EXAMEN DE LA DOCTRINA EMANADA DEL TRIBUNAL SUPREMO (PLENOS) EN RELACIÓN A LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LO 10/22 DE 6 DE SEPTIEMBRE DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL.

María José Cortés López.

Juez sustituta.

Sumario:

1- Ideas generales sobre la retroactividad de la ley penal.

2- Examen de la doctrina emanada del Tribunal Supremo (sentencias del Pleno) en relación con la aplicación retroactiva de la LO 10/22 de 6 de septiembre de garantía integral de la libertad sexual.

3- Conclusiones.

1- IDEAS GENERALES SOBRE LA RETROACTIVIDAD DE LA LEY PENAL.

Nuestro Código Penal sanciona la irretroactividad de la ley penal en su artículo 1 cuando establece que: *no será castigada ninguna acción u omisión que no esté prevista como delito por ley anterior a su perpetración*. Y su artículo 2, con respecto a las penas a imponer, dispone, que *no será castigado ningún delito con pena que no se halle prevista por ley anterior a su perpetración. Carecerán, igualmente, de efecto retroactivo las leyes que establezcan medidas de seguridad.*

No obstante, lo anterior, este principio tiene una excepción que también prevé nuestro Código Penal en su artículo 2.2: *"No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario".*

A modo de introducción hemos de señalar que para que un hecho sea típico y, por lo tanto, pueda ser catalogado como delictivo, se exige su predeterminación: es decir, debe existir una descripción de la conducta prohibida con anterioridad a la comisión de esta.

No habría seguridad jurídica alguna si la norma aplicable no fuera anterior a la conducta a la que se aplica, pues no habría conocimiento de las consecuencias de los propios actos en el único momento relevante para ejercitar la propia autonomía: el de la realización del acto, el del ejercicio de la libertad.

El que la ley deba ser no solo *certa*, sino también *praevia*, es algo tan insoslayable a partir del valor de la seguridad jurídica que, en la propia enunciación del principio de legalidad penal como derecho fundamental (artículo 25.1 de la Constitución), y más allá de la proclamación como principio de la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables (art. 9.3), se menciona dos veces el factor temporal: nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta -delito leve- o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento.

La retroactividad penal favorable se revela como un imperativo de la justicia, como una consecuencia del principio de proporcionalidad o la más amplia prohibición de exceso. Debemos aplicar la norma posterior al hecho menos punitiva para el encausado si esta es el fruto de una valoración distinta del injusto penal. Seguir castigando hoy lo que ya no nos parece lesivo o reprochable sería tanto como aplicar una pena que se considera excesiva o innecesaria.

Aunque con frecuencia se invocan razones humanitarias, la retroactividad de la ley más benigna posee un fundamento de justicia. La modificación de la ley es signo de un cambio valorativo operado en el ordenamiento jurídico: el legislador manifiesta una revisión de su primitiva concepción. Mantener a ultranza la irretroactividad equivaldría a condenar al autor de acuerdo con una concepción más severa que el propio ordenamiento jurídico repudió y la ley ya no profesa. Se vulneraría, en definitiva, la justicia material.

El postulado de retroactividad penal favorable no tiene que ver, en principio, ni con la seguridad jurídica, ni con el principio de legalidad, ni con la tipicidad del delito.

Que el principio de retroactividad favorable al reo no se encuentre expresamente recogido en la Constitución no significa que carezca de fundamento o rango constitucional. Aunque esta garantía nada tiene que ver con la seguridad jurídica o la garantía de previsibilidad, la evolución de este principio en nuestro ordenamiento está unida al principio de legalidad; y es que este postulado se recoge en los apartados relativos al mismo en:

- el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art.15.1);

- la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (art.49.1).

2. EXAMEN DE LA DOCTRINA EMANADA DEL TRIBUNAL SUPREMO (SENTENCIAS DEL PLENO) EN RELACIÓN CON LA APLICACIÓN RETROACTIVA DE LA LO 10/22 DE 6 DE SEPTIEMBRE DE GARANTÍA INTEGRAL DE LA LIBERTAD SEXUAL.

Con carácter previo hemos de señalar que, para realizar ese examen, no vamos a analizar por separado cada una de las resoluciones dictadas al respecto, sino que vamos a llevar a cabo un examen conjunto de todas ellas para extraer de allí una serie de conclusiones que nos ayuden a centrar y clarificar la cuestión (todo ello sin perjuicio de que al final de este epígrafe se consignen todas las sentencias del Pleno analizadas).

