



Roj: **STS 220/2023 - ECLI:ES:TS:2023:220**

Id Cendoj: **28079120012023100043**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/02/2023**

Nº de Recurso: **10675/2022**

Nº de Resolución: **45/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 45/2023

Fecha de sentencia: 01/02/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10675/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/01/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Procedencia: SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE MADRID

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

Transcrito por: HPP

Nota: ATENCIÓN: NO SE PUEDE ENTREGAR COPIA DE LA PRESENTE SENTENCIA SIN LA PREVIA OCULTACIÓN DE AQUELLOS DATOS QUE PERMITAN SU IDENTIFICACIÓN (NOMBRE, APELLIDOS, FECHA DE NACIMIENTO, NÚMERO DE RECURSO DEL T.S., NÚMERO DE RECURSOS DE ORIGEN, LUGAR DE OCURRENCIA DE LOS HECHOS)

RECURSO CASACION (P) núm.: 10675/2022 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 45/2023

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Ángel Luis Hurtado Adrián



En Madrid, a 1 de febrero de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número **10675/2022**, interpuesto por **D. Cirilo** representado por la Procuradora D^a María Esperanza Álvaro Mateo bajo la dirección letrada de D. José Antonio Gutiérrez Gil, contra la sentencia núm. 352/2022 de 11 de octubre, dictada en el Rollo de Apelación núm. 395/2022 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 372/2022 de 5 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30 en el Rollo Sumario 1561/2021.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, la Procuradora D^a Helena Romano Vera en nombre y representación del menor **Daniel y de su representante legal D^a Aurora** bajo la dirección letrada de D^a Mabel Antonia Opazo Riveros.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 22 de Madrid, instruyó el Sumario con el núm. 223/2021 por delito de abuso sexual a menor de edad y delito de provocación sexual, contra Cirilo, y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, Sección Treinta, en la que vista la causa dictó en el Rollo Sumario 1561/2021 sentencia núm. 372/2022 en fecha 5 de julio de 2022, que contiene los siguientes **hechos probados**:

" Cirilo, contactó el 2 de enero de 2021 a través de la red social DIRECCION000 con el menor de edad Daniel, nacido el NUM000 de 2008, en cuyo perfil aparecía la expresión "12" referida a su edad, con la finalidad de intentar tener un encuentro físico y relaciones sexuales. Años atrás, el acusado había tenido relaciones sexuales durante aproximadamente un año con Fermín, hermano mayor de Daniel, cuando aquél tenía aproximadamente trece años de edad.

Al día siguiente, 3 de enero el acusado mantuvo una conversación en la red con Daniel en la que le dijo a este que tenía 18 años. Cuando el acusado le preguntó su edad de Daniel contestó "12". Seguidamente comenzaron a intercambiar mensajes en los que hablaban de la posibilidad de quedar e incluso "echar un polvo", ese mismo día. Para ello finalmente concertaron la cita en la zona en la que se encontraba Daniel, enfrente de la entrada principal del I.E.S. DIRECCION001, en torno a las 18:00 horas.

Una vez que se produjo el encuentro, Cirilo sugirió ir a un lugar más apartado, y ambos se dirigieron al PARQUE000 de DIRECCION002. Allí se sentaron en un banco y comenzaron a besarse en los labios y hacerse tocamientos mutuos en distintas partes del cuerpo incluida la zona genital. Poco después se dirigieron a otro banco en una zona más apartada del paso de gente y allí Cirilo desabrochó el botón del pantalón de Daniel y comenzó a masturbarle con la mano para luego practicarle una felación hasta que Daniel eyaculó. A continuación le pidió a Daniel que realizaran una penetración anal pero Daniel rehusó diciendo que no lo había hecho nunca y Cirilo insistió, pero para convencerlo le dijo que fuese Daniel el que le penetrase a él. Daniel intentó realizar el coito anal penetrando a Cirilo pero no fue capaz de introducir el pene por el ano y desistió de continuar.

En torno a las 19:30 horas, ambos volvieron en dirección a la estación de tren de DIRECCION002, para que Cirilo cogiera el transporte de vuelta a su domicilio y se despidieron en las inmediaciones.

