

Órgano: **Audiencia Provincial**

Sede: **Pamplona/Iruña**

Sección: **2**

Fecha: **02/02/2023**

Nº de Recurso: **20/2019**

Tipo de Resolución: **Auto**

## SECCIÓN SEGUNDA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE NAVARRA

Plaza del Juez Elío/Elío Epailaren Plaza, Planta

Proc.: **EJECUTORIA PENAL / EXPEDIENTE DE EJECUCIÓN Nº: 000020/2019**

Sección: C

( 10 )

2 Solairua

Pamplona/Iruña 31011

Teléfono: 848.42.41.06 - FAX 848.42.41.56

Email.: Email000 EC000

Procedimiento sumario ordinario 0000426/2016 - 00

Pieza: Pieza de Ejecución de Título Judicial - 04 NIG: 3120143220160006413

Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra de Pamplona/Iruña

Puede relacionarse de forma telemática con esta Administración a través de la Sede Judicial Electrónica de Navarra Www000

Ilmo. Sr. Presidente

( Doc. garantizado con firma electr. URL verificación: Www001 ) ( Firmado por: ANA MONTSERRAT LLORCA BLANCO, AURORA RUIZ FERREIRO, JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ ) ( CSV: 3120137002-646ec4726e8fca01cafc574ae228907cWvK1AA== ) ( Fecha: 05/02/2023 19:31 )D. JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ (Ponente)

Ilmas. Sras. Magistradas

D<sup>a</sup>. AURORA RUIZ FERREIRO

D<sup>a</sup>. ANA MONTSERRAT LLORCA BLANCO

En Pamplona/Iruña, a 2 de febrero de 2023.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**ÚNICO.- (a)** Por el Procurador de los Tribunales Sr. Bartolomé Canto Cabeza de Vaca, actuando en representación procesal del penado Sr. Aquilino, asistido por el Letrado Sr. Agustín Martínez Becerra, se presentó escrito ante este Tribunal, en la ejecutoria 20/2019, formulando "**RECURSO DE REVISIÓN DE PENA contra la sentencia dictada en su día por la Sala Segunda del Tribunal Supremo en relación con el procedimiento que consta en el exordio del presente y que es ejecutada por esta Sala**"; en el cual después de exponer cuatro alegaciones solicitaba de la Sala que se tuviera "... por interpuesto **RECURSO DE REVISIÓN DE PENA frente a la sentencia firme dictada como consecuencia del recurso de casación número 396/2019 de fecha cuatro de julio de 2.019, y previo los trámites legales que procedan acuerden revisar la pena impuesta por la sentencia declarada en su día firme, rebajando la pena impuesta de quince**

( Doc. garantizado con firma electr. URL verificación: Www001 ) ( Firmado por: ANA MONTSERRAT LLORCA BLANCO, AURORA RUIZ FERREIRO, JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ ) ( CSV: 3120137002-646ec4726e8fca01cafc574ae228907cWvK1AA== ) ( Fecha: 05/02/2023 19:31 )

años de prisión a **TRECE AÑOS Y NUEVE MESES DE PRISIÓN** que es más favorable para el reo, efectuando una nueva liquidación de condena”.

Conferido el oportuno traslado, a la expresada pretensión se opusieron;

(b) El Ministerio Fiscal, por considerar en virtud de las alegaciones expuestas que “...no procede la revisión de la pena impuesta debiendo mantenerse la que impuso el Tribunal sentenciador, esto es 15 años de prisión con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros, así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o medio informático o telemático, contacto, escrito o visual durante 20 años la medida de libertad vigilada del artículo 192.1 durante 8 años”.

(b) El Procurador de los Tribunales Sr. Carlos Caireta Ruiz, actuando en representación procesal de la denunciante, asistida por la Letrada Dña. Teresa Hermida Correa, quien después de exponer las alegaciones que tuvo por conveniente, solicitaba de la Sala que “... acuerde no haber lugar a la revisión de la condena impuesta en sentencia firme a Aquilino”.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.** - Como expresamos, en el apartado (a) del precedente antecedente de hechos probados, la representación procesal del penado Sr. Aquilino interesa la revisión de la pena privativa de libertad que le fue impuesta en la en la Sentencia número 344/2019, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo con fecha 9 de julio de 2019.

En apoyo de su pretensión dedica de la primera alegación, a subrayar, determinados extremos del Fundamento de Derecho Segundo de la “Segunda Sentencia”, en particular, en el apartado que, a continuación, transcribimos, según se refleja en el escrito presentado por la representación procesal del Sr. Aquilino

“Por el citado delito procede imponer a cada uno de los acusados

( Doc. garantizado con firma electr. URL verificación: Www001 ) ( Firmado por: ANA MONTSERRAT LLORCA BLANCO, AURORA RUIZ FERREIRO, JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ ) ( CSV: 3120137002-646ec4726e8fca01cafc574ae228907cWvK1AA== ) ( Fecha: 05/02/2023 19:31 )

**prevista, conforme a lo dispuesto en los art. 180. 1 y 2 y 74 del CP, es de 14 años, 3 meses y 1 día de prisión, que puede alcanzar hasta los 18 años de prisión, ya que según dispone el último de los artículos citados “el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado.”.**

