



Roj: **STS 3625/2024 - ECLI:ES:TS:2024:3625**

Id Cendoj: **28079120012024100649**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **27/06/2024**

Nº de Recurso: **10961/2023**

Nº de Resolución: **686/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 686/2024

Fecha de sentencia: 27/06/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10961/2023 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 25/06/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IPR

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

RECURSO CASACION (P) núm.: 10961/2023 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 686/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 27 de junio de 2024.

Esta sala ha visto el recurso de casación con el número **10961/2023** interpuesto por **EL MINISTERIO FISCAL**, contra el Auto de fecha 11 de enero de 2023, dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid recaído en la Ejecutoria Penal Expediente de Ejecución nº 111/2013 que acordó revisar la sentencia de fecha 5 de marzo de 2013 de dicha Sección por razón de la entrada en vigor de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre. Ha sido parte recurrida Nicanor representado por el Procurador Sr. D. Juan José Cebrián Badenes y bajo la dirección letrada de D. José Santiago Marín Serrano.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid dictó Auto de fecha fecha 11 de enero de 2023 de revisión sentencia tras la reforma LO 10/22 cuyos Antecedentes rezan así:

"**PRIMERO.-** Por sentencia de 5-3-2013, devenida firme, condenamos a Nicanor , como responsable en concepto de autor de un delito continuado de los artículos 183.1.2 y 3, y 74 del Código penal, a las penas de 13 años, 6 meses y un día de prisión, inhabilitación absoluta, y prohibición durante 23 años, 6 meses y un día de acercarse y comunicarse con Florinda , y obligación de indemnizarla con 6.000 euros, y al pago de las costas. Penas interesadas por el Fiscal, a las que se adhirió la defensa.

Por auto de 27-11-2015 acordamos sustituir la pena de prisión por la expulsión del penado del territorio español durante diez años, cuando accediera al tercer grado o se le concediera la libertad condicional.

SEGUNDO.- Tras la entrada en vigor de la Ley orgánica 10/2022, que modifica el Código penal, Nicanor solicita la revisión de la pena impuesta.

Conferido traslado de la solicitud, el Fiscal se opone a la revisión, ya que la pena de 13 años, 6 meses y un día de prisión es también imponible con el actual artículo 181.1.2 y 3 del C.p."

SEGUNDO.- El Auto contiene la siguiente Parte Dispositiva:

" **LA SALA ACUERDA: REVISAR** la condena impuesta en la sentencia de 5 de marzo de 2.013, recaída en el sumario ordinario 12/2012, del que dimana la presente ejecutoria, y fijar la pena de prisión en 12 años, 6 meses y un día.

Notifíquese la presente resolución en la forma señalada en el art. 248.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, con instrucción a las partes de que la misma no es firme y que contra ella cabe interponer recurso de apelación del que conocería el tribunal superior de Justicia de Madrid, a interponer en el plazo de los diez día hábiles siguientes a su notificación, ante esta Audiencia Provincial."

TERCERO.- Notificado el Auto, se preparó recurso de casación por el Ministerio Fiscal que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los siguientes motivos de casación:

Motivos alegados por el Ministerio Fiscal.

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida de los arts. 181.1.2. y 3 y 74 CP. en la redacción introducida por la LO 10/2022 de 6 de septiembre. **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849 LECrim por inaplicación indebida del art. 192.3º CP según redacción dada por la LO 10/2022 de 6 de septiembre.

CUARTO.- La representación procesal de la parte recurrida, Nicanor , impugnó los motivos del recurso. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 25 de junio de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- El recurrente fue condenado por un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal de los arts 183.1, 2 y 3 CP de los que fue víctima una menor con la que venía conviviendo durante buena parte de los sucesos que se prolongaron en el tiempo. La sentencia impuso una pena de trece años, seis meses y un



día. Había sido aceptada por el acusado que mostró su conformidad con la petición del Fiscal propiciando un juicio con contradicción muy limitada.

SEGUNDO.- La Audiencia ha procedido a la revisión de la pena en virtud del art. 2.2 CP con motivo de la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, disminuyéndola ligeramente entendiendo que la imposición del mínimo legal obliga tras la reforma a buscar el nuevo suelo más bajo.

TERCERO.- Es correcto su razonamiento, pero yerra en la subsunción jurídica efectuada con arreglo a la ley intermedia: la reforma de 2021 alumbró un nuevo subtipo agravado en estas infracciones penales basado en el aprovechamiento de una situación de convivencia. Existía tal relación entre la menor y su agresor en muchos de los episodios objeto de condena: El razonamiento del Fiscal, basado en ese dato, es impecable. La pena con la ley intermedia sería más grave:

"En efecto, atendidos los hechos declarados probados, conforme a la regulación dada por la LO 10/22, tendrían su encaje en los siguientes preceptos sustantivos:

- Art. 181.1 CP (realizar actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, pena de 2 a 6 años);
- Art. 181. 2 CP (conurrencia alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178 (violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad, pena de 5 a 10 años);
- Art. 181. 3 CP (cuando el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías, pena de 10 a 15 años [por referencia al apartado 2 del precepto];
- Art. 181. 4 e) CP (cuando el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia, pena en su mitad superior, esto es, de 12 años y 6 meses a 15 años);
- Art. 74 CP CP (pena en su mitad superior hasta la mitad inferior de la pena superior en grado, esto es, pena en todo caso superior a 13 años y 9 meses)".

La convivencia, en efecto, es objeto de mención autónoma en el art. 181.4 e) CP a partir de la modificación del Código Penal en 2021 (LO 8/2021, de 4 de junio). Sin duda se identifica en los hechos enjuiciados un *aprovecharla* relación de convivencia, antes no contemplado en los subtipos agravados.

El motivo ha de ser estimado. No es más favorable la legislación reformada. Por tanto, no procede la revisión.

La estimación de este primer motivo vacía de contenido.

CUARTO.- No procede condena en costas (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1. ESTIMAR el recurso de casación interpuesto por el **MINISTERIO FISCAL**, contra el Auto de fecha 11 de enero de 2023, dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid recaído en la Ejecutoria Penal Expediente de Ejecución nº 111/2013 que acordó revisar la sentencia de fecha 5 de marzo de 2013 de dicha Sección por razón de la entrada en vigor de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre.

2. Declarar de oficio el pago de las costas.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García

Carmen Lamela Díaz Leopoldo Puente Segura

Javier Hernández García

RECURSO CASACION (P) núm.: 10961/2023 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García



Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 27 de junio de 2024.

Esta sala ha visto la casación en incidente de revisión de condena contra el auto de fecha 11 de enero de 2023 dictado por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Madrid, recaído en el expediente de Ejecución nº 111/2013 que acordó revisar la sentencia de fecha 5 de marzo de 2013 por razón de entrada en vigor de la Ley 10/2022 de 6 de septiembre, resolución que ha sido casada y anulada por Sentencia dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los Antecedentes del Auto recurrido.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Las razones consignadas en la sentencia de casación ponen de manifiesto la improcedencia de una revisión de condena: la ley posterior no es más favorable.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Dejar sin efecto la revisión acordada manteniendo la eficacia plena de la sentencia dictada en su día.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez Antonio del Moral García

Carmen Lamela Díaz Leopoldo Puente Segura

Javier Hernández García