En consecuencia, dividimos este examen en los siguientes puntos:

A. ¿Por qué se resuelve la cuestión de la retroactividad en sentencias del Pleno y no a través de Acuerdos no Jurisdiccionales?

Tradicionalmente la Sala Segunda, ha fijado doctrina sobre determinados aspectos oscuros o incompletos de la ley penal mediante los Acuerdos de Pleno no Jurisdiccionales, los cuales eran después refrendados jurisprudencialmente a través de sentencias reiteradas en las que se recogía el sentido interpretativo alcanzado, como órgano colegiado y deliberativo, por la mayoría del Tribunal. Este mecanismo, instrumento esencial para llevar a cabo la función nomofiláctica a la que está llamado el Tribunal Supremo, encontraba su fundamento en el artículo 264.1 de la LOPJ que recogía que " *los Magistrados de las diversas Secciones de una misma Sala se reunirán para la unificación de criterios y la coordinación de prácticas procesales*", sin perjuicio de que se reconocía a cualquier magistrado una libertad de criterio para resolver los concretos recursos de los que llegara a conocer en el ejercicio de sus funciones jurisdiccionales.

De este modo, los Acuerdos de Pleno no Jurisdiccionales han operado como un mecanismo para identificar el posicionamiento de la Sala Segunda del Tribunal Supremo respecto de determinadas cuestiones y facilitar una estabilidad jurisprudencial cualquiera que fuera la composición de la Sección que conociera en casación de los distintos recursos en los que pudiera suscitarse un debate que hiciera referencia a la misma controversia jurídica, facilitando con ello la coincidencia de sus respuestas y una homogeneidad en la aplicación de la ley en todas las instancias y territorios.

Este mecanismo fue abolido con ocasión de la reforma de la Ley Orgánica del Poder Judicial, operada por LO 7/2015, de 21 de julio, que no sólo eliminó la previsión legal de abordar los Acuerdos no Jurisdiccionales de Unificación de Criterios anteriormente descritos, sino que estableció que el mecanismo para lograr una parificación entre las respuestas judiciales ofrecidas

por las distintas Secciones de una misma Sala *sería la adopción de decisiones jurisdiccionales en Pleno, esto es, que todos los integrantes de la Sala enjuicien uno o varios asuntos en los que se suscite el sentido interpretativo en la aplicación de un punto controvertido de la ley*.

El actual sistema vincula a todos los integrantes del Tribunal con la respuesta y el criterio mayoritario de la Sala, dado que la doctrina constitucional subraya la obligación de motivar cualquier resolución judicial que entrañe el cambio de criterio, como garantía de que un mismo Tribunal no modifica arbitrariamente sus decisiones en casos sustancialmente iguales.

No obstante, se corre el riesgo con este sistema, de que la doctrina que así se establezca quede formulada en términos más difusos que los literales Acuerdos no Jurisdiccionales que se han eliminado.

B. Consideraciones generales sobre la LO 10/2022 de 6 de septiembre.

A pesar de que se ha planteado como argumento en algunos de los recursos de casación interpuestos tras la entrada en vigor de la citada LO, esta reforma no ha supuesto despenalización alguna de ciertos tipos penales en relación con la versión anterior del Código. Lo que se ha hecho es reconducir la delincuencia sexual a la agresión sexual y reubicar las distintas conductas por delitos sexuales contra mayores y menores de edad bajo la figura única de la agresión sexual con distintos matices en atención a las circunstancias concurrentes.

Como señala el propio Tribunal Supremo, la Ley Orgánica 10/2022 no comporta una pura y simple modificación de la nomenclatura empleada en los delitos contra la libertad sexual, pasando a denominar agresión sexual a cuantas conductas eran incluidas hasta entonces en la agresión y en el abuso. Constituye un cambio de paradigma, una ruptura, de nuestro sistema tradicional. El legislador, con carácter general, decide prescindir de los métodos empleados para el abordaje sexual inconsentido (violencia, intimidación, abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, actos ejecutados sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusara o cuando, por cualquier causa, tuviera anulada su voluntad) como elemento discriminador de la gravedad de las conductas, pasando a considerar que, *en todos los casos y cuando el consentimiento falta o ha sido obtenido de forma ilegítima, la pena abstracta asociada a dichas conductas, debía resultar idéntica:* sancionada con una misma pena (abstracta).