**La citada extensión de la pena impuesta -15 años de prisión-, se encuentra muy próxima al mínimo legal, y estimamos que la misma resulta proporcionada a las circunstancias personales de los acusados y a la gravedad del hecho (art. 66, 1ª), con arreglo a la descripción que se contiene el factum de la sentencia. Siendo uno de los factores a tener en cuenta para valorar esa gravedad, la conducta de los reos posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación o no del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad (STS 5/2019, de 15 de enero).**

**En efecto, los hechos son muy graves, y la actitud de los acusados posterior a los mismos que se describe en la sentencia aumenta la culpabilidad del injusto, o la antijuridicidad de su conducta, lo que justifica la imposición de una pena superior al mínimo legalmente previsto, aunque muy cercana al mismo.”**

En la segunda alegación, se realiza un exhaustivo análisis comparativo, de los artículos, en los que por la Sala 2ª del TS, se consideró que debía ser subsumida, la conducta penalmente relevante del condenado Sr. Aquilino, recordemos 178,179 y 180 CP, en la redacción anterior y posterior a la LO 10/2022, para concluir esta parte de su alegato, señalando que “... A la vista de todo ello se puede comprobar fehacientemente que la descripción de los tipos delictivos llevada a cabo por el Legislador se ha mantenido, modificándose la horquilla penal en el sentido de reducir notablemente el mínimo de las penas señaladas para los delitos descritos”.

En la tercera alegación, desde diversas perspectivas -la propiamente normativa, y la derivada de la doctrina constitucional elaborada por el TC-, se consideran diversos aspectos del principio de *"retroactividad de la ley penal más favorable"*, proclamado en el artículo 9.3 CE, en el artículo 49.1 CDFUE y en el artículo 15.1, inciso final, del Pacto

( Doc. garantizado con firma electr. URL verificación: Www001 ) ( Firmado por: ANA MONTSERRAT LLORCA BLANCO, AURORA RUIZ FERREIRO, JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ ) ( CSV: 3120137002-646ec4726e8fca01cafc574ae228907cWvK1AA== ) ( Fecha: 05/02/2023 19:31 )

Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y codificado en el artículo 2.2 CP.

Señalando en este contexto que *"... en la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual nada establece en cuanto a la aplicación de la misma, en relación a los procedimientos ya juzgados o como en el presente caso, cuando ya está debidamente juzgado y con sentencia firme en fase de cumplimiento. Al hilo de esta afirmación ha de entender que al establecerse una norma más favorable esta debe ser aplicada, siendo la reducción de los mínimos del tipo asumibles a ser considerados como una norma más favorable, debiendo aplicarse el efecto retroactivo. De haber pretendido cualquier otra interpretación el Legislador lo habría hecho así constar en el texto de la propia norma"*.

Para finalizar esta alegación argumentando *"... en el sentido de adelantarnos a cualquier impugnación del presente recurso aludiendo a la posible aplicación de la Disposición transitoria quinta del Código Penal de la Ley 10/1995, hemos de poner de manifiesto que la misma no puede ser aplicadas a normas posteriores cuando explícitamente no se haya puesto así de manifiesto por la nueva Ley. No es la primera vez que el Legislador ha usado las Disposiciones Transitorias en este sentido. Ha de recordarse que en sentido muy similar se manifestó el Legislador en la reforma del Código Penal operada al establecer la disposición transitoria segunda.*

*La Disposición Transitoria de una Ley Orgánica sólo puede afectar sobre el texto al que se refiere, no pudiendo ser considerada como norma general de derecho la referida Disposición Transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, entendiendo que la misma se crea ad hoc y, exclusivamente afecta al periodo anterior a su publicación y no al posterior.*

*A pesar de ello hemos de indicar que la doctrina de la Sala segunda del Tribunal Supremo, ha estimado que el principio de proporcionalidad impone una interpretación menos literal y formalista de las expresadas Disposiciones transitorias, al exponer que "en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código", se ha de interpretar en el sentido de que la pena imponible resultante de tal operación de revisión*

( Doc. garantizado con firma electr. URL verificación: Www001 ) ( Firmado por: ANA MONTSERRAT LLORCA BLANCO, AURORA RUIZ FERREIRO, JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ ) ( CSV: 3120137002-646ec4726e8fca01cafc574ae228907cWvK1AA== ) ( Fecha: 05/02/2023 19:31 )

*no puede ser valorada absolutamente en abstracto, sino en concreto, es decir pena que también resulte imponible en el caso enjuiciado, bajo un criterio de consideración de todos los elementos concurrentes, y teniendo en cuenta el criterio individualizador fijado por el Tribunal sentenciador en la resolución judicial precedente ( STS 884/2011, de 22 de julio , entre otras)*

