

COMENTARIOS DE JURISPRUDENCIA

APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LEY ORGÁNICA 10/2022 (*LEY DEL SÓLO Sí ES Sí*) . PLENO JURISDICCIONAL DE LA SALA SEGUNDA DEL TRIBUNAL SUPREMO DE 6-7 JUNIO 2023

Alfonso Serrano Gómez

Prof. Emérito de Derecho Penal y Criminología

Title: *Application by the courts the reform of the Criminal Code by LO 10/2022. Plenary Jurisdictional Meeting of the Second Chamber of the Supreme Court on 6 and 7 June 2023*

Resumen: la aplicación por los tribunales de la reforma del Código penal por la LO 10/2022 como ley penal más favorable no es una cuestión sencilla. En las revisiones por las Audiencias se venían dando resoluciones dispares por lo que, para asentar un criterio jurisprudencial, fue necesario un Pleno Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo celebrado los días 6 y 7 de junio del año 2023. En este trabajo se hace una exposición de los criterios establecidos por el TS, especialmente de la individualización de la pena.

Palabras clave: ley penal favorable, individualización de la pena, inhabilitación.

Abstract: *The application by the courts the reform of the Criminal Code by LO 10/2022 as a more favourable criminal law is not a simple matter. In the reviews by the High Courts, there had been disparate rulings, so that, in order to establish a jurisprudential criterion, it was necessary to hold a Plenary Jurisdictional Meeting of the Second Chamber of the Supreme Court (SC), held on 6 and 7 June 2023. This paper presents the criteria established by the SC, especially the individualisation of sentences.*

Keywords: *Favourable criminal law, individualisation of punishment, disqualification.*

Sumario: 1. Introducción. 2. Supervivencia de la aplicación de la LO 10/2022. 3. Pleno Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 6 y 7 de junio de 2023 para unificar criterios. 3.1. Consideraciones previas. 3.2. Principales cuestiones que se plantean en el Pleno. 3.3. Postura de la Fiscalía para intentar paliar el elevado número de rebaja de penas y excarcelaciones. 3.4. Individualización de la pena. Bibliografía.

1. Introducción

Decía mi maestro Antón Oneca: “Es más fácil hacer la parte general de un Código, teniendo a la vista las más modernas de otros países...que improvisar los títulos sobre delitos en particular porque en estas materias pesan más las tradiciones morales de cada pueblo, así como su ambiente político, económico y criminológico”¹. Estamos en una época de fiebre legiferante² en la que a veces el Código penal se reforma por intereses políticos, obviando o ignorando los informes técnicos preceptivos y las aportaciones de la Ciencia penal, incluso posibles efectos criminógenos³. Es el caso de la ley que nos ocupa.

Hace dos años se cumplió el bicentenario de nuestro primer Código penal de 1822, para cuya elaboración se pidieron informes al Tribunal Supremo, Audiencias, Universidades y Colegios de abogados; ahora, con demasiada frecuencia se suelen obviar, o hacer oídos sordos, los informes preceptivos, por intereses políticos. En la prolongada elaboración del Código de 1848 intervinieron los mejores especialistas de la época —lo que no ocurre ahora. En 1843 se creó una Comisión de Códigos, cuyos miembros participaron en la tramitación del Proyecto⁴. Sin embargo, nuestra Comisión General de Codificación prácticamente ha estado inactiva durante muchos años⁵. En suma, hace ciento setenta y cinco

¹ J. ANTÓN ONECA, “La generación española de la política criminal”, en *Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofía del derecho. Homenaje al Profesor Jiménez de Astúa*, Buenos Aires, 1970, p. 349.

² Recoge la STS 523/2023, de 29 de junio: “El Código penal de 1995 ha experimentado numerosas reformas. Demasiadas...” (FD 2.6).

³ Sobre los efectos criminógenos de LO 10/2022 vid. mi trabajo: “Consideraciones criminológicas sobre los delitos contra la libertad sexual”, en *Diario LA LEY*, núm. 10414, de 27-12-2023, apartado VII.

⁴ J.FLASSO GAITÉ, *Crónica de la Codificación Española.5.Codificación penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970, vol.I, pp. 41 y ss. se ocupa de la elaboración del Código penal de 1822 y en el vol. II págs. 7 y ss. De las actas de la Comisión General de Codificación sobre Código penal (1844-1845), Vol. I, pp. 251 y ss. y vol. II, pp. 459 y ss. Sobre la elaboración del Código de 1848, vid. M.^aD. SÁNCHEZ GONZÁLEZ, *La codificación penal en España: los Códigos de 1848 y 1850*, Madrid, Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Constitucionales, 2004.

⁵ Vid. mi trabajo “El sesquicentenario de la Comisión de Códigos de 1843”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, núm 3, 1993 pp. 9 y ss. En pp. 14 y ss. se hace referencia a que la “Sección de Derecho Penal y Penitenciario de la Comisión General de

años a veces se legislaba con más técnica que ahora, incluso con mayor seguridad jurídica, problema que se detecta en las últimas reformas del Código penal como pone de manifiesto el Consejo de Estado⁶ y la propia jurisprudencia⁷. Incluso se hacían valoraciones criminológicas, algo que también viene olvidando el legislador⁸. Se legislaba sosegadamente y no “de forma fragmentaria y apresurada”⁹ como sucede en los últimos tiempos, en los que con demasiada frecuencia se hace por intereses políticos más que por los de la sociedad; a veces en beneficio del grupo o grupos que gobiernan, incluso para favorecer a unos pocos o personas concretas, como ha sucedido con la derogación del delito de sedición.¹⁰ En otro orden de cosas, los interés personales recíprocos de dos políticos puede llevar a no respetar la Constitución¹¹, y se presentan iniciativas legislativas inconcebibles, como sucede con la “Proposición de Ley para una correcta imposición de los beneficios caídos del cielo de la gran banca”¹².

Codificación, integrada por conocidos penalistas, fiscales, magistrados y penitenciaristas, tuvo una gran participación en el Proyecto de Código penal de 1980”.

⁶ El Consejo de Estado, en su Dictamen al “Anteproyecto de Ley Orgánica para la garantía integral de la libertad sexual”, en las consideraciones, pág. 18, recoge: “El Consejo de Estado no puede dejar de subrayar los gravísimos riesgos para la seguridad jurídica, el principio de última ratio del Derecho Penal y la coherencia del ordenamiento jurídico supone la tramitación solapada de modificaciones de las normas penales propuestas por distintos departamentos ministeriales y sin una visión global que permita salvaguardar la congruencia de nuestro sistema penal y la proporcionalidad de las penas”.

⁷ Recoge la STS 524/2023, de 23 de junio, del Pleno Judisdiccional del que se tratará más adelante: “Ciertamente, la regulación del delito de agresión sexual a menores de 16 años, resultante de la ley orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, presenta una redacción seguramente mejorable desde el punto de vista técnico. La recurrente referencia al abuso de una situación de superioridad (artículo 178.2 y 181.4 e), no aporta una especial claridad en la aplicación de la norma” (FD 1.8).

⁸ En la sesión del 14-11-1844, al tratarse de la reincidencia, Vila -contrario a la pena de muerte- dice: “A los delincuentes debe dejárseles siempre la esperanza de tener que sufrir menos pena por el delito que cometen que por otro mayor a que estén avocados. Si un salteador de caminos reincide, sabe que sufrirá la pena de muerte, mate o no al robado, preferirá matarlo porque imposibilita más los medios de descubrir sus delitos”, en LASSO GAITÉ, ob.cit.II, p. 600.

⁹ Vid. nota 13, in fine.

¹⁰ La LO 14/2022, de 22 de diciembre (BOE núm. 307, del 23) “suprime el Capítulo I del Título XXII del Libro II, integrado por los artículos 544 a 549”. Este Capítulo I se ocupaba de la “sedición”.

