



Roj: **STS 2296/2024 - ECLI:ES:TS:2024:2296**

Id Cendoj: **28079120012024100357**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2024**

Nº de Recurso: **10386/2023**

Nº de Resolución: **384/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 384/2024

Fecha de sentencia: 09/05/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10386/2023 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/05/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Audiencia Provincial Madrid. Sección Tercera

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

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10386/2023 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 384/2024

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 9 de mayo de 2024.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 10386/2023, interpuesto por el condenado **D. Gabino** representado por la procuradora D^a. María Abellán Albertos, bajo la dirección letrada de D. Bernardo Bermejo Gamazo contra el Auto de fecha 14 de febrero de 2023 dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, sección tercera (Ejecutoria Penal 40/2017), por el que se acuerda la no revisión de la condena impuesta al recurrente en la Sentencia núm. 625/2016 dictada por ese Tribunal Provincial, en fecha 25 de octubre de 2016, en el Procedimiento sumario ordinario 567/2016, que le condenó como autor penalmente responsable de un delito de violación.

Es parte el **Ministerio Fiscal**.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 19 de Madrid incoó Sumario núm. 1/2015 por delitos de agresión sexual y robo contra Gabino ; una vez concluso lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya sección tercera (Procedimiento ordinario 567/2016) dictó Sentencia núm. 625/2016 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"De la apreciación de las pruebas practicadas **RESULTA PROBADO Y ASI SE DECLARA**:

El día 29 de septiembre del año 2014, sobre las 13 horas, el procesado Gabino , cuyas circunstancias personales ya constan, accedió al apartamento sito en el número NUM000 de DIRECCION000 , en Madrid, en el que Sofía ejercía la actividad de prostitución y con la que había acordado esa misma mañana, a través de una tercera persona, un servicio sexual.

Ya en el interior del piso Gabino entregó a Sofía la cantidad de ciento veinte euros, que le fue solicitada por el servicio, y tras consumir una bebida alcohólica, y lavarse ambos, cuando Sofía procedía a colocar un preservativo a Gabino éste la increpó diciéndola sudaca de mierda, puta, yo no tengo que esperar por ti, y que no utilizaría preservativo para mantener la relación sexual ya que siempre lo hacía sin él, replicando Sofía , que ella no prestaba servicios sexuales de esa clase y que se marchara del piso, llegando incluso a entregarle los 120 euros recibidos antes, momento en el que Gabino se dirigió a donde había dejado un bolso, de los conocidos como riñonera, del que extrajo un objeto cortante y punzante, tipo cuchillo o navaja, de unos quince centímetros de hoja, que colocó en el cuello de Sofía al tiempo que la agarraba del pelo, y con el propósito de satisfacer su deseo sexual la penetró vaginalmente, abandonando seguidamente el piso, lo que trato de impedir Sofía situándose delante de la puerta de salida, siendo empujada por Gabino que pudo así salir.

Sofía resultó con causa en los hechos expuestos con eritema contusivo superficial en región cervical derecha y eritema contusivo en codo derecho, de los que curó a los dos días sin estar impedida para sus ocupaciones, sufriendo además un cuadro ansioso depresivo que precisa para su curación de medicación y tratamiento psicoterápico."

SEGUNDO.- Audiencia que dictó el siguiente pronunciamiento:

"Que debemos **ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** a Gabino del delito de robo con violencia del que venía acusado por la Acusación Particular, declarando de oficio la mitad de las costas procesales.

Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** a Gabino como responsable penal, en concepto de autor, de un delito- de violación cualificado por el uso de armas ya definido, sin la, concurrencia. de circunstancias modificativas de lá responsabilidad criminal, a la penas de prisión de doce años, con la accesoria de inhabilitación absoluta, prohibición de aproximarse a Sofía , a su domicilio y lugar de trabajo o cualquier otro que. frecuente a una distancia no inferior a quinientos metro, así como comunicarse con ella por cualquier medio durante el plazo de quince años, la medida de libertad vigilada con una duración de siete años, y pago de la mitad de las costas procesales incluyendo en la parte correspondiente las de la Acusación Particular.

Por vía de responsabilidad civil Gabino indemnizará a Sofía en la cantidad de veinticinco mil cien euros (25.100) que devengarán el interés previsto en el artículo 576 de la LECiv..