*En el mismo sentido, la referida sentencia STS 884/2011, de 22 de julio, entre otras, considera que la aplicación de este principio de proporcionalidad en la revisión de sentencias firmes por aplicación del principio de retroactividad de la norma más favorable, se puede justificar también:*

a) *Porque lo contrario constituiría un tratamiento discriminatorio en relación a los penados cuya sentencia no sea firme para quienes sí está previsto una adaptación a la nueva legalidad de acuerdo con la Disposición Transitoria Tercera de la L.O. 5/2010.*

b) *Porque aun cuando el principio de proporcionalidad no está recogido en la Constitución, no puede dudarse de su vigencia en nuestro sistema jurídico penal en su doble proyección frente al Legislador a la hora de fijar los delitos y las penas, y frente al juzgador a la hora de individualizar judicialmente la pena, recordando la STS 827/2010 que dicho principio se proyecta en dos ámbitos: el grado de culpabilidad del sujeto y la gravedad del hecho, pues en definitiva la culpabilidad y la gravedad son las medidas de la respuesta penal.*

c) *También la doctrina del Tribunal Constitucional ha reconocido la vigencia de este principio, y en relación al Legislador, declara la STS 53/1985 que "...el legislador ha de tener siempre presente la razonable exigibilidad de una conducta y la proporcionalidad de la pena en caso de incumplimiento*

d) *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea en su art. II-109 - Título VI, reconoce los principios de legalidad y de proporcionalidad de delitos y penas señalando que "...la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción..."*.

e) *Del propio modo, la Ley Orgánica 1/2008, de 30 de julio, por la que se autoriza la ratificación por España del Tratado de Lisboa, y por el que se modifican el Tratado de la Unión Europea y el Tratado Constitutivo*

( Doc. garantizado con firma electr. URL verificación: Www001 ) ( Firmado por: ANA MONTSERRAT LLORCA BLANCO, AURORA RUIZ FERREIRO, JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ ) ( CSV: 3120137002-646ec4726e8fca01cafc574ae228907cWvK1AA== ) ( Fecha: 05/02/2023 19:31 )

*de la Comunidad Europea, firmado en la capital portuguesa el 13 de diciembre de 2007, en su art. 49 , tras disponer la aplicación retroactiva más favorable al reo ( " si con posterioridad a esta infracción la ley dispone una pena más leve, deberá aplicarse ésta ), proclama en su apartado 3 que "la intensidad de las penas no deberá ser desproporcionada en relación con la infracción " .*

*En sentencia penal más reciente, volvemos a comprobar que la argumentación legal para sostener la no revisión penal se sustenta sobre la aplicabilidad de la disposición transitoria, ausente en este caso y la determinación del carácter más favorable de la nueva norma. Así la STS 298/2017 de 27 de abril de 2.017 indica que "Según el artículo 2.2 del Código Penal, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviera cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la ley más favorable, será oído el reo. Por otro lado, nada impide que los criterios contenidos en las Disposiciones Transitorias Primera y Segunda de la LO 1/2015, aunque no aparecen en la LO 2/2015 (EDL 2015/32371), que regula de nuevo los delitos de terrorismo, sean aplicables también a estos casos. En dichas disposiciones se establece el efecto retroactivo de las disposiciones más favorables, reiterando lo dispuesto en el artículo 2.2 del Código Penal (EDL 1995/16398). Se precisa, sin embargo, en primer lugar, que en la determinación de la ley más favorable deberán ser tenidas en cuenta las normas completas del Código en su redacción anterior y las resultantes de la reforma; en segundo lugar, que se aplicará la disposición más favorable considerada taxativamente y no por el ejercicio del arbitrio judicial; y que en las penas privativas de libertad no se considerará más favorable esta Ley cuando la duración de la pena anterior impuesta al hecho con sus circunstancias sea también imponible con arreglo a esta reforma del Código, exceptuándose el supuesto en que esta Ley contenga para el mismo hecho la previsión alternativa de una pena no privativa de libertad, pues, en tal caso, deberá revisarse la sentencia . De esta regulación resulta que el criterio aplicable para establecer la disposición más favorable se referencia a la pena impuesta y a la que sería imponible con arreglo a la nueva regulación, sin que se haga mención alguna a los criterios o sistemas de ejecución. No*

( Doc. garantizado con firma electr. URL verificación: Www001 ) ( Firmado por: ANA MONTSERRAT LLORCA BLANCO, AURORA RUIZ FERREIRO, JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ ) ( CSV: 3120137002-646ec4726e8fca01cafc574ae228907cWvK1AA== ) ( Fecha: 05/02/2023 19:31 )

*obstante, ha de tenerse en cuenta que algunas de las normas relativas a las formas de ejecución de las penas repercuten en la duración temporal efectiva de las mismas, por lo que cabe plantearse si pueden ser valoradas igualmente. La respuesta ha de ser afirmativa, si bien con una importante precisión. La disposición más favorable habrá de ser determinada considerándola taxativamente, y no por el ejercicio del arbitrio judicial. En consecuencia, prescindiendo de las particularidades que resultarían del caso particular de cada penado en la ejecución de las penas, solamente podrán ser valoradas a estos efectos aquellas normas de aplicación ineludible, no dependientes de las particularidades de la situación individual de cada penado, que afecten a la duración efectiva de la pena."*

