlace absolutorio en el que el razonamiento se base en calificar como ley especial el delito contra la Hacienda Pública del art. 305.1 CP para, a continuación, en aquellos casos en los que el importe defraudado –o intentando defraudar– no alcance los 120.000 euros, en lugar de subsumir el hecho en el precepto general –en este caso, la estafa del art. 248 CP– se proclame la atipicidad de la conducta.

Por consiguiente, XXX desplegó una conducta defraudatoria con visible impacto en el erario público. Concluir la atipicidad de esos hechos en los que tanto la Audiencia Provincial como el Tribunal Superior de Justicia detectaron los elementos definitorios del delito de estafa, supone malinterpretar el significado del concurso de normas previsto en el art. 8.1 CP.

2. Cita de otras sentencias

– STS 849/23. Resuelve los recursos de casación de una de las causas conocidas como Caso Gürtel.

– STS 873/23. Resuelve el recurso de casación respecto de los atentados terroristas en Cataluña.

– STS 774/23. Resuelve el recurso de casación por presunto delito fiscal de un conocido jugador de fútbol.

– STS 943/23. Resuelve el recurso de casación pronunciándose acerca de la derogación del art. 182 CP.

1.2.5 SENTENCIAS QUE ABORDAN LA REVISIÓN DE PENAS IMPUESTAS EN SENTENCIA FIRME CONSECUENCIA DE LA LO 10/22

En el año memorial, se han dictado por el Pleno las siguientes sentencias: STS 433/23 y 434/23, de 7 de junio; STS 437/23, 438/23, 439/23, 440/23 y 441/23, todas ellas de 8 de junio; STS 453/23, 459/23, 460/23 y 461/23, de 14 de junio; STS 470/23 y 473/23, de 15 de junio; STS 475/23 de 16 de junio; STS 480/23 y 481/23 de 20 de junio; STS 487/23 de 21 de junio; STS 501/23 de 23 de junio; STS 523/23, 524/23, 525/23 y 529/23, todas del 29 de junio; STS 536/23 de 3 de julio; STS 556/23 de 6 de julio; STS 566/23, 569/23 y 570/23 de 7 de julio.

Se destacan los siguientes pronunciamientos contenidos en la STS núm. 523/2023, de 29 de junio, por el interés de los extremos que se abordan en esta resolución:

Se trataba de un recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra un auto por el que se acordaba revisar la pena impuesta a un condenado por delitos de agresión sexual, con violencia y penetración, como consecuencia de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre.

Consideró el Tribunal Supremo que la pena resultante de la nueva regulación, hoy ya intermedia, resultaba más favorable y, en consecuencia, que dicha revisión era procedente. En este sentido, entiende que no resultan de aplicación las disposiciones transitorias contenidas en la LO 10/1995, de 23 de noviembre, por la que se aprobaba el Código Penal pues, aunque no están formalmente derogadas, se trata de normas de carácter temporal que decayeron en su vigencia una vez desaparecidos los supuestos que disciplinaban (los delitos y faltas cometidos hasta el día de su entrada en vigor, hubieran sido o no enjuiciados). De este modo, cuando el legislador en una reforma penal opta por no establecer normas transitorias específicas opera «por defecto» el régimen previsto en el artículo 2.2 del Código Penal, cuya aplicación en tales casos no necesita complemento alguno por contener una regulación explícita.

Mantiene la Sala II que la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, introdujo un nuevo modelo o paradigma en el castigo de los delitos contra la libertad sexual, residiendo el eje de la conducta antijurídica en la falta de consentimiento de la víctima, con independencia o prescindiendo de los diferentes medios comisivos a través de los cuales se perpetren (violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad, vulnerabilidad de la víctima o cuando se cometan sobre personas que se hallen privadas de sentido, de cuya situación mental se abusare o cuando tuviere anulada por cualquier causa su voluntad), estableciendo indiferenciadamente y para todos ellos un mismo marco punitivo en abstracto, en lo que constituyó un paréntesis en nuestros textos penales debido a la posterior promulgación de la LO 4/2023.

Así las cosas, se argumenta por el TS que, impuesta en la sentencia firme la pena mínima legalmente prevista al condenado, resulta correcto el proceder de la Audiencia Provincial al revisar la misma y sustituir aquella por la prevista como mínima legalmente posible en la nueva regulación puesto que la existencia de violencia en la conducta del condenado, antes y después, constituía un elemento comprendido en el tipo penal aplicado, inhábil por sí mismo para justificar la imposición de una pena mayor. Esta última sí podría fundamentarse en la intensidad de la violencia concretamente desplegada. Pero esa posibilidad, procedencia incluso, existente también en la legislación previa, resultó ya ponderada en la sentencia firme que se ejecuta, sin que con

motivo de la entrada en vigor de la ley posterior, deba efectuarse, tras la firmeza de la sentencia, un nuevo juicio al respecto.

En cualquier caso, se estimó parcialmente el recurso, toda vez que, aplicada la nueva norma, esta debe serlo en su integridad y, en consecuencia, también debieron imponerse las penas accesorias desde entonces previstas en el artículo 192.3 del Código Penal.

Esta sentencia, no obstante, contó con varios votos particulares de los que se destacan los siguientes razonamientos sacados de los mismos:

a) Según uno de esos votos particulares, 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. El mantenimiento del *nomen* del delito no supone la identidad de la tipicidad.

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 han despenalizado comportamientos, ni siquiera el legislador se decanta por una necesaria menor penalidad, que sí se ha elevado en algunos supuestos.

El juicio de revisión 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, se ha de proceder a comprobar

la legalidad de la pena impuesta y su acomodación a la nueva previsión legislativa en aspectos no relacionados con la individualización.

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.

b) Otro de los votos particulares sostuvo que, apreciada la condición de norma más favorable, la revisión de una sentencia que impuso el mínimo punitivo de la norma derogada, no aboca inexorablemente a optar por el reubicado suelo penal.

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 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 son circunstancias que el legislador 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 parece correcta esa perspectiva.

Que la nueva norma haya variado el marco penológico reduciendo su base no lleva 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.

c) Finalmente, según el último de los mencionados votos particulares, resulta necesario acomodar el art. 2.2 CP 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 confor-

midad como desarrolla el TEDH el art. 7 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

De esta manera, para decidir si ha habido una aplicación retroactiva de una pena en perjuicio de un acusado, el TEDH 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).

Se remarca así que 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).

En la comparación en concreto, 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.

En esa tarea comparativa, la conducta y su contexto son de ayer, pero la valoración, los criterios axiológicos y sus conocimientos que la sustentan son de hoy, debiendo atender a en qué medida la reforma muestra un cambio valorativo relevante en la perspectiva penal de un mismo tipo de conducta; es decir, que hemos de adentrarnos, con criterios actuales, a revalorizar cuando menos la gravedad del hecho, siendo ello necesario para concluir la proporcionalidad o desproporción de la pena, de conformidad con los nuevos valores tributarios de la reforma.

De conformidad con lo expuesto, en la reforma objeto de examen, 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 arcos punitivos tan amplios, deriva de la eliminación de 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.

Así, dado que se entienden aplicables los arts. 178 y 179, resulta impropio atenerse para ponderar la norma más favorable 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.

Por ello, aunque ciertamente se atienda 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, pues de lo contrario se obvia el cambio cualitativo de la norma y se prescinde de la valoración de la gravedad de los hechos enjuiciados frente a esa nueva norma. Esa es la exigencia derivada del método comparativo en concreto que establece la jurisprudencia del TEDH, al que se ha aludido. 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.