¹¹ La Ley sobre amnistía que se está tramitando en el Parlamento ha sido muy criticada desde muchos sectores, por considerarla inconstitucional (profesores universitarios, algunas asociaciones de jueces, parte del Consejo General del Poder Judicial, exmagistrados del Tribunal Constitucional, Abogados del Estado, Colegios de abogados, algún Letrado del Congreso, Letrados del Senado...). Apenas hay algún autor que se pronuncie a favor de la amnistía. Vid. M. ARAGÓN, *et al*, en la *Amnistía en España. Constitución y estado de Derecho*” Madrid, Colex, 2024, se recogen 78 trabajos donde se critica la amnistía por ser inconstitucional. Los autores son en gran parte catedráticos de Derecho Constitucional, junto con otros de Derecho Penal, Filosofía del Derecho, Derecho Administrativo, algún Abogados del Estado, Notario, Fiscal, Magistrado...

¹² En el Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados. XV Legislatura. Serie B núm 65-1, de 23 de marzo, se publica una “Proposición de Ley para una

Sorprende la falta de influencia de la Comisión General de Codificación en la legislación penal, como la tuvo la Comisión de Códigos de 1843. También de esto se hace eco el Consejo de Estado¹³. Igualmente resulta inexplicable la escasa influencia de la Ciencia penal española en las últimas reformas penales— incluida la que nos ocupa¹⁴—, pese a contar con más de medio millar de profesores incluyendo todas las categorías. De otra parte, junto con la alemana e italiana son las tres más avanzadas a nivel mundial. Además, es la más extendida por su relación científica con los países iberamericanos.

2. Supervivencia de la aplicación de la LO 10/2022

Dentro de no mucho tiempo la Ley estará prácticamente olvidada, pues se habrán juzgado a casi todos los autores conocidos que cometieron el delito antes del 29-4-2023, fecha en la que entró en vigor la LO 4/2023, que dejaba sin efecto parte de la reforma anterior. Hay que tener en cuenta que en los delitos contra la libertad sexual que se contemplan en la reforma hay algún supuesto en los que la pena de prisión es de 15 años y prescribían a los 20 (art. 131.1 CP). Además, según el artículo 132.1 en los delitos contra la libertad sexual “cuando la víctima fuere menor de edad, los términos computarán desde el día en que ésta haya alcanzado la mayoría de edad”. Estos eran los plazos establecidos en el CP que se aplican en la reforma del año 2022, por lo que puede haber algún delito que prescriba pasados más de treinta años —incluso treinta y cinco— desde su comisión que se rijan por ley de 2022. Otra cuestión son los delitos que se cometan tras la contrarreforma del CP por LO 4/2023, pues se modifica el artículo 132.1, que en su párrafo tercero recoge aho-

correcta imposición de los beneficios caídos del cielo de la gran banca”, presentada por el Grupo Parlamentario Mixto.

¹³ El Consejo de Estado, en su dictamen de referencia, recoge: “Constan igualmente emitidos 31 informes procedentes de departamentos ministeriales, pero...se echa en falta algún tipo de participación o consulta de la Comisión General de Codificación en cuanto a la reforma del Código Penal” (pág.14). Al ocuparse de la seguridad jurídica, dice: “La deseable intervención de la Comisión General de Codificación a la que antes se aludió pudiera, en lo sucesivo, aportar racionalidad y coherencia ante la incesante sucesión de modificaciones del Código penal de forma fragmentaria y apresurada”.

¹⁴ Por Orden de 7 de abril de 2018 el Ministro de Justicia, en aquella época del PP, “encarga a la Sección Cuarta de la Derecho Penal, de la Comisión General de Codificación, la elaboración de un informe que analice los delitos de agresión sexual y abuso sexual para determinar su corrección técnica y su utilidad práctica, acompañando, en su caso, de un texto articulado de una propuesta legislativa de reforma del Código penal”. El trabajo debía de estar finalizado el 15 de junio de 2018. La nueva Ministra de Justicia, ahora del PSOE, por Orden de 15 de noviembre prorroga el plazo para la finalización del encargo hasta el 31 de diciembre de 2018. Parece que hubo un informe elaborado por parte de los miembros de la Comisión que no ha tenido trascendencia y que me ha sido imposible encontrar, si es que se llegó a emitir.

ra: “En los delitos...contra la libertad sexual...cuando la víctima fuere una persona menor de dieciocho años, los términos computarán desde el día en que la víctima cumpla los treinta y cinco años”. Habrá supuestos cometidos con posterioridad a la reforma del año 2023 que la prescripción superará los cuarenta y cinco años, lo que parece excesivo, sobre todo por la cuestión de prueba¹⁵.

3. Pleno Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo del 6 y 7 de junio de 2023 para unificar criterios

3.1. Consideraciones previas

Las Audiencias Provinciales, y en algunos casos la Sala de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia, al ocuparse de la revisión las sentencias en aplicación de la LO/2022, para evaluar la retroactividad de la ley penal más favorable al reo, llevó a resoluciones dispares. Para resolverlo se convocó este Pleno Jurisdiccional con la “voluntad de asentar en ella un criterio jurisprudencial...en el que proclamamos de forma unánime, como se detalla en nuestras SSTS 473/2023, de 15 de junio y 501/2023, de 23 de junio, que la aplicación retroactiva de la LO 10/2022 debe ajustarse a la previsión normativa recogida en el artículo 2.2 de nuestro Código penal” (STS 529/2023, de 29 de junio, FD 1.5). Se hace referencia a que es “labor delicada y nada fácil decantarse por alguna de las variadas tesis que se vienen manejando por los órganos judiciales” y “al variopinto casuismo”. La Fiscalía General del Estado también “acometió la tarea de establecer criterios uniformes de actuación”¹⁶, que se plasmaron en el Decreto de 21 de noviembre del año 2022 y más tarde en la Circular 1/2023¹⁷.

¹⁵ Vid. L. PUENTE RODRÍGUEZ, “En defensa de la prescripción del delito. Una crítica a la extensión de sus plazos en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24-30 (2022).

¹⁶ En la Memoria de la Fiscalía General del Estado del año 2023 -ofrece datos del año 2022- dedica el apartado 1.2.5, pp. 229 y ss., a las “Cuestiones suscitadas con la entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre. Dice que entre el 11 de octubre y el 15 de diciembre de 2022 recibieron de la Sala Segunda del Tribunal Supremo 48 asuntos. En la Memoria se ocupan de forma más o menos detallada de 12 sentencias.

¹⁷ Circular 1/2023, de 29 de marzo, de la Fiscalía General del Estado, sobre criterios de actuación del Ministerio Fiscal tras la reforma de los delitos contra la libertad sexual operado por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre (se publica en el BOE núm. 81, del 5-4-2023).

Extensión de la reforma”. A este respecto”el legislador goza de cierta libertad y autonomía para modular el principio de retroactividad de la ley penal más favorable, aunque tiene sus limitaciones”¹⁸.

Legislación aplicable.- En principio hay que tener en cuenta el artículo 2.2. del Código penal, que dice: “Tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firma y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo”. No alcanza a quienes ya hubieran cumplido su condena (sentencias ejecutadas), aunque en pura lógica debería de afectarles en lo que todavía les pudiera beneficiar, por ejemplo, para la cancelación de antecedentes penales¹⁹; reincidencia, antecedentes penales y policiales, incluso en su vida personal, laboral y social.

