

Órgano:

Sede:

Sección:

Fecha: //

Nº de Recurso:

Tipo de Resolución:

### **VOTO PARTICULAR**

Que formula la Ilma. Sra. Magistrada doña María Esther Erice Martínez, disintiendo del auto dictado por la Sala de lo Civil y Penal de este Tribunal Superior de Justicia, como Sala de lo Penal, en el recurso de apelación núm. 25/2023 interpuesto contra el auto dictado el 2 de febrero de 2023 en la Ejecutoria 20 /2019 de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra.

Aceptando expresamente los antecedentes de hecho del auto resolutorio del recurso de apelación, mi discrepancia se refiere a los fundamentos de derecho del auto a excepción de lo expuesto en el PRIMERO, SEGUNDO, TERCERO y OCTAVO, así como con la parte resolutive de la resolución mayoritaria, por ello conforme a lo dispuesto en el art. 260 de la LOPJ, expreso mi voto particular en los siguientes

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

I. El recurso de apelación interpuesto mantiene que la LO 10/2022 ha reducido notablemente las penas mínimas de prisión para tipos legales exactamente iguales a los que fueron objeto de condena en esta causa, por lo que debe aplicarse la reducción de las penas, atendiendo al principio de proporcionalidad expuesto en la sentencia que se ejecuta (TS nº 344/2019, de 4 de julio).

Considera que la extensión de la pena en el tipo penal sancionador, atendiendo a la referida Ley Orgánica, resulta de 7 años a 15 años de prisión y aplicando la previsión del art. 74 del CP, concluye que la horquilla penal iría desde los 13 años y 1 día hasta los 18 años. Insiste en que teniendo en cuenta los criterios expuestos en la sentencia condenatoria la intención del Tribunal fue acercarse al mínimo legal previsto, habiéndose determinado la pena imponiendo nueve meses más del mínimo legal posible, por lo que procede la reducción de la pena de prisión impuesta que deberá fijarse en 13 años y 9 meses

II. El Tribunal Supremo afirma en su reciente jurisprudencia como no es posible jurídicamente que la disposición transitoria quinta de la Ley Orgánica 10/1995, cuya aplicación es invocada por el Ministerio Fiscal, trascienda a la LO10/2022. Por ello, no existe limitación a la aplicación de la norma más favorable que establecen los arts. 9.3 CE y 2.2 CP (STS vid. 460/2023 del 14 de junio; 501/2023 del 23 de junio, 523/2023 del 29 de junio, entre otras).

Asimismo, refiere que no hay duda de que el principio de proporcionalidad constituye una exigencia previa para la aplicación de la ley posterior más favorable. En relación al principio de proporcionalidad, ha manifestado en diversas sentencias (SSTS número 389/97, de 14 de marzo; y 555/2003, de 16 de abril), que tal principio supone la adecuación de la pena al hecho por el que se impuso, incumbiendo el juicio de proporcionalidad en inicio al Legislador, y en el momento de la aplicación de la pena al caso concreto, al Juzgador, que no infringirá la proporcionalidad en la individualización de las penas si ésta se atemperan a las reglas contenidas en el Código Penal. También reitera *"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 (STS número 634/2011, de 22 de junio). En otro caso se violentaría el principio de proporcionalidad, que está directamente imbricado en el de equidad, que informa todo el Ordenamiento sancionador. Aplicar una pena que, de acuerdo con la norma hoy vigente, carecería de coherencia en relación con los argumentos de la motivación llamada a justificarla, sería contrario al principio de proporcionalidad. Ahora bien, ello no implica que puedan 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 acudir, 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. Como exponíamos en la sentencia número 840/2011 de 22 de junio: "con respecto al principio de proporcionalidad, que en definitiva viene a sostener la defensa, dirigido en principio legislador, no se hace el acusado acreedor de una reducción de la pena siguiendo hipotéticos criterios de proporcionalidad aritmética, quedando vinculados los jueces " a quibus" por criterios axiológicos debidamente motivados, por la interdicción de la arbitrariedad y el sometimiento a la ley penal" (STS 438/2023 de 8 de junio).*

En síntesis, según lo expuesto por el Tribunal Supremo, la pena imponible resultante de la operación de revisión no puede determinarse atendiendo a meros criterios de proporcionalidad aritmética. Tampoco puede ser valorada absolutamente en abstracto, sino en concreto, es decir, refiriéndose a la pena que resulta 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.

III. En el examen del presente recurso debe compararse la pena impuesta con la que resultaría procedente de aplicar la legalidad vigente tras la publicación de la LO 10/2022, optando por esta si resulta, en su caso, más beneficiosa; teniendo en cuenta que el hecho de que la nueva norma haya variado el tramo penológico reduciéndolo no aboca ineludiblemente a la revisión, debiendo mantenerse los mismos criterios de individualización que se manejaron por el Tribunal sentenciador al imponer la pena ( STS 634/2011, de 22 de junio), lo que, como ya se ha expuesto, no supone acudir "en términos absolutos y sin más razonamientos, a criterios de proporcionalidad aritmética.....sin perjuicio de que en determinados supuestos pueda resultar un criterio de proporcionalidad igualmente admisible, pero (que) en todo caso debe estar motivado" ( STS 438/2023 de 8 de junio). Así el Tribunal Supremo ha reiterado el repudio a una mecánica adaptación de las penas anteriormente impuestas en proporción aritmética al nuevo marco punitivo ( vid STS 266/2013, de 19 de marzo; 473 /2023 de 15 de junio, entre otras) y, en el caso de que se opte por criterios de proporcionalidad aritmética, considera necesaria la motivación con respeto al principio de proporcionalidad, conforme a lo expuesto en la sentencia ejecutada.