*Abonando tesis similar y estimando la solicitud de de revisión de penas se pronuncia la STS 82/2016 de 11 de febrero de 2.016 y que tiene en cuenta la duración de la pena impuesta, al hecho de las circunstancias personales del reo y por lo tanto acudiendo a las reglas de individualización, lo que implica indefectiblemente la aplicación taxativa de la disposición más favorable (fundamento jurídico primero).*

*Para concluir la argumentación en base al cual se solicita la revisión de la condena y la reducción de la pena privativa de libertad impuesta al Sr. Aquilino, alegando "... Tal y como hemos indicado la sentencia cuya revisión se pretende, en su apartado destinado a la individualización de la pena indicó que conforme a lo dispuesto en el artículo 180.1 y 2 y el artículo 74 del Código Penal se establecía el margen sobre el que podía fijar la pena de 14 años, 3 meses y un día hasta los 18 años de prisión.*

*Para ello se parte de una pena prevista en el artículo 180 – vinculada con el artículo 179- cuyo alcance mínimo era de doce años hasta los quince años como pena máxima, debiendo imponerse en su mitad superior, al darse dos circunstancias descritas en el propio artículo. A ello debemos, en aplicación del artículo 74 del Código*

Penal, castigar la infracción más grave, imponiendo la pena en su mitad superior, pudiendo llegar a la mitad inferior de la pena superior en grado.

*Con la aplicación de la Ley Orgánica 10/2022 de garantía integral de la libertad sexual modifica la sanción penal, el idéntico tipo penal modifica la extensión de la pena de siete años a los quince años. Siendo así y aplicando igualmente la previsión legal del artículo 74 del Código penal, la*

( Doc. garantizado con firma electr. URL verificación: Www001 ) ( Firmado por: ANA MONTSERRAT LLORCA BLANCO, AURORA RUIZ FERREIRO, JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ ) ( CSV: 3120137002-646ec4726e8fca01cafc574ae228907cWvK1AA== ) ( Fecha: 05/02/2023 19:31 )

*horquilla penal a la que se vería afecto mi mandante iría desde los trece años y un día hasta los dieciocho años.*

*Teniendo en consideración los criterios particulares que se expusieron en la sentencia condenatoria fue intención del Juzgador acercarse al mínimo legal previsto, es decir, a esos catorce años tres meses y un día, fijándola en QUINCE AÑOS. Nueve meses más del mínimo legal posible.*

*Resulta evidente que si los hechos juzgados en su día, lo hubieran sido en aplicación del texto legal en vigor en la actualidad la pena sería inferior. En atención a ello, y considerando la pena más favorable, atendiendo a criterios taxativos y no arbitrarios. Para fijar la pena en su día se tuvo en consideración las circunstancias del caso y del autor, deben ser esas las mismas que se apliquen a los efectos de la revisión de la pena. De acuerdo con todo ello, la reducción de la pena con todas las consecuencias que le fueran favorables debe llevarse a cabo por la Sala a la que tenemos el honor de dirigirnos fijando la pena de prisión en TRECE AÑOS Y NUEVE MESES”.*

**SEGUNDO.** – Por su parte el Ministerio público, como hemos indicado anteriormente, se opone a la pretensión de revisión, argumentando a este respecto, después de reseñar el contenido de la misma “...Entendemos preciso valorar de inició cuáles sean las penas a imponer atendiendo a la calificación jurídica de la Sentencia cuya revisión se interesa con la legislación vigente en el momento en que fue dictada y la regulación actual.

*La Sentencia del Tribunal Supremo nº 344/2019 de 4 de julio dictada en el recurso de casación nº 396/2019, condenó a los acusados y en concreto al Sr. Aquilino como autor responsable de un delito continuado de violación de los artículos 178, 179, 180 1º y 2º del C.P. a la pena de 15 años de prisión y a 8 años de libertad vigilada.*

*La pena tipo a imponer según lo determinado en el artículo 180 párrafos 1 y 2 era de doce a quince años de prisión, debiendo imponerse en su mitad superior si concurrieran como en este caso dos o más de las circunstancias previstas en el apartado anterior, circunstancia concurrente, en tanto que se contemplaron la 1ª, “cuando la violencia o intimidación*

( Doc. garantizado con firma electr. URL verificación: Www001 ) ( Firmado por: ANA MONTSERRAT LLORCA BLANCO, AURORA RUIZ FERREIRO, JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ ) ( CSV: 3120137002-646ec4726e8fca01cafc574ae228907cWvK1AA== ) ( Fecha: 05/02/2023 19:31 )

*ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio” y la 2ª “cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas”. Por tanto, la pena tipo en abstracto, sería de 13 años y 6 meses a 15 años.*

*La L.O. 10/2022 tipifica la violación en los artículos 178, 179 y 180 del*

*C.P. En el presente caso, los hechos resultan perfectamente incardinables en los citados artículos de tal modo que la pena tipo para el delito de violación del artículo 179 es de 4 a 12 años y si concurre alguna de las circunstancias previstas en el artículo 180 es de 7 a 15 años. Por otra parte, el apartado 2 del artículo 180 del C.P. determina que cuando concurren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas respectivamente previstas en el apartado 1 de este artículo se impondrán en su mitad superior.*