La revisión no es un nuevo juicio. No se pueden modificar puntos ya decididos que son ajenos a la reforma legislativa.- A este respecto recoge la STS 473/2023:

“El incidente de revisión no es un nuevo juicio pleno. Su objetivo es limitado: verificar si la reforma operada incide favorablemente en la subsanación jurídico/penal y/o penalidad. Esta idea arrastra consecuencias variadas: se rige por un criterio de competencia funcional (el órgano competente es el que dictó la sentencia, aunque como consecuencia de la revisión imponga una pena que excede de su competencia objetiva) (i); carece de aptitud para corregir defectos que se detecten en la sentencia y no fueron objeto de impugnación (agravante o atenuante indebidamente omitidas, errores en la concreción penológica...) (ii), no está condicionado por el principio acusatorio (que ya fue respetado en el juicio inicial), aunque si rige el principio de contradicción: ahora el Tribunal se limita a refrendar aquélla penalidad o a variarla en beneficio del reo (iii); y está condicionado por lo que decidió en la sentencia firme cuyos pronunciamientos y argumentos deberán ser respetados salvo que queden afectados por la constatación de que la nueva norma impondría, de enjuiciarse de nuevo los hechos, una solución penal menos gravosa para el condenado, en cuyo caso ha de acomodarse la sentencia anterior adaptándola, en esos exclusivos aspectos, a la nueva legislación, valorando globalmente y no

¹⁸ STS 523/2023 cit., FD 2. Continúa diciendo: “Queda en manos del legislador en cada reforma penal dejar operar al régimen previsto, ‘por defecto’, en el art. 2.2 CP; o establecer normas específicas que podrían bien extender la eficacia retroactiva más allá de lo que se deriva del art. 2.2 CP; bien restringirla. Nunca podrá llegar, eso sí, al punto de impedir que a los hechos anteriores pendientes de enjuiciamiento se les aplique la nueva legislación más beneficiosa (salvo el caso de las leyes temporales)”.

¹⁹ La STS 473/2023, cit. recoge: “Quedan excluidas de esa eficacia las sentencias ya ejecutadas. En puridad podría admitirse también su revisión. No sería sólo algo simbólico. Podría comportar relevancia práctica (abono en otras causas del exceso de prisión cumplida; o cómputo de plazos y *dies a quo* para la cancelación de antecedentes penales: art. 136 CP)” (FD 6).

de forma fraccionada o fragmentada (iv). No cabe, así pues, aprovechar el incidente de revisión para rectificar o modificar puntos que, habiendo sido ya decididos, son ajenos a la reforma legislativa” (FD 3)²⁰.

3.2. Principales cuestiones que se plantean en el Pleno Jurisdiccional

Aunque parezca sencillo aplicar la retroactividad de la ley penal más favorable, no lo es²¹; la cuestión es compleja²², pues son muchos los problemas que se plantean: aplicación de ley en su conjunto, acoplar hechos en las nuevas tipologías, individualización de la pena, ponderación, proporcionalidad...

Las sentencias dictadas por el Pleno fueron 29, entre el 7 de junio y el 7 de julio de 2003²³. Ofrece especial interés la 523/2023, de 29 de junio, por ser la que se ocupa de más cuestiones y, además, parte de ellas son objeto de discusión en los tres votos particulares formulados²⁴. Las sentencias que se citan en esta parte del trabajo son las del Pleno, salvo en algún caso que se indica.

De todas esas sentencias las Audiencias Provinciales en 19 casos habían inadmitido la revisión o denegado rebajar la pena inicial. De las

²⁰ Se había condenado a 8 años de prisión. Revisada la sentencia por la Audiencia Provincial dictó un auto rabajándola a seis años. El auto fue recurrido en casación por infracción de ley por Ministerio Fiscal por la indebida aplicación de los arts 178, 179 CP modificados por la LO 10/2022 o, en su caso, indebida aplicación del art. 192.1 y 3 de vigente CP. El TS estima el recurso y falla: “Añadir a las penas impuestas, la de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidas, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad por el plazo de cinco años, una vez cumplida la pena privativa de libertad”. Se trata de la pena de inhabilitación especial prevista en el párrafo segundo del art. 192.3 CP, sobre el que se volverá más adelante.

²¹ Dice la STS del Pleno 569/2023, de 7 de julio: “El artículo 2.2 CP plantea el problema de determinar en qué casos una norma penal es más favorable que la precedente” (FD 5).

²² B.GARCÍA SÁNCHEZ, “La nueva concepción de la libertad sexual en la ley del ‘sólo si es sí’ y su problemática aplicación retroactiva”, *Revista de Derecho Penal y Criminología*. UNED, 3^a época, núm 30, 2023, págs. 113 y ss.

²³ Sentencias 433/2023 y 434/2023, de 7 de junio; 437/2023, 438/2023, 439/2023, 440/2023 y 441/2023, de 8 de junio; 453/2023, 454/2023, 459/2023, 460/2023, 461/2023, de 14 de junio; 470/2023, 473/2023, de 15 de junio; 475/2023, de 16 de junio; 480/2021, 481/2023, de 20 de junio; 501/2023, de 23 de junio; 523/2023, 524/2023, 525/2023, 529/2023, de 29 de junio; 536/2023, de 3 de julio; 556/2023, 557/2023, de 6 de julio; 566/2023, 569/2023 y 570/2023, de 7 de julio.

²⁴ Sobre alguna de las cuestiones de los votos reservados ver nota 63. También se ocupan de diversos temas las SSTS 437/2023, 438/2023, de 8 de junio; 473/2023, de 15 de junio; 487/2023, de 21 de junio; 529/2023, de 29 de junio.

otras diez condenas revisadas en nueve se rebaja la pena de prisión²⁵. En una se estimó el recurso por no ser la nueva ley más favorable²⁶.

3.2.1. Inhabilitación especial del párrafo segundo del artículo 192.3

El Pleno, en las sentencias que se pronuncia en supuestos en los que las Audiencia habían rebajado la pena, a petición del Fiscal añade esta medida: “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 sentencia si el delito fuera grave, y entre dos y veinte años si fuera menos grave”. En un principio las Audiencias Provinciales en los supuestos de rebajar la pena no añadían esta medida. Hay que tener en cuenta que se incorpora al CP en el año 2015²⁷, para unos supuestos concretos y se modifica por LO 8/2021 para todos los delitos contra la libertad sexual, elevando el máximo de duración de diez a veinte años. Se mantiene en la LO 10/2022. La reforma del año 2021 no se aplicó retroactivamente por ser perjudicial al reo²⁸ y, sin embargo, se aplica en el Pleno. Todas

²⁵ Se rebajó la pena de prisión: de 13 años a 9 años y 6 meses (STS 428/2023); de 14 años y 6 meses a 14 años y 4 meses (S. 441/2023); de 3 años a 2 (S. 424/2023); de 8 años a 6 años y 8 meses (S. 461/2023); de 8 años a 7, (S. 480/2023); de 6 años a 4 (S. 487/2023); son tres delitos, en el más grave se baja de 12 años a 7 , y por los otros dos de 6 años a 4 cada uno (S.523/2023); de 6 años a 3 y 6 meses (S. 529/2023); de 8 años a 6 (S. 566/2023).

²⁶ La STS 461/2023, recoge en su Fallo: “Estimar el recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto dictado por la Audiencia Provincial...dejando sin efecto la revisión objeto del recurso y en su lugar declarar no procedente la revisión por no ser más favorable el nuevo marco punitivo previsto en la Ley 10/2022, de 6 de septiembre”.

²⁷ La indicada inhabilitación especial se incorpora al CP por LO 1/2015, de 30 marzo. Recogía en la parte segunda del art. 192.3: “A los responsables de la comisión de alguno de los delitos de los capítulos II bis y V se les impondrá, en todo caso, y sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido, que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo superior entre tres y cinco años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en su caso en la sentencia, o por un tiempo de dos a diez años cuando no se hubiera impuesto una pena de prisión atendiendo proporcionalmente a la gravedad del delito, al número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurren en el condenado”.