Contra esta resolución cabe interponer recurso de casación ante el Tribunal Supremo por término de cinco días a partir de la última notificación"

TERCERO.- Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, que modifica el Título VIII, Libro II del Código Penal, el condenado solicitó la revisión de la sentencia condenatoria, dictándose auto en fecha 14 de febrero de 2023, con el siguiente fallo:



" **No ha lugar a revisar** la pena impuesta a Gabino en la Sentencia de 25 de octubre de 2016, declarada firme el 3 de mayo de 2017.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y a las partes y de modo personal al penado haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma se podrá interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal que deberá ser preparado ante este Tribunal en el plazo de los 5 días siguientes al de la última notificación."

CUARTO.- Contra el anterior Auto, el condenado Gabino anunció su propósito de interponer recurso de casación, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente Rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- El recurrente basa su recurso de casación en el siguiente motivo:

Motivounico.- Por infracción de ley al amparo del artículo 849.1 de la L.E.Cr., por inaplicación de precepto penal o norma jurídica del mismo carácter que deba ser observada en aplicación de la ley penal.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción el Ministerio fiscal solicita la inadmisión, y subsidiariamente su desestimación. La Sala admitió el recurso a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 8 de mayo de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO MOTIVO, POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º, LECRIM : INDEBIDA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2.2 Y DE LOS ARTÍCULOS 179 Y 180, AMBOS, CP SEGÚN REDACCIÓN DE LA L.O 10/22

1. La representación del Sr. Gabino combate la resolución de la Audiencia Provincial por la que se deniega revisar a la baja la pena en su día impuesta. En apretada síntesis, se reprocha la no aplicación retroactiva de la ley penal favorable que en este caso es la ley intermedia al reducir el umbral mínimo de la pena imponible a siete años de prisión.

2. El motivo debe prosperar.

Cuando se produce la modificación de la norma penal vigente al momento de producción de los hechos justiciables, objeto del proceso, debe examinarse con especial detenimiento el grado de continuidad o de sucesión de ilícitos entre la nueva norma y la reformada. Y ello para determinar, por un lado, si los respectivos núcleos de prohibición se mantienen, se reducen, se precisan o se amplían y, por otro, las correspondientes correlaciones punitivas.

En el primer caso, cuando existe continuidad, procederá aplicar la norma que contenga una menor respuesta punitiva.

En el segundo, deberá determinarse si el efecto reductor deja fuera de la nueva tipicidad a la acción o alguna modalidad de acción de las contempladas en el tipo modificado. Si es así, se impone, como consecuencia del principio de retroactividad de la ley penal más favorable, declarar la destipificación sobrevenida de la conducta por la entrada en vigor de la nueva ley.

En el tercer supuesto, -el de la precisión del significado de los elementos normativos o descriptivos del tipo ya utilizados en la norma reformada- deberá evaluarse si las nuevas precisiones son meras reglas de fijación o, por el contrario, incorporan componentes aditivos a las, hasta ese momento, condiciones de aplicación del tipo. En el cuarto caso, deberá comprobarse si, pese a la ampliación del tipo objetivo a nuevas conductas típicas, cabe, no obstante, la aplicación de la nueva ley penal por contemplar consecuencias penales más beneficiosas que la ley derogada.

Pero lo que no cabe en modo alguno es mantener dos tipificaciones sin trazar las relaciones internas de conservación o modificación que se derivan de la entrada en vigor de la norma posterior. La norma anterior solo pervive con relación a los hechos cometidos bajo su vigencia si, por un lado, la nueva norma no ha reducido su espacio de prohibición o estrechado sus condiciones aplicativas y, por otro, su aplicación, en términos penológicos, sigue resultando más favorable para la persona acusada.

3. Ahora bien, esa labor comparativa, en los procesos de revisión, debe hacerse desde la ley aplicada a los concretos hechos que se declaran probados. No cabe, por tanto, comparar marcos normativos abstractos.



El tribunal encargado de determinar si la nueva ley es o no más favorable debe partir del concreto juicio de tipicidad construido con base a la norma derogada que mereció el hecho probado y no de las alternativas típicas que dicho marco ofrecía.

En el caso, el tribunal calificó los hechos que se declaran probados como constitutivos de un delito de agresión sexual agravada de los artículos 178, 179 y 180.1.5, todos ellos, CP (texto de 2010), identificándose una nítida continuidad de ilícitos con los previstos en los artículos 178.2, 179 y 180.1. 6º, todos ellos CP (texto de 2022).

