

## **La errónea información por los órganos judiciales sobre el régimen de recursos no extingue el plazo para que la parte litigante interponga el recurso procedente**

**No ha lugar al recurso de casación interpuesto contra la decisión de la AP que denegó la revisión a la baja de las penas privativas de libertad impuestas al recurrente en sentencia firme.**

Declara la Sala que en el presente caso concurre causa de inadmisión del recurso de casación que en esta fase del proceso se convierte en causa de desestimación, porque el recurso se ha interpuesto “per saltum”, prescindiéndose del recurso devolutivo primario y procedente, el de apelación ante el TSJ. Ahora bien, como la estrategia impugnatorio vino marcada, de manera decisiva, por la errónea información que sobre el régimen de recursos se ofrecía en la resolución recurrida, ello impide considerar que el improcedente recurso interpuesto agote el plazo para la interposición del recurso procedente.

### **TRIBUNAL SUPREMO**

#### **Sala de lo Penal**

**Sentencia 917/2024, de 30 de octubre de 2024**

RECURSO DE CASACIÓN Núm: 1376/2023

Ponente Excmo. Sr. JAVIER HERNANDEZ GARCIA

En Madrid, a 30 de octubre de 2024.

Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 1376/2023, interpuesto por el condenado D. Marcos representado por la procuradora D.ª. María Barthe García de Castro, bajo la dirección letrada de D.ª. Virginia Yustos Capilla contra el Auto de fecha 20 de diciembre de 2022 dictado por la Audiencia Provincial de Bizkaia, Sección Segunda (Ejecutoria Penal 49/2018), por el que se acuerda denegar la revisión de la condena impuesta en la Sentencia núm. 18/2018 dictada por ese Tribunal Provincial, en fecha 27 de marzo de 2018, en el Procedimiento ordinario 31/2017, que le condenó como autor penalmente responsable de agresión sexual.

Es parte el Ministerio Fiscal.

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

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 9 de Bilbao incoó Sumario núm. 1131/2016 por delito de agresión sexual contra Marcos; una vez concluso lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Bizkaia, cuya sección 2.ª (Procedimiento ordinario 31/2017) dictó Sentencia núm. 18/2018 que contiene los siguientes hechos probados:

"Sobre las 06,00h del día 1 de octubre de 2016 Aida se dirigió a su domicilio sito en el nº DIRECCION000 de Bilbao, tras haber estado de fiesta en el B° Masustegi de dicha localidad, cuando se le acercó al paso el acusado Marcos entablando conversación con ella mientras caminaba a su lado.

Transcurrió así un breve espacio de tiempo hasta que llegaron al nº DIRECCION000 en que la mujer se dispuso a entrar en su vivienda por la puerta del garaje en lugar de hacerlo a través del portal por considerar el primer acceso más seguro al estar más visible a la vista de terceros.

El acusado aprovechó la ocasión para, guiado por el propósito de satisfacer su deseo sexual, entrar en el garaje inmediatamente detrás de ella.

Una vez dentro la tiró al suelo y se puso encima, inmovilizándola para vencer la resistencia física que ésta ofrecía, consiguiendo bajarle los pantalones y las bragas, hasta que consiguió penetrarla vaginalmente llegando a eyacular.

A continuación le pidió que le hiciera una felación a lo que se negó comenzando a gritar, ante lo cual Marcos se levantó y abandonó precipitadamente el lugar quedando Aida en el suelo hasta que consiguió levantarse para dirigirse rápidamente a casa donde contó lo sucedido yendo a continuación al Hospital de Basurto.

Como consecuencia de los hechos, Aida sufrió lesiones físicas. consistentes en dos pequeñas excoriaciones en la superficie lateral de la raíz de ambos muslos, cervicalgia postraumática y contusión en extremidad superior izquierda, por las que recibió una primera y única asistencia facultativa en centro hospitalario. Tardó en curar de sus lesiones un período de 2 a 3 semanas, no impeditivo. Habiendo presentado con posterioridad un trastorno de estrés postraumático derivado de los hechos por el que precisa tratamiento psiquiátrico y psicológico, con evolución muy lenta y desfavorable; persistente en la actualidad.