SEGUNDO.- Tras separarse, Cirilo comenzó a mandar mensajes a Daniel para verse de nuevo, concretamente en el domicilio del primero aprovechando que iba a estar solo. En esas comunicaciones Cirilo le envió fotografías con su torso desnudo y también una fotografía frontal de parte del torso y cintura de un varón, con los calzoncillos bajados y el pene en erección".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"CONDENAMOS al acusado Cirilo, en concepto de autor de un delito de ABUSO SEXUAL, precedentemente definido, concurriendo la circunstancia modificativa atenuante de reparación del daño, a las penas de OCHO AÑOS PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo tiempo de la condena, PROHIBICIÓN DE ACERCAMIENTO a menos de 200 metros de la víctima, su domicilio o cualquier lugar en que pudiera residir o encontrarse, ASÍ COMO DE COMUNICARSE con ella por cualquier medio, por tiempo de DIEZ AÑOS y como autor de un delito de provocación sexual, a la pena de MULTA DE DOCE MESES con cuota diaria de CUATRO EUROS (4 €), con la responsabilidad personal legal en caso de impago.

Asimismo imponemos al acusado la pena de LIBERTAD VIGILADA por tiempo de CINCO AÑOS consistente en la realización de programas de educación sexual y la pena de INHABILITACIÓN ESPECIAL para cualquier



profesión u oficio que conlleve un contacto regular y directo con menores de edad, por tiempo de CATORCE AÑOS.

En concepto de responsabilidad civil, el acusado indemnizará a Daniel con la suma de 10.000 euros, con los intereses de mora procesal del art. 576 de la LEC.

Se impone al acusado el pago de las costas procesales, con inclusión de las costas de la particular".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal del condenado Cirilo, dictándose sentencia núm. 352/2022 de 11 de octubre por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, en el Rollo de Apelación núm. 395/2022, cuyo Fallo es el siguiente:

"Se desestima el recurso de apelación don Cirilo contra la sentencia 372/2022 de fecha 5 de julio de 2022 dictada por la sección 30 de la Audiencia Provincial de Madrid en el procedimiento sumario ordinario 1561/2021, declarando de oficio las costas de esta alzada".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación legal del condenado, Cirilo, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, la representación legal del recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo Primero.- Por aplicación indebida del delito de abuso sexual del art 183 del CP entendemos que existe infracción de precepto legal por aplicación indebida del art. 183 .1 y 3 del Código Penal de abuso sexual

En la actual regulación de los delitos contra la libertad sexual, del Título VIII del Libro II redactada por el apartado seis de la disposición final cuarta de L.O. 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual ("B.O.E." 7 septiembre). Vigencia: 7 octubre 2022 se establece en su artículo 181.

Motivo Segundo.- Por infracción de ley.-por aplicación indebida del art 14 CP y del principio de tipicidad y legalidad del art 25 de la CE.

Error vencible del tipo inaplicación del art 14 del CP.

Motivo Tercero.- Por infracción del art. 24 de la CE, concretamente a la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo.

Motivo Cuarto.- Cuantía de la responsabilidad civil (sin indicación de cauce)

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, la Procuradora Sra. Romano Vera presenta escrito de impugnación; el Ministerio Fiscal SE OPONE al/los motivo/s del recurso, en virtud del art. 884 ó 885 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, SOLICITANDO SU INADMISIÓN, y de no estimarse así, subsidiariamente, IMPUGNA de fondo dicho/s motivo/s e INTERESA SU DESESTIMACIÓN según lo expuesto en su escrito de 28 de diciembre de 2022; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 31 de enero de 2023.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Recurre en casación la representación procesal de Don Cirilo la sentencia núm. 352/2022 de 11 de octubre dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que confirma la condena que se le impuso como autor de un delito de abuso sexual por la Audiencia Provincial de Madrid, en sentencia núm. 372/2022, de 5 de julio, entre otras penas, a ocho años de prisión menor.

También fue condenado en esa sentencia como autor de un delito de provocación sexual, a la pena de multa de doce meses, pronunciamiento que no discute.

