



Roj: **STS 2367/2024 - ECLI:ES:TS:2024:2367**

Id Cendoj: **28079120012024100366**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **09/05/2024**

Nº de Recurso: **11001/2023**

Nº de Resolución: **386/2024**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 386/2024

Fecha de sentencia: 09/05/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 11001/2023 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 08/05/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Audiencia Provincial Madrid. Sección N. 30

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 11001/2023 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 386/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 9 de mayo de 2024.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 11001/2023, interpuesto por el **Ministerio Fiscal** contra el Auto de fecha 17 de mayo de 2023 dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, sección núm. 30 (Ejecutoria Penal 66/2017), por el que se acuerda la revisión de la condena impuesta al ahora recurrido Aurelio en la Sentencia núm. 830/2016 dictada por ese Tribunal Provincial, en fecha 2 de diciembre de 2016, en el Procedimiento sumario ordinario 683/2016, que le condenó como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual.

Es **parte recurrida** el condenado D. Aurelio representado por el procurador D. Julio Alberto Rodríguez Orozco, bajo la dirección letrada de D. David de Mingo Hernández.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 24 de Madrid incoó Sumario núm. 1/2014 por delito de abusos y agresiones sexuales contra Aurelio ; una vez concluso lo remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya sección N. 30 (Procedimiento sumario ordinario 683/2016) dictó Sentencia núm. 830/2016 que contiene los siguientes **hechos probados**:

" Montserrat es hija de Nicolasa y de Casimiro (mayor de edad y sin antecedentes penales). Nació Montserrat en Ecuador el NUM000 de 2000 donde vivió con sus abuelos maternos hasta el mes de noviembre de 2011, fecha en la que llegó a España, residiendo desde entonces con sus padres en el domicilio familiar sito en la DIRECCION000 de Madrid.

En el mismo número de la DIRECCION000 , pero en el piso DIRECCION001 , residía el tío de Montserrat , Aurelio (mayor de edad y sin antecedentes penales), esposo de la hermana de Nicolasa , con esta y el hijo menor de ambos. A este domicilio acudía Montserrat con frecuencia, por la buena relación que existía entre las familias y para hacer sus deberes escolares ya que sus tíos disponían de ordenador e impresora.

En fecha no determinada pero un día próximo a la Navidad del año 2012, Montserrat fue al domicilio de su tío Aurelio a imprimir un trabajo escolar. Aprovechando su tío la ausencia de familiares en el mismo, con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, comenzó a abrazar a Montserrat y a tocarle con sus dedos la vagina, por fuera y por dentro de la ropa llegando a introducirselos, la llevó al salón de la casa, la tumbó en el sofá, se bajo los pantalones y calzoncillos y bajó a Montserrat sus pantalones y las bragas y la penetró vaginalmente utilizando para ello preservativo.

En la tarde de un día que no ha podido precisarse de finales del mes de mayo de 2013, Montserrat y su padre Casimiro se encontraban solos en el domicilio familiar al estar su madre en la casa en la que desempeñaba su trabajo como empleada de hogar. La menor entró en la habitación de sus padres para preguntar a su progenitor una duda sobre sus deberes escolares y entonces Casimiro , con ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, dijo a la menor "vente", se quitó el pantalón corto que llevaba puesto, cogió a la niña de los brazos y la subió encima de él procediendo a quitar a Montserrat el pantalón de pijama y la penetró vaginalmente sin usar preservativo; la pidió después que sacara de un cajón azul del dormitorio donde guardaba ropa un papel que había en una esquina del mismo y se lo pasara y lo hizo, le dijo a ella después que se limpiara.

Y aprovechando nuevamente que estaban solos un día que no ha podido ser determinado, en todo caso anterior al 5 de junio de 2013, procedió del mismo modo y volvió a penetrarla vaginalmente sin emplear preservativo para ello."

SEGUNDO.- Audiencia que dictó el siguiente pronunciamiento:

"Condenamos a:

Aurelio , en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como autor responsable de un delito de abuso sexual a la pena de nueve años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Procede imponer además, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 57 del Código Penal, la prohibición de acercarse a un radio inferior a 500 metros de Montserrat , o a su domicilio, colegio, o cualquier otro lugar que frecuente y prohibición de comunicar con ella por cualquier medio, ambas medidas durante 12 años, Libertad vigilada durante un periodo de 6 años. No habiendo concretado el Ministerio Fiscal en que debe consistir la libertad vigilada se difiere su determinación al momento de ejecución de la sentencia.

Indemnizara a Montserrat en 12.000 euros por los perjuicios morales derivados de los hechos

Abonará 1/3 parte de las costas del juicio, incluidas las de la acusación particular.