La pena de 15 años de prisión impuesta, entre otras, a don XXX, lo fue por un delito continuado de violación de los arts. 178, 179, con las agravaciones específicas del art. 180. 1. 1ª y 2ª del CP, en relación con el art. 74 del mismo texto legal.

*La sentencia que se ejecuta determinó que: "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 la imposición de una pena superior al mínimo legalmente previsto, aunque muy cercana al mismo"*

IV. La conducta enjuiciada es calificada en la sentencia que se ejecuta como constitutiva de un delito continuado de agresión sexual de los arts. 178 y 179 del CP con las agravaciones específicas del art. 180.1.1º y 2º, que en la modificación operada en la LO 10/2022, aparece sancionada en aplicación de lo establecido en el art. 180.2 con la pena de 7 a 15 años de prisión en su mitad superior, es decir de 11 y 1 día a 15 años de prisión y como recoge la sentencia que se ejecuta debe determinarse teniendo en cuenta lo preceptuado en el art. 74 del CP : " el que 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", por lo tanto, pudiera imponerse desde de 13 y 1 día a 15 años, pudiendo llegar hasta la mitad inferior de la pena superior en grado, que resulta 18 años y 9 meses.

Por lo expuesto, en ningún caso procede la solicitud efectuada por la parte recurrente, ya que ni siquiera en una aplicación meramente aritmética resulta procedente, dado que dentro de la horquilla penológica que la sentencia establece de 14 años, 3 meses y 1 día a 18 años, siendo innecesaria en el momento del dictado de la sentencia mayor precisión en el máximo previsto, ya que se impuso la pena en su mitad superior, sin aplicar el mínimo de la superior en grado, y lo hace fijando 15 años, que aritméticamente resulta coincidente con el mínimo de la pena prevista más una quinta parte de la pena resultante atendiendo a dicha horquilla.

Manteniendo idéntico criterio aritmético debería añadirse al nuevo mínimo legal, 13 años y 1 día, una quinta parte de la punición resultante de la aplicación de la LO 10/2022 -de 13 años y un día a 18 años y 9 meses-, por lo que no resulta procedente la imposición de la pena de 13 años y 9 meses de prisión solicitada en el recurso, ya que añadiendo una quinta parte de esta horquilla al mínimo legalmente previsto resulta una pena de 14 años, 1 mes y 25 días, superior a la interesada por la defensa.

La determinación de la pena debe realizarse teniendo en cuenta la efectuada en la sentencia *“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”*, lo cual excluye cualquier pena alejada del mínimo legal, sin que imponga la realización de un nuevo cálculo para efectuar una aproximación aritmética dentro del arco punitivo muy cercano a dicho mínimo legal, dado que la pena que se impuso se mantiene en la mitad inferior de lo legamente previsto dentro de toda la horquilla punitiva -de 13 años y 1 día a 18 años y 9 meses-.

Así las cosas, teniendo en cuenta que la pena de 15 años de prisión sigue resultando *“una pena superior al mínimo legalmente previsto, aunque muy cercana al mismo”*, vista la amplitud de la extensión de la pena imponible y sin que sea pertinente una mera proporcionalidad aritmética, no procede acoger la pretensión expuesta en el recurso, ya que debe atenderse no sólo a la cercanía de la pena de 15 años al nuevo mínimo posible, sino también a la gravedad de los hechos, según se valora en la sentencia que se ejecuta.

La sentencia ejecutada además de la referencia a *“una pena superior al mínimo legalmente previsto, aunque muy cercana al mismo”*, que se realiza tras haberse determinado la pena en 15 de prisión, considera relevante que la pena resulte *“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”*.

Valorando todo ello, la desestimación alcanzada en la resolución apelada resulta razonable y no es contraria a la legalidad contenida en la LO 10/22. La pena que se mantiene no resulta más gravosa que la que también resulta imponible en aplicación de la mencionada modificación, manteniendo los criterios de determinación expuestos en la sentencia que se ejecuta.

Lo expuesto lleva a declarar procedente la desestimación del recurso de apelación interpuesto por el Procurador don Bartolomé Canto Cabeza de Vaca, en nombre y representación de don XXX y la confirmación de la parte dispositiva del auto dictado por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Navarra el 2 de febrero de 2023 en la Ejecutoria penal número 20/2019, dimanante del Procedimiento Sumario Ordinario número 426/2016 seguido ante dicha Sección, declarándose de oficio las costas causadas en esta apelación.

Tal es mi opinión que respetuosa y consideradamente expongo y que como justificación de este voto de disenso se publicará y notificará con la resolución mayoritaria de esta Sala.

En Pamplona/Iruña, a 11 de septiembre de 2023