Se establecía, como decimos, un cambio radical de modelo, que desplaza el núcleo de la antijuridicidad de la conducta a la ausencia de consentimiento válido, sean cualesquiera los métodos empleados en la agresión. No se trata, evidentemente, de que la ausencia de consentimiento no fuera, ya en el siglo pasado el elemento definidor de los delitos contra la libertad sexual. Sin embargo, nuestro modelo tradicional, partiendo de que cualquier conducta que comportara la realización de actos sexuales no consentidos válidamente resultaba delictiva, imponía la necesidad de elevar la sanción (consideraba necesariamente más grave el delito) cuando dicha ausencia de consentimiento válido había sido producida como consecuencia de actos violentos o intimidatorios.

Pero la LO 10/2022 no solamente ha supuesto un cambio de paradigma punitivo con respecto a la regulación hasta ese momento vigente entre nosotros, sino que, puede decirse ahora, constituye un paréntesis, abierto y cerrado, en nuestros sucesivos textos penales. En efecto, la Ley Orgánica 4/2023, de 27 de abril, rectifica nuevamente el modelo para volver a

diferenciar ahora, --siempre, naturalmente, manteniendo como elemento axial la ausencia de consentimiento válido--, la respuesta punitiva en consideración al empleo de violencia o intimidación Esta nueva ley, hoy vigente, aun manteniendo la unificación en la nomenclatura (agresiones sexuales) y, por descontado, partiendo de la inexistencia de consentimiento válido, considera preciso, atender a los medios empleados para protagonizar la agresión, (a la violencia o intimidación) para calibrar la magnitud de la pena correspondiente.

C. Ley penal en el tiempo: principio de retroactividad de la ley más favorable.

El principio de retroactividad no está expresamente previsto en la Constitución Española pero nuestro Tribunal Constitucional lo enlaza con el principio de prohibición de retroactividad de disposiciones sancionadoras o restrictivas de derechos (artículo 9.3), que es un principio informador de nuestro ordenamiento jurídico y otras veces lo vincula con el principio de legalidad.

Añade el Tribunal Constitucional que no se halla entre los principios contenidos en el artículo 25 pero si puede afectar al principio de derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24 pues el hecho de no aplicar una norma posterior más favorable produciría una resolución judicial irrazonable al prescindir del derecho vigente.

Pero en cualquier caso el rango constitucional o no de esa regla siempre respetada tiene un interés relativo por cuanto textos que son de aplicación directa en nuestro ordenamiento jurídico establecen claramente ese axioma: *las normas penales favorables al reo han de presidir el enjuiciamiento de los hechos cometidos con anterioridad*.

Pero la doctrina más autorizada lo relaciona con el principio de proporcionalidad que repudia excesos penológicos innecesarios.

También se encarga de señalar el Tribunal Constitucional que en caso de realizar la comparativa entre uno y otro cuerpo legal, no es posible elegir solo las disposiciones más ventajosas, pues en tal caso el juez no está aplicando leyes sino creando fragmentos de ambas leyes, una tercera y distinta norma legal con invasión de funciones legislativas que no le competen; es por ello que el Tribunal Supremo elabora una doctrina sobre sucesión normativa y dice que hay que comparar en bloque ambos cuerpos y no solo comparar los hechos delictivos en una y otra norma sino todos los presupuestos de la aplicación de la ley penal, pues solo asi puede determinarse cuál es el régimen más beneficioso.

D. Disposición Transitoria 5ª de la LO 10/1995 versus artículo 2.2 del Código Penal. Argumentos a favor y en contra. Postura del Tribunal Supremo.

Con carácter previo recogemos el contenido de esa D.T 5ª que dispone:

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

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

No se revisarán las sentencias en que el cumplimiento de la pena esté suspendido, sin perjuicio de hacerlo en caso de que se revoque la suspensión y antes de proceder al cumplimiento efectivo de la pena suspendida. Igual regla se aplicará si el penado se encuentra en período de libertad condicional".

Por su parte el Código Penal en su artículo 2.2 establece:

"No obstante, tendrán efecto retroactivo aquellas leyes penales que favorezcan al reo, aunque al entrar en vigor hubiera recaído sentencia firme y el sujeto estuviese cumpliendo condena. En caso de duda sobre la determinación de la Ley más favorable, será oído el reo. Los hechos cometidos bajo la vigencia de una Ley temporal serán juzgados, sin embargo, conforme a ella, salvo que se disponga expresamente lo contrario".

La problemática se refiere a la posibilidad de aplicar las disposiciones transitorias del Código Penal que contenía la Ley Orgánica 10/1995, en concreto esa disposición transitoria quinta, reproducida en las reformas posteriores operadas por las Leyes Orgánicas 15/2003, 5/2010 y 1/2015. Esa cuestión se encuentra en la base de muchos de los recursos de casación interpuestos (fundamentalmente por el Ministerio Fiscal) al hilo de las revisiones solicitadas a tenor de la entrada en vigor de la LO 10/2022.