Casimiro , en quien no concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, como autor responsable de un delito continuado de abuso sexual a la pena de once años y seis meses de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Procede imponer además, en aplicación de lo dispuesto en el artículo 57 del Código Penal, la prohibición de acercarse a un radio inferior a 500 metros de Montserrat , o a su domicilio, colegio, o cualquier otro lugar que frecuente y prohibición de comunicar con ella por cualquier medio durante 15 años. Libertad vigilada durante un periodo de 6 años que se cumplirá conforme a lo dispuesto en el artículo 106.2 del CP. No habiendo concretado el Ministerio Fiscal en que debe consistir la libertad vigilada se difiere su determinación al momento de ejecución de la sentencia. Acordamos la privación de la patria potestad de Casimiro

Indemnizara a Montserrat en 24.000 euros por los perjuicios morales derivados de los hechos.

Abonará 2/3 parte de las costas del juicio, incluidas las de la acusación particular.

Esta sentencia es recurrible en casación ante el Tribunal Supremo, recurso que habría de prepararse mediante escrito a presentar en la Secretaría de esta Sala en el término de cinco días."

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 17 de mayo de 2023, con el siguiente fallo:

"Se REVISAR la condena impuesta a Aurelio por la sentencia dictada en la causa al margen referenciada, respecto al delito de abuso sexual a menor de edad con acceso carnal, en el sentido de:

Sustituir la pena de prisión, por la de **SIETE AÑOS de prisión, y añadir la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleven contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior en diez años al de duración de la pena de prisión.**

QUEDANDO SUBSISTENTES el resto de pronunciamientos de dicha sentencia.

Anótese la revisión en el Registro de Penados-SIRAJ2.

Practíquese nueva liquidación de condena de acuerdo con los parámetros anteriores, dese traslado de la misma al Ministerio Fiscal y al condenado Aurelio a través de su representación y, conforme a su resultado, líbrense los mandamientos correspondientes.

Asimismo, requiérase a dicho penado de cumplimiento de la pena de inhabilitación especial para profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior en 10 años al de duración de la pena de prisión y, con su resultado, se acordará.

Notifíquese esta resolución a Aurelio , al Ministerio Fiscal y demás partes personadas y víctimas haciéndoles saber que no es firme firme y que podrán interponer recurso de casación por infracción de ley dentro de los cinco

días siguientes al de su notificación mediante escrito con firma de letrado.

Una vez firme, ofíciase al Centro Penitenciario en que se halla interno el referido penado junto con testimonio del presente a los efectos de constancia en su expediente penitenciario."

CUARTO.- Contra el anterior Auto, el Ministerio Fiscal anunció su propósito de interponer recurso de casación por infracción de ley, 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:

Motivounico.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1º de la LECrim, por indebida aplicación del art. 192.3 del Código Penal según la redacción dada por la LO 10/2022, de 6 de septiembre.

SEXTO.- 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 8 de mayo de 2024.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



ÚNICO MOTIVO, POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM : INDEBIDA INAPLICACIÓN DEL ARTÍCULO 192.3 CP

1. El fundamento del recurso interpuesto por el Ministerio Fiscal contra la resolución de la Audiencia que rebaja las penas impuestas en su día al Sr. Aurelio es nuclear: la aplicación de la norma más favorable debe hacerse en bloque. Ello supone la obligación de imponer las consecuencias punitivas que, contempladas en la ley intermedia, no se preveían en la ley aplicada, vigente al tiempo de los hechos -vid. STS 451/2023, de 14 de junio-.

En el caso, la Audiencia, al revisar la condena a la luz de las previsiones de la ley intermedia, incluyó la 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, pero no se pronunció sobre la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, curatela, guarda o acogimiento previsto en el artículo 192.3. párrafo 1º CP.

Omisión que debe ser reparada, interesando el recurrente su imposición con una duración de cinco años.

2. El motivo debe prosperar. Tiene razón el recurrente: la aplicación de la norma más favorable debe hacerse en bloque -vid. STS 711/2023, de 28 de septiembre-. Lo que comporta imponer todas las consecuencias punitivas contempladas en la ley intermedia si comparado su total peso afflictivo con el resultante de la ley en su día aplicada se identifica un saldo favorable de menor afflictividad.

En el caso, no identificamos razones para cuestionar ese *saldo* que justificó, ex artículo 2.2 CP, la revisión de las penas. Pero ello no empece añadir la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, curatela, guarda o acogimiento indebidamente preterida del juicio de revisión. Pena cuya duración, en los términos solicitados, fijamos en cinco años.

3. Precisar, no obstante, que deberá ser el tribunal de instancia quien determine, previa audiencia de las partes y, en su caso, de los menores que puedan verse afectados, el concreto contenido y alcance de dicha inhabilitación a la luz del principio del superior interés de estos. Audiencia que, de ordenarse, deberá practicarse en condiciones que minimicen riesgos de victimización o de afectación psicoemocional.