1. El tercer motivo lo formula por infracción del art. 24 CE, vulneración de la presunción de inocencia y del principio in dubio pro reo, donde reitera los argumentos vertidos en apelación.

Alega que no existe testigo imparcial que le implique en la comisión del delito pues el testimonio de denunciante hermano del menor estaba contaminado y cargado de odio hacia el recurrente, dado que fue su novio y actuó por despecho; y el menor entró en contradicciones evidentes sobre el acto sexual, y por tanto no existió en la vista la más mínima prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia.



2. Ante ello, conviene reiterar una vez más, como se contiene en la STS 975/2022, de 19 de diciembre, que la función de control en casación del respeto a la presunción de inocencia no puede abordarse en las mismas condiciones que un órgano de segunda instancia. El derecho a un recurso plenamente devolutivo se ha sustanciado mediante la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Es la sentencia dictada en ese grado contra la que se plantea el recurso de casación.

En las cuestiones más íntimamente vinculadas a la valoración probatoria el margen de juego en casación es mucho más reducido que el que rige en apelación (STS 682/2020, de 11 de diciembre). El espacio del control casacional se ha redimensionado como consecuencia de la generalización de una apelación plenamente devolutiva, en especial en lo que atañe a la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia. Satisfecha la doble instancia, la función revisora de la casación se contrae al examen de la racionalidad de la decisión partiendo de la motivación de la sentencia de apelación, (licitud, regularidad y suficiencia de la prueba). Es ese proceso motivacional el que puede servir de base para un discurso impugnativo.

La casación actúa -explican diversos precedentes-, como un tercer escalón de revisión que, sin descuidar la protección del núcleo esencial de la presunción de inocencia, no puede subrogarse en la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio. Corresponde realizar esta función, en primer lugar, al tribunal de instancia y, por vía de una apelación plenamente devolutiva, al Tribunal Superior. El control casacional queda confinado más a lo normativo que a la conformación del hecho y fiscalización de las valoraciones que han llevado a la proclamación de tal hecho como probado. Nos corresponde verificar que tanto los procesos de validación de los medios de prueba como de valoración de los resultados informativos que arrojan se ajustan, por un lado, a reglas de producción y metodológicas y, por otro, a reglas epistémicas basadas en la racionalidad. No somos los llamados, sin embargo, a decantar las informaciones probatorias y valorarlas al margen de los procesos y estándares valorativos empleados por los tribunales de primera y segunda instancia.

No es función de un Tribunal de casación revalorar íntegramente una prueba personal, no directamente presenciada, para preguntarnos si participamos de la convicción reflejada en la sentencia, o, por el contrario, subsiste alguna duda en nuestro ánimo. Por mucho que se hayan ensanchado los antaño angostos cauces casacionales de la mano de la presunción de inocencia y, hasta cierto punto, como legítimo paliativo a un déficit de nuestro ordenamiento procesal penal -la inexistencia de doble instancia- ya corregido con un nuevo régimen del que se ha beneficiado el ahora recurrente valiéndose de una previa apelación, la casación mantiene su condición de recurso extraordinario, diferente esencialmente a la clásica apelación.

El Tribunal de casación ha de autocontenerse para no invadir las competencias de los Tribunales de instancia y apelación subvirtiendo el reparto de espacios funcionales trazado por el legislador (STS 340/2018, de 6 de julio, entre muchas) y atribuyéndose funciones de íntegra valoración probatoria que legalmente no le corresponden. En principio, sentada la suficiencia en abstracto de la prueba y el ajuste a parámetros de lógica de la forma de deducir y razonar del Tribunal de instancia, el debate sobre la credibilidad mayor o menor de unos medios de prueba frente a otros, la interrelación entre todos ellos, el contraste entre la auto proclamada inocencia del acusado y los elementos de prueba testificales o de otro signo que apuntan en dirección contraria, queda agotado tras la revisión en apelación de lo decidido en la instancia. No puede reproducirse en casación sin traicionar los ámbitos funcionales que nuestro legislador procesal delimita entre los Tribunales de instancia y apelación y el de casación.