Considera el Tribunal Supremo que del tenor literal de esa D.T su aplicación llevaría a que si la pena impuesta conforme a la anterior normativa fuera imponible con la nueva *no existiría posibilidad legal de revisión*.

Sostiene también que queda en manos del legislador en cada reforma penal dejar operar al régimen previsto 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, aunque jamás hasta el punto de impedir que a los hechos anteriores pendientes de enjuiciamiento se les aplique la nueva legislación más beneficiosa (a salvo las leyes temporales).

La disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, es una norma de derecho transitorio y, por tanto, de carácter temporal, destinada a ser aplicada dentro del ámbito temporal previsto en la misma, esto es, a las revisiones de condena que se podían producir a raíz de la entrada en vigor del Código Penal aprobado mediante la citada ley orgánica. Regula una situación concreta de tránsito de un escenario jurídico a otro. Lo mismo sucede con las disposiciones transitorias contenidas en las LO 15/2003, 5/2010 y 1/2015, redactadas en los mismos términos que aquella y cuya aplicación quedó concretada a las situaciones que pudieran plantarse tras su entrada en vigor.

Además, las normas contenidas en las citadas disposiciones transitorias suponen un límite al principio de retroactividad de la ley penal favorable, restringiendo la posibilidad de reducir la pena por el cambio de valoración en la nueva ley, motivo también por el cual no pueden ser aplicadas a situaciones distintas de aquellas a las que la norma se refiere.

No obstante, se considera que esas disposiciones no están formalmente derogadas, puesto que ello no es necesario: la situación que disciplinaban ya es pasado. ¿Han perdido todo valor? Aunque no exista en ellas una cláusula como la que acompañaba a las disposiciones transitorias del Código Civil, permitiendo su uso como reglas orientativas e inspiradoras, esas disposiciones siguen prestando algún auxilio al intérprete. Pueden ser aplicadas, a veces,

supletoriamente, otras, por vía de la analogía, en extremos, necesitados de regulación, pero huérfanos de previsiones específicas.

Ahora bien, en materia penal, esa aplicación mediante la herramienta exegética de la analogía (no es propiamente supletoriedad: contamos con una regulación expresa - art. 2.2- que regula taxativamente la mayoría de las cuestiones sustantivas: en lo previsto ha de estarse a ella), solo está consentida (art. 4.1 CP) cuando es in bonam partem, además de en lo puramente procesal. No cabe la analogía in malam partem. No es posible rescatar una norma perjudicial prevista para unos casos específicos, temporalmente acotados, rehabilitarla, y aplicarla a otros supuestos.

A diferencia de aquéllas leyes orgánicas antes citadas, la Ley de Garantía Integral de la Libertad Sexual no contiene esa disposición transitoria que limita o modula los casos de posible revisión de condenas. Ello desde luego no puede ser subsanado a través de la exposición de motivos de la LO 14/2022, de 22 de diciembre, la que, no obstante, contiene una disposición transitoria, la segunda, redactada en análogos términos a las de reformas anteriores. Tal posibilidad no solo resulta ajena a nuestra tradición legislativa, sino que tal exposición de motivos carece de fuerza normativa. Supone exclusivamente una exposición del contenido de la Ley que carece de contenido normativo alguno, pudiendo servir únicamente para ilustrar sobre cuál ha sido la intención del legislador. En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional en la sentencia núm. 170/2016, de 6 de octubre, señalando que *"aunque los preámbulos o exposiciones de motivos de las leyes 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"*

Por el contrario, nuestra legislación - art. 2.2 CP- es muy generosa, o, más que generosa, muy equitativa y respetuosa con lo que parece imponer la racionalidad: no siendo rechazable constitucionalmente, pues se repudia instintivamente alargar la prisión más tiempo del que derivaría del enjuiciamiento actual de los hechos que han motivado una condena.

Considera asimismo el Tribunal Supremo que el artículo 2.2 no necesita de complemento alguno, es una regulación en si misma que no tiene lagunas que exijan acudir a normas supletorias o una interpretación analógica. En el fondo la esencia del artículo 2.2 supone entender que, si el legislador ha considerado reducir o incluso suprimir el reproche penal de ciertas conductas, mantener ese reproche penal respecto a conductas anteriores no resultaría compatible con el principio de necesidad de las penas ni con la exigencia de proporcionalidad de éstas (la nueva ley proclama que el anterior castigo no se considera ya necesario y se mantendría esa sanción sin beneficio para la comunidad).