*En el caso que nos ocupa concurren las circunstancias de “actuación conjunta de más de dos personas” y “cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio”, por tanto, es de aplicación el artículo 180 1º y 2º del C.P.*

*La pena básica sería de 7 a 15 años de prisión y la mitad superior de la misma iría de los 11 a los 15 años de prisión.*

*Dado que se trata de un delito continuado, la pena deberá imponerse en su mitad superior pudiendo alcanzar la mitad inferior de la pena superior en grado.*

*Así, con la regulación anterior la pena a imponer, como señala el Tribunal Supremo en su Sentencia iría de los 14 años, 3 meses y un día a los 18 años de prisión.*

*Y con la redacción vigente iría de los 13 a los 18 años de prisión.*

*En este punto es donde consideramos que el recurrente hace una valoración inadecuada de la pena a imponer. Refiere que la Sentencia del Tribunal Supremo cuando justifica la pena impuesta señala que se encuentra muy próxima al mínimo legal y lo que plantea es reducir matemáticamente la pena a imponer. Dado que se le impuso 9 meses más que el mínimo legal, considera que debe hacerse la misma operación*

*( Doc. garantizado con firma electr. URL verificación: Www001 ) ( Firmado por: ANA MONTSERRAT LLORCA BLANCO, AURORA RUIZ FERREIRO, JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ ) ( CSV: 3120137002-646ec4726e8fca01cafc574ae228907cWvK1AA== ) ( Fecha: 05/02/2023 19:31 )*

*matemática y por tanto imponerle 9 meses más de prisión respecto de la mínima, esto es 13 años y 9 meses de prisión.*

*A nuestro entender ello no puede ser acogido, habida cuenta de que la pena impuesta en su momento, puede serlo con la legislación vigente y especialmente porque el Juzgador optó por poner la máxima prevista para el tipo penal 15 años, sin subir en grado por la continuidad delictiva, y si aplicamos este criterio, la pena sería exactamente la misma, 15 años de prisión. Si la voluntad del Tribunal hubiera sido imponer una pena inferior, atendiendo a las circunstancias concurrente tenía margen para haberlo hecho y no lo hizo, por lo que consideró proporcionada dicha pena y así lo justificó. El tratar de hacer un cálculo matemático de las penas a imponer, consideramos que puede suponer en la práctica la modificación de la voluntad del Tribunal sentenciador que impuso la pena.*

*En cuanto a las alegaciones jurídicas formuladas por el recurrente, nada que objetar en cuanto al efecto retroactivo de la norma penal más favorable como principio reconocido por el Tribunal Constitucional y recogido en el artículo 2.2 del Código Penal, pero sí respecto a la interpretación que realiza de la aplicación de la norma más favorable.*

*Señala que no es de aplicación la Disposición Transitoria Quinta del Código Penal modificado por L.O. 10/1995, máxime cuando ninguna disposición transitoria se ha recogido en la L.O. 10/2022.*

*Efectivamente, no se recoge Disposición Transitoria semejante a la del Código Penal de 1995, pero ello no impide que se aplique la Doctrina nacida del Tribunal Supremo, fijando los criterios interpretativos de dicha disposición.*

*En este sentido, se pronuncia el Decreto de la Fiscalía General del Estado de 21 de noviembre de 2022, que dice: (.../...)"*

*Para concluir su argumentación considerando "...que no procede la revisión de la pena impuesta debiendo mantenerse la que impuso el Tribunal sentenciador, esto es 15 años de prisión con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y prohibición de acercamiento a la denunciante, su domicilio, lugar de trabajo o a cualquier otro que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a los 500 metros, así como la prohibición de comunicación, por cualquier medio de comunicación o*

*( Doc. garantizado con firma electr. URL verificación: Www001 ) ( Firmado por: ANA MONTSERRAT LLORCA BLANCO, AURORA RUIZ FERREIRO, JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ ) ( CSV: 3120137002-646ec4726e8fca01cafc574ae228907cWvK1AA== ) ( Fecha: 05/02/2023 19:31 )*

*medio informático o telemático, contacto, escrito o visual durante 20 años la medida de libertad vigilada del artículo 192.1 durante 8 años".*

**TERCERO.** – La representación procesal de la denunciante, igualmente se opuso a la revisión pretendida, reseñando en la primera alegación de su escrito de impugnación, el contenido de la expresada Sentencia 344/2019, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.

*Mientras que en la segunda sintetiza el contenido del escrito presentado por la representación procesal del Señor Aquilino; para exponer sus concretos argumentos de impugnación de la tercera alegación, señalando que: "...Para la revisión de la pena en los procedimientos afectados por Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de Garantía Integral de la Libertad Sexual, ha de realizarse un análisis individualizado de las circunstancias concurrentes en cada uno de ellos, tomando en consideración la totalidad de las normas aplicables con arreglo a la actual y a la anterior redacción del Código Penal.*

*La cuestión es, por tanto, si cabe, en aplicación estricta del principio de la retroactividad de la ley penal más favorable, principio consagrado en el artículo 9.3 de la Constitución española de 1978 y en el artículo 2.2 del*

Código Penal, revisar la pena impuesta a Aquilino para adaptarla a la nueva penalidad, o por el contrario, si es posible mantener la condena atendiendo al criterio -recogido en Disposiciones Transitorias de otras leyes- de que la pena en abstracto sería susceptible de ser impuesta con la nueva Ley”.