3. Hemos de advertir que el control de racionalidad de la inferencia no implica la sustitución del criterio valorativo del Tribunal sentenciador por el del Tribunal casacional, el juicio de inferencia del Tribunal "a quo" sólo puede ser impugnado si fuese contrario a las reglas de la lógica o a las máximas de la experiencia. Si bien, la calidad de todo cuadro de prueba para fundar sobre sus resultados una sentencia de condena no se mide por la fuerza acreditativa intrínseca de cada uno de los datos informativos que arrojan los medios de prueba producidos, sino por el valor integrado de todos ellos. Los valores específicos interactúan conformando la imagen probatoria. Lo que permite decantar una inferencia, un hecho consecuencia, lo suficientemente concluyente para situar las otras hipótesis en liza en un plano de manifiesta irrelevancia probabilística.

En cuya consecuencia, el recurso sólo es entendible en términos del ejercicio de defensa, pero de nula eficacia ante el cuadro probatorio de signo incriminatorio existente; dado que especialmente no sólo obran las manifestaciones del menor y de su hermano, sino también la documental obrante en autos, con los mensajes telemáticos volcados.

El propio recurrente admitió haber quedado con el menor y haber estado juntos en un parque de DIRECCION002 , aunque negó que dicho encuentro tuviera naturaleza sexual, pero reconoce haber remitido al menor las fotografías que obran en autos, singularmente la del pene en erección de un varón; además de no ofrecer



ninguna explicación verosímil sobre la existencia y contenido de todas las conversaciones volcadas en las actuaciones.

Es analizada con detalle la declaración del menor desde los parámetros habitualmente considerados suficientes para constituir prueba hábil para enervar la presunción de inocencia del acusado.

En cuanto a la ausencia de incredulidad subjetiva, no se detecta existiera ningún tipo de conflicto previo que justifique la emisión de un testimonio mendaz, señalando como el hecho mismo no presentó aspectos traumáticos para la víctima, quien realizó los actos de naturaleza sexual con consentimiento, siendo el descubrimiento de lo sucedido por Fermín , hermano de Daniel , lo que motivó la presentación de la denuncia.

Se descartan las argumentaciones de la defensa sobre la existencia de una trama urdida por resentimiento tras haber cesado una relación anterior de Fermín con Cirilo , considerando totalmente inverosímil que Fermín haya manipulado a su hermano menor para hacerle presentar una denuncia de esta naturaleza, máxime cuando la cuestión de la homosexualidad de los hermanos parece ser algo mal aceptado por la familia, señalando como aquel ofreció una explicación plausible afirmando que al ser mayor de edad es consciente de que fue abusado continuamente cuando fue menor y quiso evitar que ocurriera lo mismo con su hermano pequeño.

A su vez, refleja la persistencia en la versión inculpativa de la presunta víctima en aspectos esenciales, así como su coherencia y verosimilitud, recogiendo como aquel relató que el acusado empieza a seguirle en DIRECCION000 y tras una conversación banal al día siguiente vuelve a mantener contacto y le convence para quedar, tras diversas vacilaciones porque quiere que el menor vaya a la estación de DIRECCION003 (cerca de su domicilio) luego accede a ir a donde este se encuentra (DIRECCION002) y de allí al PARQUE000 de DIRECCION002 . Que se sentaron en un banco y estuvieron besándose, hasta que deciden ir a otro banco a un lugar más apartado porque hay gente paseando. Describiendo también con coherencia la relación sexual mantenida; sin contradicción alguna en relación a la existencia de penetración anal pese a la defectuosa transcripción de la grabación de la declaración del menor, para resaltar como desde la inicial denuncia el menor ha explicado que intentaron el coito anal pero que no fue capaz de introducir su pene por el ano del acusado.

También se reseñan como corroboraciones externas las conversaciones telemáticas anteriores y posteriores al encuentro; que no sólo concuerdan con lo expuesto por el menor, sino que por sí solas, conllevan un fuerte contenido inculpativo; así entre otras:

-Te ha gustado lo de hoy

- También

-Que es lo que más te ha gustado

-Jajaja

-Te quiero

-Cuando te la chupe

-Y besándonos

-Que me la metas

-Al final cuando te la estaba intentando meter te la he metido

-Te quedaste a gusto un Poco

- Te dolió?