Además, se aplica a todos los casos, no solo los que están cumpliendo condena sino a los hechos hayan sido o no enjuiciados todavía, pendientes de juicio, pendientes de recurso o pendientes de iniciar o finalizar su cumplimiento.

El Tribunal Supremo tras los sucesivos Plenos convocados ha resuelto que la aplicación retroactiva de la LO 10/2022 debe ajustarse a la previsión normativa recogida en el artículo 2.2 del Código Penal y la DT 5º queda acotada a delitos sentenciados antes de su entrada en vigor que estuviesen pendientes de cumplimiento. Por ello, no existe limitación a la aplicación de la norma más favorable que establecen los arts. 9.3 CE y 2.2 Código Penal.

E. Comparación normativa a efectos de determinar cuál ha de ser la norma más favorable.

Procede ahora enfrentarse al reto de efectuar la comparativa que nos permita determinar si la regulación contenida en la LO 10/2022, de 6 de septiembre, o, en su caso, la ulterior propiciada por la LO 4/2023, aplicadas sobre asuntos que ya han sido sentenciados, resultan más beneficiosas, de manera que resulten retroactivamente aplicables.

El que la comparación se proyecte sobre lo sentenciado en firme, acota por elementales razones de seguridad jurídica el alcance de la revisión que compete al Tribunal Supremo. Se encuentra supeditado a los hechos que la sentencia declaró probados, a la calificación que sobre los mismos realizó la sentencia recurrida, y a la pena impuesta, sin que quepan aditamentos.

Se trata ahora de conjugar tres principios básicos: retroactividad favorable, seguridad jurídica, y proporcionalidad.

Con relación al principio de proporcionalidad se dice que este principio constituye una exigencia previa para la aplicación de la ley posterior más favorable. En principio parece lógico que, introducida una modificación legislativa en la que se han previsto penas menos graves a las asignadas en la anterior legislación para una conducta típica concreta, resulte coherente el mantenimiento de la proporcionalidad de las penas en relación con el delito cometido. Sí, pese a ello, se mantuviera la misma condena en los términos en los que inicialmente fue impuesta, se incurriría en un claro quebranto del principio de proporcionalidad entre la gravedad del delito y la severidad de la pena.

También señala el Tribunal Supremo que al proceder a controlar las revisiones punitivas efectuadas por los órganos jurisdiccionales en la operación revisora deben mantenerse los mismos criterios de individualización que se manejaron por el Juez o Tribunal sentenciador al imponer la pena posteriormente objeto de revisión. En otro caso se violentaría el principio de proporcionalidad, que está directamente imbricado en el de equidad, que informa todo el Ordenamiento sancionador.

Ahora bien, ello no implica que puedan ahora valorarse de nuevo los hechos y circunstancias que dieron origen a la imposición de la pena inicial o primera que se ha de revisar. Por el contrario, la revisión se ha de aquietar a una interpretación objetiva con los parámetros orientativos que nos pudiera dar la sentencia de condena a la hora de fijar la pena.

No puede acudirse, en términos absolutos y sin más razonamientos, a criterios de proporcionalidad aritmética; la penalidad imponible no puede ser considerada bajo parámetros estrictamente abstractos, sino de concreta imposición en el caso que se revisa, pues la pena debe ser medida con todas "sus circunstancias", que, en esta interpretación, serían las tenidas en consideración en la sentencia que se revisa a la hora de la imposición concreta de la pena, como ejercicio de motivación de la dosimetría penal aplicable.

A consecuencia de la reforma ex LO 10/2022 ésta ha supuesto una ampliación de los límites, sobre todo mínimos, de las penas contempladas en los artículos 178 a 180 CP, en los que se engloban ahora las agresiones y los abusos sexuales que se diferenciaban en la anterior legislación. Ello debe llevar ahora a valorar circunstancias (como la violencia y la intimidación) que en su momento no operaban en materia de individualización, por formar parte del tipo, pero que ahora sí podrían ser ponderadas al no constituir la violencia elemento integrante del tipo básico de agresión sexual en la LO 10/2022.

De esta forma, el nuevo tipo penal rebaja las penas, pero amplia las conductas castigadas introduciendo otras menos graves de forma que elementos que denotan mayor gravedad, dejan de ser inherentes al tipo (violencia o intimidación). En esos casos, la individualización con arreglo a la ley posterior no solo permite, sino que obliga por aplicación del art. 66 CP a ponderar esos factores (violencia o intimidación) que determinan mayor gravedad para efectuar la individualización. Se trata de circunstancias que en la sentencia inicial no se podían tener en cuenta por contrariar el principio ne bis in idem. Pero en la revisión, al aplicar la ley posterior, deben ser ponderadas, conforme a lo dispuesto en el art. 66 CP, por implicar que el hecho es más grave.