Concretando los preceptos del ACP que fueron aplicados para subsumir la conducta penalmente relevante del Sr. Aquilino, para puntualizar “...*Conforme a la nueva regulación dada, la pena imponible a los hechos que fueron enjuiciados en el Procedimiento Sumario Ordinario 426/2016 origen de la presente ejecutoria penal, es la misma en su límite máximo que la asignada en la anterior regulación.*

*En este sentido, la pena asignada con la nueva normativa por el artículo 180.1 es de siete a quince años de prisión, pero al concurrir dos de los subtipos agravados de los establecidos en el número 1 y 2 del mismo artículo obliga a imponer esa pena en su mitad superior.*

( Doc. garantizado con firma electr. URL verificación: Www001 ) ( Firmado por: ANA MONTSERRAT LLORCA BLANCO, AURORA RUIZ FERREIRO, JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ ) ( CSV: 3120137002-646ec4726e8fca01cafc574ae228907cWvK1AA== ) ( Fecha: 05/02/2023 19:31 )

*Como se ve, y se ha indicado, la pena imponible a los hechos enjuiciados con la nueva normativa es la misma en su límite máximo que la asignada en la anterior. De suerte que, en contra de lo alegado por la defensa del penado, la extensión de la pena de quince años impuesta en sentencia no se encuentra próxima al mínimo legal de la norma ahora vigente, pena de siete a quince años, cuando la misma ha de imponerse en este caso, conforme a los fundamentos de derecho contenidos en la mencionada sentencia, en su mitad superior por la concurrencia de dos agravantes genéricas con aplicación además para el cálculo de su extensión de lo previsto en el art. 74 del CP, y que establecía la extensión de la pena desde los catorce años, tres meses y un día de prisión a los dieciocho años.*

*Por lo que, la pena sería igualmente imponible en abstracto, habiendo razón que justifique la diferente individualización concreta dentro del tramo legal.*

*Esa individualización discrecional está regida por los criterios que establece la regla sexta del artículo 66.1 del Código Penal, establecida para los casos de no concurrencia de circunstancias modificativas, pero de alcance general, esto es "las circunstancias personales del culpable y la mayor o menor gravedad del hecho". El Tribunal Supremo, en la Sentencia objeto de esta ejecutoria, estimó esos factores como justificativos de la imposición de una pena por encima del límite mínimo legal, en concreto en su Fundamento de Derecho Segundo, Apartado 1.1, el Alto Tribunal, en relación a la pena de quince años impuesta a los penados, y en concreto, al Sr. Aquilino, declaro que "estimamos que la misma resulta proporcionada a las circunstancias personales de los acusados y a la gravedad del hecho (art. 66, 1ª), con arreglo a la descripción que se contiene el factum de la sentencia. Siendo uno de los factores a tener en cuenta para valorar esa gravedad, la conducta de los reos posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación o no del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad (STS 5/2019, de 15 de enero).*

*En efecto, los hechos son muy graves, y la actitud de los acusados posterior a los mismos que se describe en la sentencia aumenta la*

( Doc. garantizado con firma electr. URL verificación: Www001 ) ( Firmado por: ANA MONTSERRAT LLORCA BLANCO, AURORA RUIZ FERREIRO, JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ ) ( CSV: 3120137002-646ec4726e8fca01cafc574ae228907cWvK1AA== ) ( Fecha: 05/02/2023 19:31 )

*culpabilidad del injusto, o la antijuridicidad de su conducta, lo que justifica la imposición de una pena superior al mínimo legalmente previsto"*

Argumentando a continuación, en relación con los criterios establecidos por la Fiscalía General del Estado en Decreto de fecha 21 de noviembre de 2022, y citar determinados precedentes jurisprudenciales, concretados entre otras en la STS 536/2016, de 17 de junio, para concluir afirmando que en base a las razones expuestas " *NO procede la revisión de la condena impuesta en su día a Aquilino en la presente causa, debiendo mantenerse la misma en toda su extensión*".

**CUARTO.**– Así planteada la solicitud de revisión y formulada la impugnación de la misma por la Ilma. Sra. Fiscal y la Sra. Letrada de la acusación particular, apreciamos que las referidas partes, muestran una opinión coincidente en términos generales;

(i) En cuanto a los preceptos del CP reformados por la LO 10/2022, en los que puede subsumida la conducta penalmente reprochable al Señor Aquilino, por cuanto la expresada Ley Orgánica tipifica la violación en los artículos 178, 179 y 180; siendo así que en el caso de autos concurren las circunstancias de "actuación conjunta de más de dos personas" y "cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema

*gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio*", por tanto interminables el artículo 180 1 1ª y 2ª y 2 NCP.

(ii) Igualmente por lo que respecta al arco punitivo que, fue tomado en consideración, el tenido en cuenta por la Sala 2ª del Tribunal Supremo, abarca 14 años, 3 meses y un día a los 18 años de prisión. Mientras que, por aplicación de la nueva regulación, si bien se mantiene el límite superior en los expresados 18 años de prisión, se reduce el umbral inferior a 13 años de prisión.