-Jajaja

-Era mi primera vez

O en esta otra:

-Hoy me he corrido en tu boca?

-Te gusta el semen?

-Parecías un poco vergonzoso hoy

Prueba de cargo pues, suficiente y de alto contenido inculpativo, que determina que el motivo deba desestimarse.

SEGUNDO.- El segundo motivo lo formula por infracción de ley, por aplicación indebida del art. 14 CP y del principio de tipicidad y legalidad del art. 25 CE. Error invencible del tipo, inaplicación del art. 14 CP.



1. Alega que "se debió estimar la solicitud de esta parte de aplicar el art 14 del CP dado que era evidente que mi representado pensó que Daniel tenía 16 años o una edad superior dado por su altura y fortaleza física como pro su conversación. Lo cual fue corroborado por su propio hermano y los policías por lo cual el error vencible debió aplicarse, pues con solo verle aparenta ser mayor de edad. Dispone el art 14 del CP que si el error, atendidas las circunstancias del hecho y las personales del autor, fuera vencible, la infracción será castigada, en su caso, como imprudente.

2. Motivo que ha de desestimarse, pues no es que se carezca de prueba sobre la existencia del error, sino que media prueba inequívoca del perfecto conocimiento del recurrente de la edad del menor.

Las aludidas declaraciones testificales del agente policial y de Fermín (nacido el NUM001 /2002) hermano de Daniel , fueron que al tiempo de los hechos Daniel , efectivamente, parecía mayor, pero en todo caso no más de catorce o quince años; pero además, en el perfil de DIRECCION000 que consta en las actuaciones aparece que Daniel había insertado su edad (12); y sobre todo, en la conversación del día 3, mantenida por el recurrente con el menor, previa a quedar presencialmente, resulta reflejado como Daniel le dijo a Cirilo que tenía doce años.

El motivo se desestima.

TERCERO.- El cuarto motivo, que rubrica meramente como "responsabilidad civil", alega que la imposición de una indemnización de 10.000 euros a favor del menor Daniel es algo completamente desproporcionado y carente de sentido, dado que ninguna prueba psicológica se realizó durante la instrucción, ni de ninguna manera se evidenció tal daño; así el menor declaró con total desenvoltura preocupándose solo porque le devolvieran el móvil en su exploración, debiendo tenerse en cuenta la desenvoltura sexual del menor y que en ningún caso se atisba el más mínimo trauma o secuela, siendo el menor activo y llevar la iniciativa al darle los besos y quedar en el parque y marcharse juntos queriendo ser su novio y no continuando la relación por intervenir el hermano antiguo novio del recurrente, por lo cual no existe daño de ningún tipo resarcible, pero dado que realizó el gran esfuerzo de resarcir con 3.000 euros solicita que en caso de confirmarse la condena se rebaje la responsabilidad civil a esos 3.000 euros dada su mala situación económica.

Esta Sala, en relación a los daños morales, en sentencias 151/2022, de 22 de febrero, 711/2020, de 18 de diciembre o la 445/2018, de 20 de octubre, con cita de las SSTS 489/2014 de 10 de junio, 231/2015 de 22 de abril, 957/2016 de 19 de diciembre y 434/2017, de 15 de junio, reseña que la jurisprudencia de la Sala Primera entiende de aplicación la doctrina in re ipsa loquitur, cuando la realidad del daño puede estimarse existente por resultar "evidente"; es decir, "cuando resulte evidenciada como consecuencia lógica e indefectible del comportamiento enjuiciado", acogida en numerosas resoluciones (SSTS de la Sala Primera, de 19 de junio de 2000, 1 de abril de 2002, 22 de junio de 2006, 12 de junio de 2007, etc.); así como que esta Sala Segunda, en argumentación paralela, entiende que el daño moral no necesita estar especificado en los hechos probados cuando fluye de manera directa y natural del referido relato histórico o hecho probado, pudiendo constatar un sufrimiento, un sentimiento de su dignidad lastimada o vejada, susceptible de valoración pecuniaria sin que haya en ello nada que se identifique con pura hipótesis, imposición o conjetura determinante de daños desprovistos de certidumbre o seguridad (SSTS núm. 264/2009, de 12 de marzo; núm. 105/2005, de 29 de enero).