¿Y si se llega a igual quantum? En principio, habría que atenerse a la regla general: estar a la norma vigente en el momento de comisión. Pero es reseñable que en la reforma que examinamos (LO 10/2022) no se producirá ordinariamente (a salvo los hechos sucedidos entre el 25 de junio de 2021 y el 7 de octubre de 2022) ese dilema. Si la duración de la pena principal a que se llega es idéntica con una y otra legislación, la balanza se inclinará por la legislación anterior a junio de 2021 (vid Ley orgánica 8/2021, de 4 de junio) al depositar en uno de sus "platillos" la novedosa penalidad introducida en el art. 192.3 CP en 2021 ("*3. La autoridad judicial impondrá a las personas responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos I o V cuando la víctima sea menor de edad y en todo caso de alguno de los delitos del Capítulo II, además de las penas previstas en tales Capítulos, la pena de privación de la patria potestad o de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de cuatro a diez años. A las personas responsables del resto de delitos del presente Título se les podrá imponer razonadamente, además de las penas señaladas para tales delitos, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, así como la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, retribuido o no, por el tiempo de seis meses a seis años. Asimismo, la autoridad judicial impondrá a las personas responsables de los delitos comprendidos en el presente Título, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuera grave, y entre dos y veinte años si fuera menos grave. En ambos casos se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en la persona condenada"*.

Estamos en presencia de una pena conjunta, de imposición imperativa que hará decantarse siempre por la vieja norma, al ser ésta, en este punto, más favorable.

Y recuerda el Tribunal Supremo que nos movemos ahora en un peculiar escenario procesal: un recurso de casación; no de apelación. La apelación goza de mayor holgura revisora. Pero, en casación, este Tribunal no puede inmiscuirse en el ámbito de discrecionalidad que encierra toda tarea individualizadora más que cuando se manejen criterios manifiestamente apartados de las reglas legales, se omita toda motivación para justificar elevaciones penológicas, o se consignen razones de todo punto inasumibles o contrarias a la ley.

F. Régimen de recursos.

Señala en este punto el Tribunal Supremo que una vez más, el legislador ha omitido toda mención a la impugnabilidad de las resoluciones dictadas revisando pronunciamientos condenatorios por aplicación de una nueva legislación en sus aspectos más beneficiosos. La Jurisprudencia, superando posturas que imperaron otrora en la praxis procesal viene proclamando que el régimen de impugnación de estos autos ha de ser el mismo que tuvo la sentencia objeto de revisión por estricta coherencia: tales autos se limitan a adaptar, en los aspectos jurídicos afectados, la sentencia dictada.

La disposición transitoria de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, establecía expresamente la posibilidad de casación o de apelación según el auto de revisión hubiese sido dictado por una Audiencia o por un Juzgado. El no repetido criterio legislativo ha servido de referente a la Jurisprudencia. Se puede considerar, pese a la ausencia de un respaldo legal específico, que es doctrina consolidada y pacífica. No es posible la súplica (art. 237 LECrim). Solo directamente la casación en tanto era el único recurso factible contra la sentencia revisada.

La reforma procesal de 2015 hace conveniente una aclaración. Ha alterado de forma relevante el régimen de recursos contra sentencias en el proceso penal, generalizando la apelación y abriendo la casación por motivos específicos a resoluciones de las Audiencias que resuelven apelaciones frente a sentencias de los Juzgados de lo Penal. por ejemplo, Pues bien, en un supuesto como éste -sentencia dictada en primera instancia por una Audiencia Provincial- la legislación procesal hoy vigente exigiría una previa apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Pero, según las normas transitorias de esa modificación legislativa, el nuevo régimen de recursos contra sentencias solo se proyecta a las causas incoadas antes del 6 de diciembre de 2015.

Si se trata de la revisión de sentencias recaídas en procesos incoados con posterioridad al 6 de diciembre de 2015 (fecha de entrada en vigor de dicha reforma) será procedente una apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Solo después será posible la casación.

Hay que estar a la fecha de incoación de la causa; no a la fecha de iniciación del expediente de revisión. Solo los autos de revisión recaídos en procedimientos en que la sentencia era susceptible de apelación más ulterior casación será proyectable ese tratamiento al Auto de revisión.