Así las cosas, primeramente, indicaremos que el principio de legalidad contiene una prohibición de irretroactividad de la norma penal, que es completado en el ordenamiento español por el principio de aplicación de la norma posterior más favorable. El Código Penal vigente reconoce el efecto retroactivo de las normas penales en el art. 2.2 -por todas STS 2ª 296/2015, de 6-10-.

En el presente momento, ya podemos apreciar, existe una

( Doc. garantizado con firma electr. URL verificación: Www001 ) ( Firmado por: ANA MONTSERRAT LLORCA BLANCO, AURORA RUIZ FERREIRO, JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ ) ( CSV: 3120137002-646ec4726e8fca01cafc574ae228907cWvK1AA== ) ( Fecha: 05/02/2023 19:31 )

concreta doctrina jurisprudencial -a los efectos del artículo 1.7 del Código Civil-, sobre la acomodación de la pena al nuevo texto legal tras la LO 10/2022; en concreto:

Señala el Alto Tribunal en la STS 930/2022, de 30-11 : << es obligatoria por aplicarse la retroactividad de la ley penal más favorable al reo en virtud de ley posterior más beneficiosa, (aplicando el art. 2.2 CP ) como en este caso ha ocurrido, lo cual alcanza a un proceso de revisión de penas no solo a las que se encuentren en fase de ejecución, sino, también, a las que se encuentren en fase de dictado de sentencia, bien en plena terminación de juicio oral, bien en virtud de resolución de recurso de apelación o de recurso de casación, valorando si la pena a imponer puede ser más beneficiosa.>>

Mientras que, se razona en la STS 2ª 985/2022 de 21 de diciembre << *La justificación del principio de retroactividad de la ley penal más favorable se encuentra en razones de justicia, ya que es contrario a elementales criterios de justicia que se siga aplicando una ley reconocida como demasiado severa.*

*Es cierto que cuando la pena impuesta para el caso de que la pena en concreto que se puso en la sentencia fuera imponible también en el nuevo texto, en este supuesto la pena no se modificaría, pero siempre que no se vea afectada por el juego de la pena mínima, tanto en la mitad inferior del arco de la pena como en la mitad superior, ya que en estos casos la revisión de la pena a la baja será necesaria cuando en el mínimo de la mitad inferior o superior de la pena con arreglo a la antigua ley y la actual, el de la nueva ley sea menor, en cuyo caso habría que rebajar la pena a imponer>>.*

Añadiendo esta última resolución en su FD 10º << *Finalmente no resulta ocioso señalar que al razonar así-como dijimos en STS 564/2012, de 5-7 - "no se está postulando una sustitución del gobierno de las normas por el gobierno de los Jueces, fruto de un indeseado activismo judicial sino reconocer que desde el principio constitucional que constituye el eje de la legitimación del poder judicial: el sometimiento a la Ley que preceptúa el art. 117 de la Constitución, tal sometimiento lo es desde el respeto y valores de los principios constitucionales que deben inspirar y orientar la aplicación de la legislación penal ordinaria, máxime cuando lo*

( Doc. garantizado con firma electr. URL verificación: Www001 ) ( Firmado por: ANA MONTSERRAT LLORCA BLANCO, AURORA RUIZ FERREIRO, JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ ) ( CSV: 3120137002-646ec4726e8fca01cafc574ae228907cWvK1AA== ) ( Fecha: 05/02/2023 19:31 )

*que está en juego es un valor tan relevante como es la libertad individual, y en relación con ello el principio de retroactividad de las leyes favorables.">>.*

Como acabamos de señalar, la expresada doctrina jurisprudencial avala la inmodificabilidad de la pena impuesta, como lo es en el presente caso en sentencia ejecutoria, cuando la misma, fuera imponible también por aplicación del nuevo texto penal.

En definitiva, este es el criterio de ya acordamos, en Junta de Magistrados de la Audiencia Provincial de Navarra del pasado 24 de noviembre de 2022 en concreto " *No se procederá a la revisión de la pena en aquellos casos en que la pena impuesta, resultare también imponible con arreglo al nuevo marco legal establecido por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, y regular en un mismo precepto penal dos conductas típicas que anteriormente ostentaban diferente reprochabilidad*".

Ciertamente, asistiría la razón, a la parte solicitante de la revisión, si la pena en concreto impuesta, hubiera sido la "mínima imponible", supuesto contemplado, en la antes citada STS 2ª 930/2022, de 30-11,FD 8º, al efecto se argumenta << *Hay que recordar que en el caso concreto que nos ocupa, la sentencia de instancia impuso*

la pena de 13 años y 6 meses al considerar procedente la pena interesada por el Ministerio Fiscal, vinculado por el principio acusatorio al ser la mínima imponible, sin adicionar por ello, criterio alguno de individualización penológica, pero dado que el Tribunal de apelación admitió que "sí debieron existir conversaciones previas entre el Ministerio Fiscal y la defensa orientadas a que se produjera una rebaja de petición de la pena para el caso de que el acusado admitiera los hechos".