El daño moral, en caso como el de autos, resulta de la importancia del bien jurídico protegido, la indemnidad sexual y de la afectación al mismo; no deriva de la prueba de lesiones materiales, sino de la significación espiritual que el delito tiene con relación a la víctima. En su consecuencia, como indica la STS 702/2013 de esta Sala, para la apreciación del daño moral no es preciso que el mismo se concrete en determinadas alteraciones patológicas o psicológicas (así STS 744/1998, de 18 de septiembre); siendo que es valorable a tal efecto el menoscabo de la dignidad (STS 1490/2005, de 12 de diciembre). Este es el caso; de modo que dada la moderada cuantía indemnizatoria establecida, el motivo debe fracasar.

CUARTO.- El primer motivo, lo formula por aplicación indebida del delito de abuso sexual del art 183 del CP

1. Interesa que como consecuencia de la aplicación retroactiva favorable de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, al estar ahora sancionado el hecho enjuiciado en el art. 183. 1 y 3 CP, castigado con la pena de prisión de seis a doce años, debería reducirse le pena impuesta de ocho años de prisión a seis años, pues el juzgador le impuso la mínima legal de ocho años dada la atenuante de reparación del daño que realizó el recurrente, teniendo en cuenta su situación personal de persona joven integrada socialmente que cuidaba a su madre discapacitada y que el menor tiene una madurez superior, actuó de forma activa, proponiendo el encuentro y queriendo ser su novio.

2. El Ministerio Fiscal, en relación con este primer motivo sobrevenido por la reforma de la LO 10/2022, indica que es cierto que el actual artículo 181.1 y 3 CP que sustituye al art. 183.1 y 3 CP, en cuanto a la pena privativa de libertad la fija en 6 a 12 años en lugar de 8 a 12 años y que el Tribunal de instancia, no el de apelación que no



entra en este tema, en su FJ 3º considera en virtud del art. 66.1.1 CP (conurrencia de una atenuante simple) aplicable la pena mínima de 8 años dentro de la mitad inferior de la pena en una horquilla entre 8 y 10 años de prisión, siendo ahora la horquilla de ese tramo inferior entre 6 y 9 años. Por lo que la solicitud del recurrente de que se le rebaje la pena a 6 años de prisión no es disparatada. Sobre todo, conforme a la última STS -2ª- 987/2022, de 21 diciembre. Pero que también es cierto que la pena impuesta en su día de 8 años se encuentra en la mitad inferior de la nueva pena, cuya horquilla abarca de 6 a 9 años de prisión.

Y dicho lo anterior, aunque el art. 66.1.1 CP obliga al Tribunal a imponer la pena en su mitad inferior sin especificar su extensión, siendo esta la ya señalada actualmente entre 6 y 9 años de prisión, no puede desconocerse que a su vez el tramo inferior de esa pena que abarca de 6 a 7 años y 6 meses es inferior a la pena impuesta de 8 años de prisión, lo que aconsejaría según este razonamiento a rebajar la pena entre esa horquilla de 6 a 7 años y 6 meses de prisión.

Pero no obstante, a falta de un criterio más consolidado en la jurisprudencia, habiéndose impuesto la pena de 8 años de prisión, que se encuentra en la mitad inferior de la actual penalidad, impugna el motivo, sin perjuicio de que esa Excm. Sala confirme la tesis expuesta en la STS -2ª- 987/2022, de 21 diciembre, rebajando la pena a 6 años de prisión o tenga a bien la rebaja entre 6 a 7 años y 6 meses de prisión.

3. Efectivamente, la sentencia a quo, al individualizar la pena, en la horquilla resultante con la legislación anterior, de ocho a diez años de prisión, estimó que, a la vista de los hechos declarados probados, aun cuando la reparación del daño era meramente parcial, teniendo en cuenta la madurez relativa del menor y su consentimiento para realizar los actos de naturaleza sexual, que la pena de ocho años sanciona suficiente y adecuadamente los hechos enjuiciados.