G. Breve referencia al incidente de revisión.

El incidente de revisión no es un nuevo juicio pleno. Su objeto es muy limitado: verificar si la reforma operada incide favorablemente en la subsunción jurídico-penal y/o penalidad.

Esta idea arrastra consecuencias variadas e importantes:

*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 exceda de su competencia objetiva),

*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...)

*No está condicionado por el principio acusatorio (que ya fue respetado en el juicio inicial), aunque sí rige el principio de contradicción: ahora el Tribunal se limita a refrendar aquella penalidad o a variarla en beneficio del reo,

*Está condicionado por lo que se decidió en la sentencia firme cuyos pronunciamientos y argumentaciones habrán de ser respetados salvo que queden afectados por la constatación de que la nueva norma impondría, de enjuiciarse de nuevo los hechos, una solución jurídico penal menos gravosa para el condenado, en cuyo caso ha de acomodarse la sentencia anterior adaptándola, en esos exclusivos aspectos, a la nueva legislación, valorada globalmente y no de forma fraccionada o fragmentada.

*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.

H. Relación de sentencias dictadas por el Pleno (año 2023)

STS 7-6-2023 (núm. 433/23 Rc 10099/2023).

STS 7-6-2023 (núm. 434/23 Rc 10038/2023)

STS 8-6-2023 (núm. 437/23 Rc 10156/2023)

STS 8-6-2023 (núm. 438/23 Rc 10213/2023)

STS 8-6-2023 (núm. 439/23 Rc 10159/2023)

STS 8-6-2023 (núm. 441/23 Rc 10169/2023)

STS 8-6-2023 (núm. 440/23 Rc 10083/2023)

STS 14-6-2023 (núm. 460/23 Rc 10163/2023)

STS 14-6-2023 (núm. 461/23 Rc 10214/2023)

STS 14-6-2023 (núm. 459/23 Rc 10011/2023)

STS 14-6-2023 (núm. 453/23 Rc 10074/2023)

STS 15-6-2023 (núm. 470/23 Rc 10079/2023)

STS 15-6-2023 (núm. 473/23 Rc. 10238/2023)

STS 16-6-2023 (núm. 475/23 Rc 10111/2023)

STS 20-6-2023 (núm. 480/23 Rc 10066/2023)

STS 20-6-2023 (núm. 481/23 Rc 10037/2023)

STS 21-6-2023 (núm. 487/23 Rc 10019/2023)

STS 23-6-2023 (núm. 501/23 Rc 10043/2023)

STS 29-6-2023 (núm. 525/23 Rc 10041/2023)

STS 29-6-2023 (núm. 524/23 Rc 10109/2023)

STS 29-6-2023 (núm. 523/23 Rc 10059/2023)

STS 29-6-2023 (núm. 529/23 Rc 10274/2023)

STS 3-7-2023 (núm. 536/23 Rc 10096/2023)

STS 6-7-2023 (núm. 556/23 Rc 10762/2022) –

STS 6-7-2023 (núm. 557/23 Rc 10119/2023)

STS 7-7-2023 (núm. 566/23 Rc. 10.259/2023)

STS 21-9-2023 (núm. 677/23 Rc 10.084/2023)

STS 21-9-2023 (núm. 674/23 Rc 10.286/2023)

STS 23-11-2023 (núm. 869/23 Rc 6684/2021)

Respecto al año 2024 no se ha dictado ninguna sentencia del Pleno relativa a esta cuestión, si bien otras resoluciones han tratado este mismo tema, pronunciándose en el mismo sentido que las sentencias ya comentadas:

STS 11-1-2024 (núm. 22/24 Rc 10.185/2023)

STS 26-1-2024 (núm. 86/24 Rc. 3588/2021)

STS 1-2-2024 (núm. 106/24 Rc. 10.565/2023)

STS 22-5-2024 (núm. 446/24 Rc. 10.317/2023)

Iguales consideraciones debemos realizar respecto del año 2025, en la que no nos consta sentencia del Pleno alguna sobre esta materia y tan solo y, a modo de ejemplo, citamos las siguientes resoluciones:

STS 16-1-2025 (núm. 9/25, Rc 5515/2022)

STS 19-2-2025 (núm. 137/25, Rc 10083/2024)

STS 29-5-2025 (núm. 499/25, Rc 6589/2022)

STS 9-6-2025 (núm. 524/25, Rc 6025/2022)

STS 2-7-2025 (núm. 617/25, Rc 542/2023)

STS 16-7-2025 (núm. 694/25, Rc 4161/2023)

STS 17-9-2025 (núm. 730/25, Rc 819/2023)

STS 18-9-2025 (núm. 744/25, Rc 6997/2022).