²⁸ El periodo de tiempo transcurrido entre la LO 8/2021, de 4 de julio y la LO 10/2022 fue muy corto. Sin embargo, la primera no era aplicable a los delitos cometidos con anterioridad a su entrada en vigor y juzgados antes de la entrada en vigor de la LO/2022 porque era desfavorable, y así lo sigue siendo. La STS 418/2023, de 31 de mayo -anterior al Pleno- se ocupa de unos hechos que tuvieron lugar en el año 2019 y la sentencia de la Audiencia Provincial es del 23-2-2023, que recurrida en apelación ante la Sala e lo Civil y Penal desestimó el recurso. Se condena a tres jóvenes mayores de edad -también lo era la víctima- por un delito de agresión sexual de los arts. 178 y 180.1.3 CP. Los hechos suceden antes de la entrada en vigor la reforma del año 2021 y aunque se condena bajo la vigencia de ésta, no se aplica el párrafo segundo del art. 192.3 porque no cabía la retroactividad, por ser ley desfavorable. Estaba en vigor el texto de 2015 que tampoco era aplicable. Recurrida la

las sentencias son por hechos que ocurrieron mucho antes del año 2021²⁹. Resulta que en la LO 10/2022 concurren precentos que favorecen al reo junto con otro que le perjudica. En estos casos sólo deberían de aplicarse los que benefician al reo, no los que le perjudiquen. De esta cuestión me ocupo con más extensión en otro lugar³⁰.

De las 29 que se dictaron en el Pleno el Ministerio Fiscal había recurrido seis de los casos en los que se había rebajado la pena³¹. Además de impugnar los Autos de la Audiencia pide que se imponga la pena de inhabilitación especial prevista en el párrafo segundo del artículo 192.3 CP. El Tribunal Supremo estima parcialmente todos los recursos del Fiscal en el sentido de añadir la indicada pena, sin modificar en ningún caso las de prisión. Hay otros tres casos en los que se había rebajado la pena por la Audiencia y, por diversos motivos, el Supremo no aplicó la inhabilitación de referencia³².

3.2.2. Aplicación de la ley en su conjunto

El Pleno dice que la ley más favorable ha de aplicarse en su conjunto³³. A este respecto recoge en la STS 523/2023, de 29 de junio:

“La norma más favorable ha de resultar de la comparación completa de las concurrentes, aplicando en su totalidad la que resulte más beneficiosa, sin que pueda crearse una tercera norma, artificial e inexistente, formada por la aplicación parcial de los aspectos más favorables de una y otra...La entrada en vigor de la LO 10/2022, de 6 de septiembre...nos

sentencia ante el TS, y a petición del Fiscal, rebaja la pena de prisión a uno de ellos y en aplicación de la LO 10/2022 le añade la inhabilitación del párrafo segundo del art. 192.3.

²⁹ En las seis sentencias en las que se rebajó la pena al ser revisada por las Audiencias Provinciales al aplicar la LO/2022 y el TS añade la inhabilitación del párrafo segundo del art. 192.3, los hechos habían ocurrido entre 2005 y 2014, por lo que no se les pudo aplicar la medida indicada que se incorporó al CP por LO 1/2015.

³⁰ Vid. mi trabajo “Aplicación retroactiva de la reforma del Código penal por Ley Orgánica 10/2022 (Ley del sólo sí es sí) y posible vulneración del artículo 9.3 de la Constitución”, que se publicará en *Dirio LA LEY* de 21-5-2024.

³¹ En la revisión por las Audiencias Provinciales en base a la LO 10/2022 se había rebajado la pena de prisión y no aplican la inhabilitación del artículo 192.3, en las Sentencias 438/2023, de 8 de junio; 473/2023, de 15 de junio; 480/2023, de 20 de junio; 487/2023 (aquí el Fiscal se adhiere al recurso de la acusación particular añadiendo que se impusiera la pena de inhabilitación de referencia, petición estimada por el TS); 523/2023, de 29 de junio; 566/223, de 7 de julio.

³² El Ministerio Fiscal no formuló recurso contra el auto que rebajaba la pena (S. 441/2023), el recurso del Ministerio fiscal se consideró estemporáneo (S. 454/2023); en otro supuesto la Sala consideró que la nueva ley no era más favorable (S. 461/2023).

³³ Vid., entre otras, además de la STS 523/2023, que se cita en el texto, la 473/2023, de 15 de junio (FD 13); 487/2023, de 21 de junio (FD 4); 566/2023, de 7 de julio (FD 9); 569/2023, de 7 de julio (FD 6). En la 438/2023, de 6 de junio, se recoge: “La necesidad de aplicar la LO 10/2022 en su conjunto y no por partes, determina la aplicación de lo dispuesto en el art. 192.1 y 3 conforme a la redacción dada por la citada ley” (FD 7).

obliga a efectuar la comparación normativa a efectos de determinar si la nueva regulación resulta más beneficiosa para el condenado, pues de ser así, habrá de serle retroactivamente aplicable por indicación del artículo 2.2 del Código Penal. Y la Sala ha consolidado un cuerpo de doctrina para los supuestos de sucesión normativa según el cual el cotejo debe hacerse cotejando en bloque ambos esquemas normativos. Como decía la STS 107/2018, de 5 de marzo, no es posible una fragmentación que permita escoger aspectos puntuales de una y otra versión, pues solo en su conjunto, a modo de un puzzle de piezas que encajan milimétricamente, el texto legal adquiere su propia sustantividad" (FD 4)³⁴.

La STS 487/2023, de 21 de junio, recoge: "La norma más favorable ha de resultar de la compraración completa de las concurrentes, aplicando en su totalidad la que resulte más beneficiosa, sin que pueda crearse una tercera norma, artificial e inexistente, formada con la aplicación parcial de los aspectos más favorables de una y otra" (FD 4).

La Fiscalía General del Estado se pronuncia en la valoración de la ley en su totalidad, dice: "Para determinar la norma más favorable, la elección entre la ley antigua y la ley nueva se hará de forma global, en bloque, en su totalidad, sin que sea admisible ni asumible aplicar selectivamente disposiciones derogadas y vigentes de forma simultánea"³⁵. En el Decreto de 21-11-2022 se pronuncia en el mismo sentido³⁶.

3.2.3. La ciencia penal

Se ha ocupado sobre la retroactividad de las leyes penales según el artículo 2.2. CP³⁷ en la línea del TS, es decir, aplicación de la la ley en su conjunto, aunque con con alguna excepción³⁸.

³⁴ Se hace referencia a las SSTS 324/2023, de 10 de mayo, 285/2023, de 21 de abril y 235/2023, de 30 de marzo. En el mismo sentido las STS del Pleno Jurisdiccional 437/2023, de 8 de junio (FD 4).

³⁵ Circular 1/2023 de la Fiscalía General del Estado, cit., apartado 20.1.

³⁶ "Decreto de 21, de noviembre de 2022" como consecuencia de la posibilidad de revisión de sentencias firmes derivadas de la entrada en vigor de la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de *garantía integral de la libertad sexual*.

³⁷ Por citar algún autor que recoge los criterios doctrinales, Vid. J. CEREZO MIR, *Curso de Derecho penal español. Parte general*, I, Tecnos, Madrid, 1996, pp. 176 y ss. J.CUELLO CONTRERAS, *El Derecho penal español. Parte general*, Dykinson, Madrid, Dykinson, 2002 pp. 245 y ss. GIL GIL, en Gil Gil, J.M Lacruz López, M. Melendo Pardos y J.Núñez Fernández, *Curso de Derecho penal. Parte General*, Madrid, Dykinson, 2015 pp. 58 y ss. J.A. LASCURAÍN SÁNCHEZ, *Sobre la retroactividad penal favorable*, Civitas, Madrid, 2000. C.Y. VALERO FERNÁNDEZ, *Cuestiones Generales de Reroatividad penal*, Servicio Publicaciones Facultad Derecho. Universidad Complutense de Madrid, 2018.

³⁸ CUELLO CONTRERAS, en ob cit. pág. 250, al comentar la disposición transitoria segunda de la LO 10/1995, del Código penal, se ocupa de esta cuestión y dice: "Debe descartarse la postura que defiende la aplicación de la ley anterior o posterior en bloque, cuando se basa en el argumento de que, de modo, se estaría creando una nueva ley que

3.2.4. Conclusión

Del texto del artículo 2.2 no se desprende de forma inequívoca, aunque sea discutible, que la nueva ley ha de aplicarse en su conjunto aunque en la misma haya preceptos que favorecen al reo junto a otros que les perjudican. Entiendo que solamente se pueden aplicar los que le benefician, ello en base a lo que dispone el artículo 9.3 de la Constitución donde se “garantiza...la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables”³⁹. Tal vez convendría modificar el apartado 2 del artículo 2, añadiendo a continuación de “leyes penales”, *en lo*, y quedaría: “Tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales *en lo* que favorezcan al reo...” lo que sólo permitiría aplicar los preceptos de la nueva ley que favorezcan al reo, sin tener en cuenta los que le perjudiquen.