4. No cabe duda que una pena de seis a doce años de prisión, es menos grave que una pena de ocho a doce; o más concretamente por la operatividad de la concurrencia de una atenuante, sin concurrir agravante alguna, que una pena de seis a nueve años de prisión, es más favorable que una pena de ocho a diez; y que nos encontramos ante un recurso durante cuya tramitación ha operado el cambio legal y no ante revisión de sentencia firme, supuesto de transitoriedad por pendencia de enjuiciamiento (y no de revisión de sentencias firmes) donde la comparación entre legislaciones se efectúa teniendo en cuenta las penas concretas que se imponen o impondrían, ponderando las potencialidades del arbitrio judicial.

Como informa el Ministerio Fiscal, la pena impuesta resulta también aplicable con la nueva norma; en cuya consecuencia la cuestión a determinar es si a partir de los criterios de individualización de la pena exteriorizados en la instancia, que avocaron a la imposición del umbral mínimo de la pena, siguen persistiendo con ese aminorado umbral mínimo, en este caso desde los ocho a los seis años.

Cuestión a la que hemos de responder afirmativamente, pues sin obviar esa nueva cifra del umbral mínimo, tanto la afirmada madurez relativa del menor, como su activo consentimiento en la relación sexual objeto de condena, abogan por esa imposición mínima.

El motivo se estima.

QUINTO.- De conformidad con el art. 901 LECrim, en caso de estimación del recurso, las costas procesales, se impondrán de oficio.

FALLO

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

Declarar haber lugar a estimar parcialmente el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de **D. Cirilo**, contra la sentencia núm. 352/2022 de 11 de octubre, dictada en el Rollo de Apelación núm. 395/2022 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 372/2022 de 5 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30 en el Rollo Sumario 1561/2021; cuya resolución casamos y anulamos, en los términos que se precisarán en la segunda sentencia que a continuación se dicta; y ello, con declaración de oficio de las costas originadas por su recurso.

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

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION (P) núm.: 10675/2022 P



Ponente: Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Tomás Yubero Martínez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 1 de febrero de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número **10675/2022**, interpuesto por **D. Cirilo** representado por la Procuradora D^a María Esperanza Álvaro Mateo bajo la dirección letrada de D. José Antonio Gutiérrez Gil, contra la sentencia núm. 352/2022 de 11 de octubre, dictada en el Rollo de Apelación núm. 395/2022 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 372/2022 de 5 de julio, dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 30 en el Rollo Sumario 1561/2021, sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada en el día de la fecha por esta sala integrada como se expresa.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, la Procuradora D^a Helena Romano Vera en nombre y representación del menor **Daniel y de su representante legal D^a Aurora** bajo la dirección letrada de D^a Mabel Antonia Opazo Riveros.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Andrés Palomo Del Arco.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se reproducen e integran en esta sentencia todos los de la resolución de instancia rescindida en cuanto no estén afectados por esta resolución.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- De conformidad con el fundamento cuarto de nuestra sentencia casacional, debe ser aplicada la reforma operada por la LO 10/2022, con la consecuencia de que la pena de prisión resta en seis años en vez de los ocho impuestos con la anterior normativa, que acarreará igual minoración en la duración de la pena de inhabilitación especial.

FALLO

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

1º) **CONDENAR** al acusado **Cirilo**, en concepto de autor de un delito de abuso sexual cometido en persona menor de dieciséis años del art. 181.1 y 3 C, tras la redacción otorgada por la LO 10/2022, concurriendo la circunstancia modificativa atenuante de reparación del daño, a las penas de **SEIS AÑOS PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo tiempo de la condena, **PROHIBICIÓN DE ACERCAMIENTO** a menos de 200 metros de la víctima, su domicilio o cualquier lugar en que pudiera residir o encontrarse, así como de **COMUNICARSE** con ella por cualquier medio, por tiempo de **DIEZ AÑOS**; y también le imponemos la pena de **INHABILITACIÓN ESPECIAL** para cualquier profesión u oficio que conlleve un contacto regular y directo con menores de edad, por tiempo de **DOCE AÑOS**.

2º) Mantener la integridad del resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida, como son la imposición de la pena de libertad vigilada, responsabilidad civil, intereses, costas y condena como autor de un delito de provocación sexual.



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

Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