4. Partiendo de dicha continuidad, la cláusula de retroactividad invocada obliga a determinar si la ley posterior resulta, en términos punitivos, más favorable.

Y, en efecto, lo es.

El tribunal de instancia, a la luz de la ley vigente al tiempo de los hechos, decidió fijar la pena en su umbral mínimo -doce años de prisión-. Límite que con la Ley intermedia pasa a situarse en siete años de prisión.

En lógica consecuencia, derivada de la aplicación del artículo 2.2 CP, el reproche debe situarse en el nuevo mínimo fijado en la norma intermedia que, por ello, se convierte en norma más favorable, -vid. STS, de Pleno, 523/2023, de 29 de junio-.

5. En este sentido, debe recordarse que a efectos de revisión ha de partirse de los hechos declarados probados para determinar la continuidad normativa de ilícitos y, con ella, valorar si la nueva norma puede considerarse más beneficiosa porque no introduzca nuevos elementos agravatorios que no pudieron ser tomados en cuenta por el tribunal que dictó la sentencia.

Control puramente normativo que, insistimos, no permite "reindividualizar" la concreta pena a imponer si se identifica una continuidad sustancial entre la ley aplicada y la nueva ley, como es el caso.

6. En efecto, la Audiencia fijó la pena puntual en el límite mínimo imponible a partir de una valoración explícita de todos los elementos concurrentes. Opción consciente que obliga a presumir que el tribunal no identificó razones de mayor merecimiento de pena que, de concurrir y en términos justificados, pudieran haberle permitido fijar una pena superior.

Por tanto, no disponemos de ningún elemento que, derivado del juicio de individualización judicial contenido en la sentencia, permita neutralizar el efecto retroactivo previsto en la nueva norma que fija, para el caso, el mínimo reproche en siete años de prisión.

La voluntad del legislador fue la de reducir el reproche mínimo por debajo del mínimo fijado en la norma que derogó, lo que arrastra inevitables consecuencias de reajuste a la baja -vid. STS 609/2023, de 13 de julio-. Es la Ley la que ha reducido el reproche establecido en la sentencia, sustentado, además, en razones explícitas de individualización.

7. Ahora bien, la aplicación de la norma más favorable debe hacerse en bloque. Lo que comporta imponer las consecuencias punitivas que, contempladas en la ley intermedia, no se preveían en la ley aplicada, vigente al tiempo de los hechos -vid. STS 451/2023, de 14 de junio-.

De tal modo, procede imponer al Sr. Gabino, ex artículo 192.3 CP, la pena de inhabilitación especial para el desempeño de cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidas, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad por un tiempo superior en cinco años a la pena privativa de libertad impuesta.

CLÁUSULA DE COSTAS

8. De conformidad a lo previsto en el artículo 901 LECrim, las costas se declaran de oficio.

CLÁUSULA DE NOTIFICACIÓN

9. Tal como se establece en los artículos 109 LECrim, 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal de la Sra. Sofía, a salvo que manifieste expresamente su deseo de no conocer su contenido.

FALLO

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



Estimar el recurso de casación interpuesto por la representación del Sr. Gabino contra el auto de 14 de febrero de 2023 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección 3ª) que casamos y anulamos, siendo sustituido por la sentencia que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes y de manera personal trasládese a la Sra. Sofía, a salvo que manifieste expresamente su deseo de no conocer su contenido, haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10386/2023 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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

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 9 de mayo de 2024.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 10386/2023, interpuesto por D. Gabino contra el Auto de fecha 14 de febrero de 2023 dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 3ª, auto que ha sido casado y anulado por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida en lo que no resulten contradichos por los argumentos expuestos en esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en el fundamento jurídico sobre aplicación de la ley penal más favorable, procede fijar la pena de siete años de prisión y la pena cumulativa de inhabilitación prevista en el artículo 192.3. inciso segundo, CP con el alcance que se precisa.

FALLO

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

Fijamos la pena privativa de libertad de siete años de prisión, la correlativa de inhabilitación para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo mientras dure la condena y la pena de inhabilitación especial para el desempeño de cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidas, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad por un tiempo superior en cinco años a la pena privativa de libertad impuesta.

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



Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