3.3. Postura de la Fiscalía para intentar paliar el elevado número de rebaja de penas y excarcelaciones

La aplicación retroactiva de la ley creó alarma social, especialmente entre las mujeres, y más todavía en las que habían sufrido alguna agresión sexual. El número de los condenados que se beneficiaban iba aumentando, así como de los excarcelados. En unos meses se había rebajado la pena alrededor de un millar de condenados y más de cien fueron puestos en libertad. El Gobierno, poco después de entrar en vigor la Ley, recurrió a la Fiscalía para frenar los efectos negativos de la reforma⁴⁰.

Disposición transitoria 5^a del código penal de 1995.- En esta disposición se apoyaba especialmente la Fiscalía para recurrir las resoluciones de las Audiencias en las que se rebaja la pena. La LO 10/2022 no contiene ninguna disposición transitoria, como ha sucedido en otras ocasiones⁴¹. La Fiscalía pretende frenar la situación en base a lo establecido en la disposición transitoria 5^a del CP de 1995, que establecía: “En las penas privativas de libertad no se considerará más favorable este Código cuando la

nunca ha existido, lo que vulneraría el principio de legalidad, cuando, en realidad lo único que prohíbe el principio de legalidad es que se persigan comportamientos con penas no previstas por la ley (lo que no ocurre aquí) y que se aplique la ley penal de forma desfavorable para el reo, lo que la teoría de la aplicación de la ley penal en bloque puede llegar a ocasionar. La aplicación diferenciada, en cambio, sin vulnerar la seguridad jurídica, es más justa”.

³⁹ Vid. nota 30.

⁴⁰ E.B.MARÍN ESPINOSA DE CEBALLOS, “La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-24 (2023), en pp. 25 y ss. trata de los intentos del Gobierno “para evitar las reducciones de pena y excarcelaciones de delincuentes sexuales por efecto de la retroactividad de la Ley penal más favorable”.

⁴¹ No tienen disposiciones transitorias las reforma del Código penal en 2003, 2010 y 2015 (vid. STS 473/2023, de 15 de junio (FD 8).

duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo al nuevo Código”.

La Fiscalía dice: “Nada impide que el criterio contenido en la disposición transitoria quinta de la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal, sucesivamente reiterado en ulteriores reformas legislativas, resulte de aplicación a las revisiones instadas en virtud de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, por constituir un criterio interpretativo plenamente consolidado”⁴², dando las correspondientes intrucciones a las y los fiscales⁴³. En defensa de su postura cita diversas sentencias⁴⁴, incluso los preámbulos de las normas legales⁴⁵, que según el TC: aunque “los preámbulos o exposiciones carecen de valor normativo, sirven, sin embargo, como criterio interpretativo de las disposiciones normativas a las que acompañan para la búsqueda de la voluntad del legislador, esto es, sirven para efectuar una interpretación finalista”⁴⁶, cuestión que no afecta al tema que nos ocupa. También se hace referencia a la disposición transitoria 2^a⁴⁷. Los preámbulos pueden tener un fin torticero, pues el

⁴² Circular de la Fiscalía General del Estado 1/2023, cit. apartado 20.2. Para defender su postura hace referencia a la STS 556/2022, de 8 de junio.

⁴³ Circular 1/2023 cit. En el apartado 20.2. hace una amplia exposición en defensa de la indicada disposición transitoria 5^a de la LO 10/1995 del Código penal, dice: “Por consiguiente, las y los fiscales informarán en sus dictámenes que la revisión de las sentencias firmes, por razón de la reforma operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, no será admisible cuando la pena impuesta fuera imponible con arreglo a la nueva legislación, a pesar de que esta regla no se halle expresamente prevista en la citada ley orgánica. A tal fin, expondrán de forma clara que este criterio no resulta de una disposición análogica de las disposiciones transitorias de otras leyes, sino del hecho de hallarnos ante una pauta consolidada que trae causa de la interpretación auténtica efectuada por el legislador al abordar la necesidad de conjugar los principios de retroactividad de la norma penal más favorable y de los de intangibilidad de las resoluciones judiciales firmes y de seguridad jurídica. Asimismo, las y los fiscales pondrán especial énfasis en subrayar que se trata de un criterio que, lejos de haber sido modificado, ha sido reiterado en la D.T.2^a de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre”.

⁴⁴ Cita las SSTS 556/2022, de 8 de junio; 346/2016, de 21 de abril; 290/2013, de 6 de abril; 633/ 2012, de 19 de julio; 282/2012, de 25 de junio.

⁴⁵ En relación con los preámbulos de las normas legales, la jurisprudencia ha señalado (v.gr. SSTS 113/2022, de 10 de febrero; 340/2021, de 23 de abril; 339/2021, de 23 de abril; ATS 294, de 14 de marzo) que, aunque carente de valor normativo, la exposición de motivos, conjuntamente con su tramitación parlamentaria constituye un elemento importante de interpretación para desentrañar el alcance y sentido de las normas (SSTC 15/2000, de 20 de enero; 193/2004, de 4 de noviembre; 68/2007, de 28 de marzo). De ahí que las consideraciones efectuadas en el preámbulo de la Ley Orgánica 14/2022, de 22 de diciembre, acerca de la naturaleza y valor jurídico del criterio sentado en la disposición transitoria quinta de la LO 10/1995, tenga un innegable valor para resolver la cuestión objeto de análisis”, apartado 20.2.

⁴⁶ La STS del Pleno 437/2023, de 8 de junio (FD 3) se hace eco de esta cuestión citando la STC 170/2016, de 6 de octubre, y otras.

⁴⁷ De la Disposición Transitoria 2^a se ocupa la Fiscalía en el Decreto de 21-11-2022, cit. Establecía la disposición transitoria 2^a del Código penal de 1995: “Para la determinación de cuál sea la ley más favorable se tendrá en cuenta la pena que correspondería al hecho enjuiciado con aplicación de las normas completas de uno u otro código...”

legislador, ante la imposibilidad de recoger en una norma determinadas cuestiones, establece una serie de principios en los que se apoyará para justificar una interpretación distorsionada de la ley.

El tema de la disposición transitoria 5^a se plantea en muchas sentencias del Pleno Jurisdiccional, que siempre las desestima. La STS 473/2023, de 15 de junio, recoge:

“La introducción de las disposiciones transitorias 2^a (heredada de reformas anteriores) y 5^a CP, son leyes temporales en su sentido más estricto: venían a regular el tránsito de uno a otro Código y, por tanto, estaban llamadas a quedar privadas de eficacia en cuanto se culminase la labor de revisión. Su ámbito de aplicación se ciñe a la adaptación de condenas dictadas conforme al Código TR de 1973 al Código de 1995. Incluso de su misma dicción literal se deriva esa característica. No están formalmente derogadas esas disposiciones. No es necesario: la situación que disciplinaban ya es pasado” (FD 7)⁴⁸. La STS 523/2023, de 26 de junio, añade: “Reza la Disposición Transitoria Primera: Los delitos y faltas cometidos hasta el día de la entrada en vigor de este Código se juzgarán conforme al cuerpo legal y demás leyes penales especiales que se derogan. Una vez que entre en vigor el presente Código, si las disposiciones del mismo son más favorables para el reo, se aplicarán éstas” (FD.1.6).

Aplicación analógica.- También se planteó la posible aplicación de la Transitoria 5^a por analogía. Se rechazó, pues se trataría de una analogía *in malam partem* que no cabe en Derecho penal⁴⁹.