Marcos, en situación regular en España y sin antecedentes penales, fue detenido el 12 de noviembre de 2016, dictándose con respecto al mismo Auto de prisión provisional sin fianza el 14 de noviembre de 2016, situación en la que permanece en la actualidad.

Mediante Auto de 12 de junio de 2017 del Juzgado de Instrucción nº 9 de Bilbao, dictado tras haberse practicado las diligencias de averiguación de patrimonio previstas legalmente, se declaró la insolvencia del acusado."

SEGUNDO.- Audiencia que dictó el siguiente pronunciamiento:

" CONDENAMOS A D. Marcos como autor de un delito de AGRESIÓN SEXUAL, SIN CONCURRIR CIRCUNSTANCIAS MODIFICATIVAS DE LA RESPONSABILIDAD, a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN y accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el mismo tiempo y abono de las costas procesales, incluidas las de la acusación particular.

Se le impone la pena accesoria de PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE a Da Aida, a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro lugar frecuentado por ella a una distancia no inferior a 500 m y prohibición de COMUNICARSE con ella por tiempo de SIETE AÑOS.

Se le impone también la MEDIDA DE LIBERTAD VIGILADA de CINCO AÑOS a ejecutar con posterioridad a la pena privativa de libertad, con obligación de someterse a programas de educación sexual.

En concepto de RESPONSABILIDAD CIVIL D. Marcos indemnizará a D.ª Aida en la cantidad de 735€ por las lesiones psíquicas y en 15.000€ por las lesiones psíquicas y daño moral en atención a la gravedad de los hechos y consecuencias de los mismos, cantidades ambas a las que se añadirá el interés legal del artº 576 LEC.

Se mantiene la situación de PRISIÓN PROVISIONAL comunicada y sin fianza en la que se encuentra el acusado desde el día 12 de noviembre de 2016.

Procédase a la aplicación de las disposiciones contenidas en la Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de ayudas y asistencia a las víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual.

Notifíquese al Ministerio Fiscal y demás partes personadas la presente resolución haciéndoles saber que no es firme, pudiendo interponer contra la misma recurso de casación por infracción de ley y/o quebrantamiento de forma para ante el Tribunal Supremo, previa su preparación ante esta Audiencia, a medio de escrito autorizado con firma de Letrado y Procurador, dentro de los cinco días siguientes a su última notificación."

TERCERO.- Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, que modifica el Título VIII, Libro II del Código Penal, el condenado solicitó la revisión de la sentencia condenatoria, dictándose auto en fecha 20 de diciembre de 2022, con el siguiente fallo:

"LA SALA ACUERDA DENEGAR LA REVISIÓN SOLICITADA -DE LA PENA ACCESORIA Y MEDIDA DE SEGURIDAD CONSISTENTE EN LIBERTAD VIGILADA IMPUESTA A D. Marcos EN LA SENTENCIA DICTADA EN LA PRESENTE EJECUTORIA POR DELITO DE AGRESIÓN SEXUAL.

Contra este auto cabe interponer recurso de CASACIÓN ante el TRIBUNAL SUPREMO por quebrantamiento de forma o infracción de ley, debiéndolo preparar para ante esta Audiencia Provincial mediante escrito firmado por Letrado" y Procurador en el plazo de los 5 días a contar desde la última notificación."

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

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

Motivo primero y único.- Por infracción de ley, al amparo de lo dispuesto en el artículo 849,1.º de la L.E.Crim., por falta de aplicación de lo dispuesto en el art. 2.2 del Código Penal, en relación con el art. 988 de la L.E.Cr.

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

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 29 de octubre de 2024.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

ÚNICO MOTIVO COMÚN, POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 2.2 CP EN CUANTO EXCLUYE LA REVISIÓN DE LAS PENAS A LA LUZ DE LAS PREVISIONES DE LA LEY INTERMEDIA - L.O 10/2022 -

1. El recurrente combate la decisión de la Audiencia Provincial por la que se deniega la revisión a la baja de las penas privativas de libertad impuestas en sentencia firme de 27 de marzo de 2018. Sostiene, en esencia, que habiéndosele impuesto la pena mínima de seis años de prisión conforme a la ley vigente, procede ahora revisar dicha pena aplicando el nuevo mínimo de cuatro años de prisión que fija la ley intermedia.