4. No cabe obviar que el efecto extintivo de los derechos inherentes a la patria potestad que se deriva de la imposición de la pena de inhabilitación para su ejercicio no comporta, como una suerte de correlato de consecuencias necesarias, y como se decanta con claridad del artículo 46 CP, la extinción de los deberes del progenitor respecto a sus hijos ni, desde luego, de los derechos que estos ostenten respecto a aquel.

La pena de inhabilitación prevista en el artículo 192.3. párrafo 1º CP, pese a su preceptividad no disculpa de la necesidad de un análisis preciso de las circunstancias concurrentes y de los planos de la relación paternofamiliar que resultarán afectados. Muy especialmente, de las consecuencias vitales -personales, sociales, familiares, económicas- que pueden derivarse para los menores concernidos.

5. A la hora de imponer una pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, los tribunales estamos obligados a procurar cohonestar los fines retributivos y preventivos de la pena con la preservación del superior interés del menor. Es un mandato constitucional y convencional de optimización indeclinable.

Como nos recuerda la STC 64/2019, de 9 de mayo, FJ 4, " *el interés superior del menor es la consideración primordial a la que deben atender todas las medidas concernientes a los menores 'que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos', según el art. 3.1 de la Convención sobre los derechos del niño ratificada por España mediante instrumento de 30 de noviembre de 1990. Como detalla la observación general núm. 14, de 29 de mayo de 2013, del Comité de Naciones Unidas de Derechos del Niño, el citado precepto enuncia uno de los cuatro principios generales de la convención en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño, a aplicar como un concepto dinámico que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto. Es uno de sus valores fundamentales, y responde al objetivo de garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la convención. Añade que no hay jerarquía de derechos en la Convención: todos responden al 'interés superior del niño' y ningún derecho debería verse perjudicado por una interpretación negativa del interés superior del menor. [...] En caso de que no puedan respetarse todos los intereses legítimos concurrentes, deberá primar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir*" -vid. en el mismo sentido, SSTC 113/2021, 98/2022, 40/2023-.

Deber de cohonestación que obliga, insistimos, a una evaluación rigurosa de todas las circunstancias personales y contextuales para determinar el concreto alcance de la pena. Y que no puede dissociarse de los contenidos normativos de la relación de patria potestad y de las condiciones que para la obtención de los fines



de protección de los menores se regulan tanto en el Código Civil como en las distintas leyes autonómicas sobre la materia.

6. Un buen ejemplo de lo antedicho lo encontramos en el artículo 160 CC donde se establece que " *los hijos menores tienen derecho a relacionarse con sus progenitores, aunque éstos no ejerzan la patria potestad, salvo que se disponga otra cosa por resolución judicial*". Es obvio, que la pena de inhabilitación especial no extingue por sí el derecho de los menores al contacto parental. Su limitación reclamará, en los propios términos precisados el artículo 46 CP, una evaluación de su oportunidad a la luz de las circunstancias del caso concreto.

CLÁUSULA DE COSTAS

7. De conformidad a lo previsto en el artículo 901 LECrim, las costas se declaran de oficio.

CLÁUSULA DE NOTIFICACIÓN

8. Tal como se establece en los artículos 109 LECrim y 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. Montserrat , a salvo que 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

Estimar el recurso de casación interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el auto de 17 de mayo de 2023 de la Audiencia Provincial de Madrid (sección nº 30) que casamos y anulamos, siendo sustituido por la sentencia que seguida y separadamente se va a pronunciar, con declaración de oficio de las costas del recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta 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 trasládese a la Sra. Montserrat , a salvo que manifieste expresamente su deseo de no conocer su contenido, haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 11001/2023 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 9 de mayo de 2024.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de ley número 11001/2023, interpuesto por el Ministerio Fiscal contra el Auto de fecha 17 de mayo de 2023 dictado por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección nº 30, auto que ha sido casado y anulado por la sentencia dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

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



ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se aceptan y dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida en lo que no resulten contradichos por los argumentos expuestos en esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- Por las razones expuestas en el fundamento jurídico de la primera sentencia, procede fijar las penas de inhabilitación previstas en el artículo 192.3, párrafo primero, CP con el alcance que se precisa.

FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Imponemos al Sr. Aurelio la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de la patria potestad, curatela, guarda o acogimiento por tiempo de cinco años, debiendo el tribunal de instancia determinar su concreto contenido y alcance en los términos y en las condiciones precisadas en la parte expositiva de la presente resolución.

Contra la decisión que se adopte sobre este punto cabrá interponer recurso de casación.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.