3.4. Individualización de la pena

Por las dificultades que plantea fijar la pena, tras aplicar la ley más favorable al reo, es un tema de los más debatidos en el Pleno Jurisdiccional. Son muchas las cuestiones a valorar, aunque a veces puedan tener escaso contenido o incluso ser marginales.

La fijación de las penas en el Código es un tema complejo para el legislador. Puede establecer las que considere adecuadas a la gravedad del delito, pero respetando la proporcionalidad, pues el exceso puede vulnerar el principio de legalidad penal contemplado en el artículo 25.1 CE. Ante la dificultad de fijar las penas cabe preguntarse: por qué el homicidio se castiga con pena de 10 a 15 años y no de 8 a 12, o de 11 a 16. En la refor-

⁴⁸ La STS 529/2023, recoge: “La operatividad de la Disposición Transitoria Quinta del Código Penal de 1995 se agota en aquellas condenas que, respondiendo a delitos perpetrados y sentenciados con anterioridad a su entrada en vigor en mayo de 1996, estuvieran en proceso de efectivo cumplimiento en esta última fecha, siempre que no se tratara de penas pecuniarias” (FD 1.5).

⁴⁹ Vid. STS 529/2023 (FD 1.5), 487/2023 (FD 1.7), 473/2023 (FD 7).

ma del Código penal de 1983 hubo delitos contra la propiedad en los que el límite máximo de la pena se rebajó veinticuatro veces y el máximo en dieciocho⁵⁰. El Código de 1995 tuvo que elevarlas. En el artículo 192.3 CP, como ya se indicó, tras su reforma por LO 8/2021, la inhabilitación para algunos casos es por un tiempo superior entre cinco y veinte años o entre dos y veinte años. Es decir, el límite máximo se unifica, elevándose uno de diez a veinte y otro de cinco a veinte.

Aplicar la retroactividad y fijar nueva pena es complejo, pues juegan muchas circunstancias, como se recoge a continuación.

3.4.1. Circunstancias personales del culpable

En algunas sentencias se hace referencia genérica al artículo 66 CP, aunque a veces se especifica alguna circunstancia concretas del aparato 1. En principio hay que señalar que la valoración de “las circunstancia personales” no deben limitarse a la regla 6^a del parado 1 del artículo 66, para los supuestos en los que “no concurran atenuantes ni agravantes”. Debe extenderse a todas las causas penales, pues en todo caso el juzgador ha de valorar los hechos y todas sus circunstancias —incluídas las personales de la persona enjuiciada—, así como ponderarlas, para motivar la sentencia⁵¹. Son muchísimas las circunstancias personales del delincuente que el juez puede valorar⁵², incluso puede llevar a situaciones discutibles, como la posibilidad de tener en cuenta “la capacidad de resocialización y reinserción”⁵³, cuestión muy complejo y difícil de predecir⁵⁴,

⁵⁰ Vid. mi trabajo con M.I.SERRANO MAÍLLO, *Constitucionalidad de la prisión permanente revisable y razones para su derogación*, Dykinson, Madrid, 2016, pp. 56-57.

⁵¹ Recoge el art. 72 del CP: “ Los jueces o tribunales, en la aplicación de la pena, con arreglo a las normas contenidas en el este capítulo, razonarán en la sentencia el grado y extensión concreta de la impuesta”.

⁵² En la STS de 19 de abril 2023, se rebaja la pena de prisión de siete años a cuatro años y seis meses y dice: “Para proceder a la individualización de la pena, por una parte, ha de valorarse el contexto en el que se desarrollaron los hechos descritos por la Audiencia, dentro de una relación de pareja, que pese a ser tóxica y desequilibrada, se mantenía hasta ese momento y también en términos de intimidad, no constando que la fuerza o violencia ejercida por el acusado fuera especialmente grave. Por otra parte, junto a ello también deben ser valoradas la afectación emocional y psicológica de la víctima y en la actitud mostrada por el agresor tras perpetrar la agresión”.

⁵³ Recoge la STS 470/2023, de 15 de junio, del Pleno Jurisdiccional: “En esta función de individualización de la pena hemos reiterado que los jueces deberán constatar el marco abstracto correspondiente al hecho delictivo...a continuación, han de actuar las facultades del arbitrio judicial que deberán ser motivadas, analizando las circunstancia personales del delincuente y a la gravedad del hecho...a la capacidad de resocialización y reinserción, atendiendo a la prevención especial” (FD único).

⁵⁴ La Central Penitenciaria de Observación, creada en 1967, se ocupaba del estudio de la personalidad criminal, para determinar el diagnóstico del estado peligroso, pronóstico de comportamiento futuro y grado de tratamiento y esquema de tratamiento. Para llegar a esta conclusión final previamente se hacían por especialistas los siguientes informes:

con posibilidades de éxito reducidas⁵⁵. La Fiscalía General del Estado, haciendo referencia a varios autos del TS, recoge: “Parafraseando a la Sala Segunda del Tribunal Supremo, las circunstancias a tomar en consideración para aplicar el tipo atenuado deben ser, por lo general, los datos o elementos que configuran el entorno social e individual del responsable del delito, sus antecedentes, adiciones, edad, grado de formación, madurez psicológica, entorno familiar, comportamiento posterior a los hechos delictivos y posibilidades de integración social”⁵⁶

3.4.2. Mayor o menor gravedad del hecho

La regla 6^a del artículo 66.1 CP establece que en la aplicación de la pena el juez, además de las “circunstancias personales del reo” ha de valorar también “la mayor o menor gravedad del hecho”. Esta valoración, como ya se apuntó, tiene que hacerla el juez en los demás supuestos del art 66.1, ya que en todas sus resoluciones ha de valorar la importancia de los hechos y no limitarlas a la regla 6^a del apartado 1. Sobre esta cuestión dice la STS 473/2023, de 17 de junio:

“En ocasiones, a través de la aplicación estricta del art. 66 CP (mayor o menor gravedad del hecho) podrá llegarse a la conclusión razonada de que, aunque es posible imponer una pena inferior, la gravedad de los hechos (v.gr. el empleo de la violencia) que no es en la nueva norma (rectificada recientemente en este punto) factor agravatorio tipico, se podrá recuperar a través del art. 66 CP y denegar la revisión pues, en concreto, se considera que que no se ha producido una reevaluación axiológica de esa específica acción (lo que enlaza con la interpretación inspirada por el principio de proporcionalidad)⁵⁷.

En la sentencia se cita el artículo 66 CP con carácter general, no especifica regla 6^a del apartado 1, que es donde se recoge “la mayor o menor

jurídico-criminológico, psicológico, psiquiátrico, pedagógico, de asistencia social y sociológico. Sobre el funcionamiento de la Central véase J. ALARCÓN BRAVO, et al., *Un sistema de trabajo en el estudio de la personalidad criminal*, Madrid, Gráficas C.I.M., 1970. La Central fue cerrada en 1992. Hoy subsiste y aunque ha cambiado la estructura sus trabajos siguen siendo muy valiosos.

⁵⁵ Vid. mi trabajo con M.I.SERRANO MAÍLLO, *El mandato constitucional...* cit.

⁵⁶ Circular 1/2022 de la FGE, cit., apartado 5.

⁵⁷ Continúa diciendo: “Con la legislación anterior no se podría justificar en algunos tipos un incremento de penalidad en atención al uso de violencia en tanto era inherente al tipo. Ahora, en cambio, bajo la nueva norma, es factor ponderable vía art. 66. Hay muchos argumentos legales (el empleo de violencia es tomado en consideración en muchos delitos como elemento de agreavación) y extralegales, que llevan a considerar más grave una conducta en la que se ha desplegado violencia. Desde que ha dejado de ser elemento presente en todas la conductas castigadas en el tipo penal, se puede -y debe- tomar en consideración a través del art 66 CP en la individualización. Tanto en el enjuiciamiento actual de hechos anteriores, como al revisar conductas firmes” (FD 9).

gravedad del hecho” para los supuestos en los que “no concurran atenuantes ni agravantes”.