3- CONCLUSIONES.

1. Es necesario poner de manifiesto que, a tenor de las consideraciones y argumentos expuestos por el Tribunal Supremo en las sentencias comentadas, ya existe una doctrina consolidada y constante que responde a la cuestión sobre la aplicación de la D.T 5ª de la LO 10/1995 o, por el contrario, la aplicación del artículo 2.2 en materia de retroactividad.

Y la respuesta es unánime en todas esas sentencias: esa aplicación retroactiva de la LO 10/2022 debe ajustarse a la previsión normativa recogida en el artículo 2.2 del Código Penal y la DT 5º queda acotada a delitos sentenciados antes de su entrada en vigor que estuviesen pendientes de cumplimiento.

Esta toma de postura expresada a través del sistema de celebración de Plenos con todos los integrantes de la Sala, supone en definitiva que, el Tribunal Supremo realiza, a través de esa función nomofiláctica a la que está llamado, una interpretación acerca de tan polémica cuestión decantándose por la aplicación del artículo 2.2 del Código Penal, que consideramos más ajustada a los principios que definen la institución de la retroactividad de la ley penal más favorable y más acorde con la Constitución Española y los tratados internacionales que nos incumben.

2. Como también señala el Tribunal Supremo en alguna de esas resoluciones: "Nuestro sistema penal exige un alto grado de previsibilidad. De lo contrario, se alteran las expectativas y la incertidumbre se convierte en la inaceptable regla general para la solución de los problemas de derecho transitorio. La seguridad jurídica es, al fin y al cabo, un componente del Estado de derecho en el que se aglutinan otros principios indispensables para la efectividad de los valores superiores del ordenamiento jurídico que proclama el art. 1 de la CE. …La consolidación de una respuesta jurisprudencial unitaria, inmediatamente después de una profunda reforma legislativa, no siempre resulta fácil. Los procesos de revisión impuestos por la necesidad de aplicación de la norma penal más favorable abren paréntesis temporales de falta de certeza. Pero la respuesta, cuando se produce, es siempre la solución del caso concreto, obtenida a partir de la aplicación de los principios generales que han de informar el derecho transitorio en la aplicación de la ley penal".

3. Considero también que para contestar a la pregunta de cual es la norma más favorable, si la anterior o posterior a la reforma de la LO 10/2022 es preciso partir de esos criterios generales que ha expresado el Tribunal Supremo en esas resoluciones, sin perder de vista, como no puede ser de otro modo, la compleja casuística que acompaña a esta cuestión, que en ocasiones precisa de hacer una nueva individualización de la pena impuesta.

4. En este sentido aconsejo por las brillantes aportaciones de los Magistrados disidentes y las consideraciones que lleva a cabo la mayoría de los Magistrados firmantes, la lectura de la sentencia del Tribunal Supremo de fecha 29 de junio de 2023 (núm. 523/23, recurso: 10059/2023 Ponente: Puente Segura, Leopoldo) relativa a los límites a la individualización de la pena cuando se revisa una sentencia condenatoria por el Tribunal Supremo a través del recurso de casación; la posibilidad de apreciar en fase de revisión de sentencia la existencia de otros elementos (como el empleo de violencia o intimidación, que han dejado de constituir un elemento inherente a algunos delitos sexuales tras la reforma) para comparar ambos bloques normativos y examinar si uno u otro son o podrían ser o no más favorables; la aplicación a esa revisión de los parámetros que ofrece el artículo 66 del Código Penal; etc.

BIBLIOGRAFIA:

1- Compendio de Derecho Penal, Parte General, autor D. José Maria Luzón Cuesta; Editorial Dykinson SL, 28ª edición, marzo de 2023.

2- Como base de datos jurisprudencial: Fondo Documental CENDOJ, Consejo General del Poder Judicial; LA LEY DIGITAL (Wolters Kluwer España SA); LEFEBVRE- EL DERECHO (Lefebvre-El Derecho SA), TIRANTONLINE (Tirant Lo Blanch SL), WESTLAW PREMIUM (Aranzadi SA).

3-Memento Práctico Francis Lefebvre Penal, Editorial El Derecho, obra colectiva, realizada por iniciativa y bajo la coordinación de Ediciones Francis Lefebvre, **Coordinador:** Molina Fernández, Fernando (Catedrático de Derecho Penal. Universidad Autónoma de Madrid). Fecha de edición 19 de octubre de 2024.