Como así acaeció, dado que el Ministerio Fiscal en su escrito de acusación había solicitado la pena de 15 años, se puede concluir que la petición del Ministerio Fiscal, con la actual ley, hubiese sido también en su mínimo imponible, 12 años y 6 meses.>>

Pero no es esto lo que acontece en este caso ahora sometido a nuestra consideración.

En efecto, reproducimos a continuación, el contenido íntegro del ordinal 1º -apartado 1.1- del FD 2º de la expresada "Segunda Sentencia",

( Doc. garantizado con firma electr. URL verificación: Www001 ) ( Firmado por: ANA MONTSERRAT LLORCA BLANCO, AURORA RUIZ FERREIRO, JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ ) ( CSV: 3120137002-646ec4726e8fca01cafc574ae228907cWvK1AA== ) ( Fecha: 05/02/2023 19:31 )

Sentencia número 344/2019, dictada por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo con fecha 9 de julio de 2019 << SEGUNDO.- Que por las razones expresadas en los Fundamentos Jurídicos de la sentencia de casación procede la estimación de los recurso interpuestos por el Ministerio Fiscal y por la representación procesal del Ayuntamiento de Pamplona, y parcialmente los presentados por la Acusación Particular y por el Asesor Jurídico Letrado de la Comunidad Foral de Navarra, y en consecuencia los hechos declarados probados deben ser calificados y penados:

1º Como un delito continuado de violación de los artículos 178 y 179 CP, con las agravaciones específicas del art. 180.1. 1ª y 2ª.

1.1. Por el citado delito procede imponer a cada uno de los acusados la pena de 15 años de prisión. La extensión de la pena legalmente prevista, conforme a lo dispuesto en los art. 180. 1 y 2 y 74 del CP, es de 14 años, 3 meses y 1 día de prisión, que puede alcanzar hasta los 18 años de prisión, ya que según dispone el último de los artículos citados "el que, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión, realice una pluralidad de acciones u omisiones que ofendan a uno o varios sujetos e infrinjan el mismo precepto penal o preceptos de igual o semejante naturaleza, será castigado como autor de un delito o falta continuados con la pena señalada para la infracción más grave, que se impondrá en su mitad superior, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado."

La citada extensión de la pena impuesta -15 años de prisión-, se encuentra muy próxima al mínimo legal, y estimamos que la misma resulta proporcionada a las circunstancias personales de los acusados y a la gravedad del hecho (art. 66, 1ª), con arreglo a la descripción que se contiene el factum de la sentencia. Siendo uno de los factores a tener en cuenta para valorar esa gravedad, la conducta de los reos posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación o no del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad (STS 5/2019, de 15 de enero).

En efecto, los hechos son muy graves, y la actitud de los acusados posterior a los mismos que se describe en la sentencia aumenta la culpabilidad del injusto, o la antijuridicidad de su conducta, lo que justifica

( Doc. garantizado con firma electr. URL verificación: Www001 ) ( Firmado por: ANA MONTSERRAT LLORCA BLANCO, AURORA RUIZ FERREIRO, JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ ) ( CSV: 3120137002-646ec4726e8fca01cafc574ae228907cWvK1AA== ) ( Fecha: 05/02/2023 19:31 )

la imposición de una pena superior al mínimo legalmente previsto, aunque muy cercana al mismo.>>

Como hemos, se verifica por el Alto Tribunal una minuciosa labor de individualización, y por lo que a efectos de resolución de la pretensión de revisión formulada aplicando los criterios de individualización tomados en consideración, la pena de 15 años de prisión en su momento impuesta al Sr. Aquilino, resulta igualmente susceptible de imposición con arreglo a la nueva regulación de los delitos contra la libertad sexual.

**QUINTO.** – A las resoluciones que resuelven el incidente de revisión de sentencias firmes, les es aplicable el mismo régimen de recursos que a la sentencia revisada, debiendo limitarse la impugnación a la corrección o no de los aspectos revisados.

## PARTE DISPOSITIVA

*En atención a lo expuesto, esta Sala acuerda, que NO PROCEDE la revisión de la pena de 15 años de prisión impuesta al Sr. Aquilino.*

Notifíquese esta resolución al penado, su representación procesal y al Ministerio Fiscal, así como al resto de partes personadas, haciéndoles saber que contra la presente resolución que resuelve el incidente de **revisión** de sentencias le es aplicable el mismo régimen de recursos que cabía interponer contra la sentencia revisada, motivo por el que frente a la misma cabe interponer RECURSO DE APELACIÓN, en el término de DIEZ DÍAS contados desde el siguiente a su notificación, a resolver por el TSJ de Navarra.

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

Doc. garantizado con firma electr. URL verificación: Www001

CSV: 3120137002-646ec4726e8fca01cafc574ae228907cWvK1AA==

Fecha: 05/02/2023 19:31

Firmado por:

ANA MONTSERRAT LLORCA BLANCO, AURORA RUIZ FERREIRO,

JOSÉ FRANCISCO COBO SÁENZ

( La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes. ) ( 18 )