3.4.3. Violencia o intimidación

Desaparecen en la reforma. Antes el artículo 178 decía: “El que atente contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación...” Ahora, en su apartado 1: “...El que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento”. Es decir, la violencia o intimidación como tales no forman parte del tipo, todo juega alrededor del consentimiento, que siempre fue el elemento que definía las agresiones sexuales. Se plantea la cuestión de si en las revisiones se debe tener en cuenta la intensidad de la violencia. Hay que entender que el órgano que dictó la sentencia ya lo tuvo en cuenta. No obstante, el TS se plantea, como vimos, la posibilidad de valorar la violencia a través del artículo 66.1 CP.

Intensidad de la violencia.- A efectos de la individualización de la pena es la intensidad la que de ha de valorarse, no la violencia en sí⁵⁸.

3.4.4. Individualización en recursos de casación interpuestos contra la revisión por autos o sentencias

Se plantean diversas cuestiones sobre la evaluación de la prueba y su reevaluación, mayor o menor gravedad de los hechos, circunstancia personales del delincuente, observación de las reglas del artículo 66 CP, discrecionalidad de los tribunales, motivación de las resoluciones... Sobre estas cuestiones recoge la STS 523/2023, cit:

“Repetidamente, tenemos dicho, incluso cuando el recurso se interpone contra la sentencia y no frente a un auto que se limita a acordar la revisión de la misma, que la individualización de la pena corresponde al tribunal de instancia, que ha de ajustarse a los criterios legalmente establecidos, de forma que en el marco de la casación la cuestión de la cantidad de pena sólo puede ser planteada cuando haya recurrido a fines de la pena inadmisibles, haya tenido en consideración factores de individualización incorrectos o haya establecido una cantidad de pena

⁵⁸ Recoge la STS 523/2023 : “A la hora de individualizar la pena correspondiente al delito cometido en concreto, deberá operarse con las reglas previstas en los artículos 61 y siguientes del Código Penal, entre ellas, el artículo 66.1.6^a señala que cuando no concurran aquí, ni circunstancias atenuantes ni agravantes, la pena establecida se aplicará, dentro del segmento legalmente previsto, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho. Para determinar esta mayor o menor gravedad del hecho, es obvio una de las circunstancias que deberá ponderarse será, no la existencia, pero si la intensidad de la violencia eventualmente empleada” (FD 3.5).

manifestamente arbitraria (entre muchísimas otras y por solo citar algunas entre las más recientes, nuestro auto número 339/2023, de 27 de abril; o las sentencias número 927/2022, de 30 de noviembre, 415/2022, de 28 e abril, o 12/2023, de 19 de enero). En las mismas, expresando el que ha venido siendo criterio jurisprudencia al respecto, señalabamos: 'La individualización penológica encierra un ámbito de discrecionalidad que el legislador ha depositado en principio en manos del tribunal de Instancia. En su más nuclear reducto no es descalizable en casación. Se pueden revisar las decisiones arbitrarias. También las inmotivadas. O aquellas que no respetan las reglas o los criterios legales. Pero no es factible neutralizar o privar de eficacia las decisiones razonadas y razonables en esta materia del Tribunal de instancia, aunque puedan muchas otras igualmente razonables y legales. En el terreno de la concreción última del quantum penológico no es exigible la expresión imposible de unas reglas que justifiquen de forma apodíctica y con exactitud matemática la extensión elegida...En el ámbito último de discrecionalidad inherente a la elección de una pena concreta de la horquilla legal, la decisión corresponde a la Audiencia. No puede ser usurpada o expropriada por el Tribunal de casación" (FD 3.9).

3.4.5. Situaciones procesales que impiden entrar en la valoración de la prueba

Son los supuestos de cosa juzgada. A este respecto recoge la STS 566/2023, de 7 de julio:

"No se puede modificar, cuanto del ejercicio de revisión de penas se trata, algunos aspectos ya enjuiciados, y que son cosa juzgada, como: a) las cuestiones normativas, ya decididas de forma firme en la resolución judicial que va a ser objeto de revisión; b) las cuestiones sobre la culpabilidad del acusado, cuando igualmente se ha tomado una decisión judicial al respecto; c) el ejercicio de la individualización penológica, aplicando el contenido del art. 66 del Código Penal, de modo que al situarse la pena en una determinada dosimetría penal, esta operación no puede ser corregida mediante una revisión penológica, pues desbordaría ese espacio de ejercicio judicial de fijación, no solamente de un tramo concreto de pena, sino también en la fijación de una cuantía de pena que se precisa con todo detalle en la solución judicial objeto de revisión. Estos aspectos son cosa juzgada, y no pueden variarse" (FD 8).

De esta cuestión se ocupa la disposición transitoria tercera de la LO 4/2023⁵⁹.

⁵⁹ La disposición transitoria tercera trata de las *Reglas de invocación de la normativa aplicable en materia de recursos*. Recoge: Las sentencias dictadas conforme a la legislación anterior a la entrada en vigor de esta ley orgánica, y que no sean firmes por estar pendientes de recurso, se observarán, una vez producida la entrada en vigor de esta ley, las siguientes reglas: a) Si se trata de un recurso de apelación, las partes podrán invocar

3.4.6. Recursos en trámite

En la valoración de la norma más favorable el tribunal tiene mayor margen en los recursos en trámite. La sentencia 566/2023 continúa diciendo: “Distinto puede ser el caso de la aplicación de la ley más favorable en el itinerario de un recurso (de apelación o de casación), pues ahí todavía la pena no se ha fijado firmemente y puede ser objeto de una maniobra de individualización penológica que no se ha terminado aún de perfilar” (FD 8).

3.4.7. Ponderación

Esta cuestión se trata en muchas sentencias. A este respecto cabe citar lo que recoge la STS 523/2023:

“La ponderación en concreto exige, a nuestro juicio, partiendo de los hechos y sus circunstancias, ya enjuiciadas cuando nos movemos en el marco de una eventual revisión de condena, determinar cual es la pena correspondiente a partir de cada una de las normas en concurso (temporal sucesivo), para venir en conocimiento de cuál resulta, en cada caso más favorable. Pero tal método no comporta, con carácter general, la procedencia de realizar una nueva evaluación, un ‘segundo enjuiciamiento’ del hecho y sus circunstancias, sino que impone tomar éste y aquellas, ya declaradas en firme, como referencia. Se trata de un juicio concreto, pero estrictamente normativo, que no permite remover, reconsiderar, volver a enjuiciar reevaluando, lo ya juzgado” (FD 3.6).

La ponderación unas veces corresponde al tribunal que dictó la sentencia y otras al que ha de dictarla por no estar los hechos enjuiciados⁶⁰.

y el juez o tribunal aplicará de oficio los preceptos de esta ley orgánica, cuando resulten más favorables al reo. b) Si se trata de un recurso de casación, aún no formalizado, el recurrente podrá señalar las infracciones legales basándose en los preceptos de esta ley orgánica. c) Si, interpuesto un recurso de casación, estuviera sustanciándose, se pasará de nuevo al recurrente, de oficio o a instancia de parte, por el término de ocho días, para que adapte, si lo estima procedente, los motivos de casación alegados a los preceptos de esta ley orgánica, y del recurso así modificado se instruirá a las partes interesadas, el fiscal y el magistrado ponente, continuando la tramitación conforme a derecho. d) En todo caso serán oídas las partes personadas”.

⁶⁰ Recoge la STS 473/2023, de 15 de junio: “Queda así establecido el marco normativo de referencia: exclusivamente el art. 2.2 CP. Esta ponderación corresponde al Tribunal que dictó la sentencia o al que está llamado a dictarla (si se trata de hechos todavía no enjuiciados), con una única excepción que hemos admitido en aras a una mejor salvaguarda del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas y por aplicación analógica (o, si se prefiere, supletoria) de una de las disposiciones transitorias del Código penal con alcance puramente procesal. En el caso de sentencias pendientes de recurso será el tribunal *ad quem* el llamado a realizar esa valoración. Pero los criterios han de ser siempre los mismos: los establecidos en la ley para graduar las penas (significativamente el art. 66 CP”) (FD 9).