2. El motivo no puede prosperar. Concorre clara causa de inadmisión que en esta fase del proceso se convierte en causa de desestimación. Y ello por una razón esencial: el recurso de casación se ha interpuesto "per saltum", prescindiéndose del recurso devolutivo primario y procedente que no es otro que el de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia.

3. El incidente suscitado en fase de ejecución se proyecta nuclearmente sobre el propio objeto declarativo de la sentencia pues de estimarse la pretensión revisora se modificaría el alcance de lo decidido. Esta intensa relación ente el incidente y la sentencia en ejecución arrastra, como lógica consecuencia, que frente a la resolución que lo resuelva deba activarse el mismo régimen de recursos previsto contra aquella.

4. Si, como es el caso, contra la sentencia de la Audiencia cabía, ex artículo 846 ter LECrim, apelación como recurso ordinario devolutivo, contra la decisión incidental también debe interponerse, como primera vía reparatoria del gravamen que se afirma sufrido, recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. En esa medida, la interposición directa del recurso de casación se convierte en una vía reparatoria manifiestamente improcedente.

5. Ahora bien, la improcedencia del recurso de casación y el inevitable efecto desestimación que se deriva en esta fase no puede comportar la pérdida irreversible de la posibilidad de recurrir ante una instancia superior la resolución que se reputa fuente de gravamen.

La estrategia impugnatoria del hoy recurrente vino marcada, de manera decisiva, por la errónea información que sobre el régimen de recursos se ofrecía en la resolución recurrida. Como puede observarse, la cláusula de información del artículo 248.4.º LOPJ contenida en el auto denegatorio de la revisión de pena precisaba que el recurso que procedía interponer era el de casación.

Error informativo que, de conformidad a la reiterada doctrina constitucional, impide considerar que el improcedente recurso interpuesto, siguiendo las indicaciones del órgano judicial, agota el plazo para la interposición del recurso procedente.

Como nos recuerda la Sentencia del Tribunal Constitucional 3/2021, " la instrucción o información errónea acerca de los recursos facilitada por los órganos judiciales, dada la auctoritas que corresponde a quien la hizo constar, es susceptible de inducir a un error a la parte litigante, que hay que considerar en todo caso excusable dada la autoridad que necesariamente ha de merecer la decisión judicial, ya que si se han ofrecido indicaciones equivocadas sobre los recursos utilizables, el interesado, aun estando asistido por expertos en la materia, podría entender por la autoridad inherente a la decisión judicial, que tales indicaciones fueran ciertas y obrar en consecuencia " -en el mismo sentido, la más reciente STC 1/2023, de 6 de febrero-.

6. En consecuencia, la desestimación de este recurso no debe impedir que la parte pueda interponer el procedente recurso de apelación ante el Tribunal Superior contra el auto de la Audiencia Provincial en el plazo de diez días, previsto en los artículos 790.1 y 846 ter, ambos, LECrim, a contar desde el día siguiente a la notificación de la presente sentencia.

#### CLÁUSULA DE COSTAS

7. Las costas se declaran de oficio. La misma razón disculpante que justifica que la parte pueda disponer del plazo para interponer el recurso procedente permite también desplazar la consecuencia condenatoria en costas prevista en el artículo 901 LECrim. No parece razonable y, sobre todo, compatible con el derecho al recurso constitucionalmente garantizado que la parte que ha interpuesto un recurso inadmisibles por indicación expresa y errónea del órgano judicial deba pechar con los gastos procesales derivados de su desestimación por concurrir, precisamente, causa de inadmisión. En estos supuestos excepcionales, la cláusula de vencimiento objetivo en materia de costas que contiene el artículo 901 LECrim debe modularse, adaptando su alcance a las exigencias de adecuada protección del derecho constitucional al recurso.

#### CLÁUSULA DE NOTIFICACIÓN

8. Tal como se establece en los artículos 109 LECrim, 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las

víctimas de delitos, la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal de la Sra. Aida, a salvo que esta manifieste expresamente su deseo de no conocer su contenido.

### **FALLO**

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

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación respectiva del Sr. Marcos contra el auto de 20 de diciembre de 2022 de la Audiencia Provincial de Bizkaia (Sección 2.ª), declarando de oficio las costas.

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

Notifíquese esta resolución a las partes y de manera personal a la Sra. Aida, haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.