3.4.8. Proporcionalidad de la pena

Este principio también se contempla de forma específica en muchas de las sentencias, es decir, cual será la pena que corresponde imponer tras la comparación entre las dos normas. La STS 437/2023 recoge:

“No hay duda de que este principio constituye una exigencia previa para la aplicación de la ley posterior más favorable. En principio parece lógico que, introducida la modificación legislativa en la que se han previsto penas menos graves a las asignadas en la anterior legislación para una conducta tipica concreta, resulta coherente el mantenimiento de la proporcionalidad de las penas en relación con el delito cometido” (FD 4) ⁶¹.

La STS 438/2023 del Pleno, que también se ocupa de esta cuestión, recoge:

“Este principio constituye una exigencia previa para la aplicación de la ley posterior más favorable. En principio parece lógico que, introducida una modificación legislativa se han previsto penas menos graves a las asignadas en la anterior legislación para una conducta tipica concreta, resulte coherente el mantenimiento de la proporcionalidad de las penas en relación con el delito cometido. Si, pese a ello, se mantuviera la misma condena en los términos en los que inicialmente fue impuesta, se incurriría en un claro quebrantamiento el principio de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la severidad de la pena” (FD 5).

Proporcionalidad aritmética. - Con carácter general no se admite, aunque se hace referencia a algunas situaciones en la que sería posible. A este respecto recoge la STS 437/2023:

“No puede acudirse en términos absolutos, y sin matizaciones, a criterios de proporcionalidad aritmética. Ello sin perjuicio de que en determinados supuestos pueda resultar un criterio de proporcionalidad igualmente admisible, pero en todo en caso debe estar motivado” (FD 4) ⁶². Esta cuestión se trata en los tres votos particulares formulados a la STS 523/2023 ⁶³.

⁶¹ Vid. M. GONZÁLEZ BEILFUSS, *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003. N.J. MATA BARANCO, *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.

⁶² La STS 438/2023, de 8 de junio, recoge: “No puede acudirse, en términos absolutos y sin más razonamientos, a criterios de proporcionalidad aritmética. Ello sin perjuicio de que en determinados supuestos pueda resultar un criterio de proporcionalidad igualmente admisible, pero en todo caso debe estar motivado” (FD 5).

⁶³ En el primero de los votos particulares se recoge: “Acudir, como hace la Sentencia de la mayoría al criterio expresado, en la motivación de la sentencia del enjuiciamiento, a la pena impuesta, para proceder a realizar una operación aritmética, supone, a mi juicio, no atender a la distinta conformación fáctica de la tipicidad que resulta de la LO 10/2022”. En el segundo de los votos: “El criterio aritmético sólo requiere sentido en las reformas

3.4.9. Pena de multa

Se plantea aquí si en la aplicación de la LO 10/2022 cabe rebajar en el artículo 178.3 la pena de prisión a multa. De esta cuestión se ocupa la STS 967/2023, de 15 de diciembre, no del Pleno, recoge:

“En la actualidad el artículo 178.3 no altera sustancialmente este aspecto, pues dispone que el órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión, en su mitad inferior o multa de 18 a 24 meses, en atención a la manor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable. Habiéndose impuesto la pena de prisión en el mínimo legal y, habiéndose descartado expresamente la posibilidad de optar por la pena de multa, no se trata, por tanto, de una previsión de la nueva regulación que pudiera considerarse más favorable, por lo que esta pretensión debe ser desestimada”.

La Fiscalía General del Estado también se opone a esta cuestión, dice:

“Como consecuencia del nuevo artículo 178.3 CP, se rechazará la de revisar las condenas impuestas con arreglo al derogado artículo 181.1 (antiguos abusos sexuales) al objeto de sustituir la pena de prisión por multa. La opción de castigar con pena de multa esas conductas ya se preveía en el derogado artículo 181.1 CP. De ahí que, una vez rechazada esa alternativa por el órgano judicial, deba entenderse que la decisión no es susceptible de ser modificada en un procedimiento de revisión”⁶⁴. Hace referencia a la sentencia anterior (967/2023).

En supuestos que encajarían en los antiguos abusos sexuales, es posible en la revisión de las condenas y rebajar la pena de prisión en su grado mínimo a la de multa de dieciocho a veinticuatro meses cuando sea factible y beneficie al reo.

legales que, respetando las tipicidades, se limitan a un cambio penológico *a la baja*. Si la modificación legislativa se concreta a establecer una pena comprendida *entre uno y tres años de prisión* para la conducta que antes castigaba con *dos a cuatro años de prisión*, se antoja muy razonable -aunque ni siquiera pueda verse en esto un dogma- cambiar la pena de *dos años* impuesta por la de *un año*. Pero, también -¿qué diferencia hay?- sustituir la de cuatro años por tres años; o reducir la de tres años a uno y seis meses”. En el tercero: “Lógicamente en el entendimiento de que la ponderación de la gravedad siempre concluye en términos aproximativos, pues difícilmente pueden reducirse las cuestiones axiológicas a cuestiones aritméticas...resulta impropio atenerse para ponderar la norma más favorable, acudir a una mera consideración aritmética”.

⁶⁴ Circular 1/2022, cit., apartado 6.

Bibliografía

- ANTÓN ONECA, J., “La generación española de la política criminal”, en *Problemas actuales de las ciencias penales y la Filosofía del derecho. Homenaje al Profesor Jiménez de Asúa*, Buenos Aires, 1970.
- CEREZO MIR, J., *Curso de Derecho Penal español. Parte general I*, Tecnos, Madrid, 1996.
- CUELLO CONTRERAS, J., *El Derecho penal español. Parte general*, Dykinson, Madrid, 2002.
- GARCÍA SÁNCHEZ, B., “La nueva concepción de la libertad sexual en la ley del ‘solo si es sí’ y su problemática aplicación retroactiva”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*. UNED, 3^a época, núm 30, 2023.
- GIL GIL, A., en Gil Gil, LACRÚZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M. y NÚÑEZ FENÁNDEZ, J., *Curso de Derecho penal. Parte general*, Dykinson, Madrid 2015.
- GONZÁLEZ BEILFUSS, M., *El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2003.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A., *Sobre la retroactividad penal favorable*, Civitas, Madrid, 2000.
- LASSO GAITÉ, J.F., *Crónica de la Codificación Española. 5. Codificación penal*, Ministerio de Justicia, Madrid, 1970.
- MARÍN ESPINOSA DE CEBALLOS, E.B., “La reforma y contrarreforma del delito de agresión sexual”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 25-24 (2023).
- MATA BARRANCO, N.J., *El principio de proporcionalidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007.
- PUENTE RODRÍGUEZ, L., “En defensa de la prescripción del delito. Una crítica a la extensión de sus plazos en los delitos sexuales cometidos contra menores de edad”, en *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 24-30 (2022).
- SERRANO GÓMEZ, A., “Sesquicentenario de la comisión de Códigos de 1843”, en *Revista de Derecho Penal y Criminología*, UNED, núm. 3, 1993.
- “Aplicación retroactiva de la reforma del Código penal por LO 10/2022 (Ley del sólo sí es sí) y posible vulneración del artículo 9.3 de la Constitución”, en *Diario LA LEY*, núm. 10509, de 21-5-2024.
- SÁNCHEZ GONZÁLEZ, M^a. D., *La codificación penal en España: los Códigos de 1848 y 1850*, Boletín Oficial del Estado. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2004.
- VALERO FERNÁNDEZ, C.Y., *Cuestiones Generales de Reroatividad penal*, Servicio Publicaciones Facultad Derecho. Universidad Complutense de Madrid, 2018.

