



Roj: **STS 111/2023 - ECLI:ES:TS:2023:111**

Id Cendoj: **28079120012023100010**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/01/2023**

Nº de Recurso: **10406/2022**

Nº de Resolución: **12/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ, Sala de lo Civil y Penal, Cataluña, 7-12-2021,
STS 111/2023**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 12/2023

Fecha de sentencia: 19/01/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10406/2022 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/01/2023

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

Procedencia: SECCION APELACION PENAL SALA CIVIL Y PENAL. TRIBUNALSUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: HPP

Nota: 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.: 10406/2022 P

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

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 12/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García



D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D.^a Carmen Lamela Díaz

En Madrid, a 19 de enero de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma, número 10406/2022, interpuesto por **D. Benjamín** representado por el Procurador D. Ramón Rodríguez Nogueira bajo la dirección letrada de D.^a Berta Armengol Freixes, contra la sentencia núm. 406 dictada en el Rollo de Apelación núm. 343/2021 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 7 de diciembre de 2021 que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 206/21 dictada el 21 de junio, por la Audiencia Provincial de Lérida, Sección Primera en el Rollo Sumario 13/2020.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, **D. Celestino**, **D.^a Benita** y **D.^a María Purificación** representados por el Procurador D. Luis Pidal Allendesalazar bajo la dirección letrada de D. Fermín Morales Prats.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Lérida instruyó el Sumario núm. 2/2020 por delito de agresión sexual a menor de 16 años contra Benjamín, y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Lérida, Sección Primera, en la que vista la causa dictó en el Rollo Sumario 13/2020 sentencia núm. 206/21 en fecha 21 de junio, que contiene los siguientes **hechos probados**:

"PRIMERO.- El acusado, Benjamín; nacido el día NUM000 de 1962, sin antecedentes penales, es el marido de la hermana de Celestino, padre de María Purificación, nacida el NUM001 de 2002 en Lleida.

Entre los días 6 a 10 de junio de 2013, fechas en las que María Purificación y su hermana Hortensia se quedaron en el domicilio de sus tíos sito en la CALLE000 n.º NUM002 de Barcelona debido a un ingreso de la madre de éstas en una Clínica de dicha localidad, el acusado acudió con María Purificación, que contaba con once años de edad, al parking del referido edificio donde, para satisfacer sus deseos libidinosos y aprovechándose de la relación con María Purificación y la edad de ésta, que contaba con once años de edad, le mostró su pene y se masturbó en presencia de la menor. Seguidamente, tras efectuarle tocamientos por encima del pantalón, metió su mano por dentro del pantalón, le acarició el clítoris y le introdujo los dedos en la vagina. Acto seguido accedieron a la zona de las escaleras del parking deteniéndose en un rellano donde el acusado, movido por el mismo ánimo libidinoso, cogió a María Purificación fuertemente de los brazos, le bajó al pantalón, la giró de cara hacia la pared, le propinó una patada para obligarla a abrir las piernas y la penetró vaginalmente mientras la cogía por el cuello de forma que la niña no podía moverse. Luego la obligó a practicarle una felación.

A partir de entonces y hasta septiembre de 2018, el acusado guiado por igual ánimo libidinoso, aprovechando los encuentros familiares en su casa de Barcelona de la CALLE000 n.º NUM002 en el domicilio de los padres de María Purificación ubicada en la CALLE001 n.º NUM003 de Lleida, en la torre de sus abuelos en la localidad de Victoria o en la segunda residencia de los padres de María Purificación sita en la CALLE002 NUM004 de DIRECCION000 o en los alrededores, llevó a cabo actos sexuales con su sobrina consistentes en introducción de dedos en la vagina, felaciones y en algunas ocasiones penetración vaginal y en una de ella anal.

En concreto, en fecha no determinada pero en todo caso durante el verano de 2014, encontrándose el acusado y la menor de vacaciones con sus respectivas familias en la población de DIRECCION000, fueron a tirar la basura cuando ya había oscurecido y al subir por unas escaleras sitas en la vía pública y que dan acceso a una zona más elevada donde se ubica el edificio de apartamentos de los padres de María Purificación, éste, con ánimo libidinoso, empotró a la menor contra las escaleras, le bajó los pantalones y la penetró analmente. La menor sintió mucho dolor durante dos días, sin embargo, no explicó a nadie este episodio ni tampoco acudió al médico.

En otra ocasión, el día 11 de septiembre de 2014, en la vivienda del acusado en Barcelona, éste y María Purificación bajaron al parking y en las escaleras donde se produjo el primer acto sexual entre ambos, el acusado con el ánimo de satisfacer sus deseos sexuales le introdujo los dedos en la vagina y la obligó a realizar una felación.



Asimismo, el día 1 de octubre de 2014, aprovechando el acusado que María Purificación y su hermana se quedaron en su casa de Barcelona debido a que sus padres estaban de viaje, mientras María Purificación estaba mirando por la ventana de la habitación donde dormía con su hermanal aquel se le acercó por detrás y la cogió de la cabeza y empujándola hacia abajo la obligó a realizarle una felación.

En el mes de diciembre de 2014, estando María Purificación y su hermana con sus tíos en Barcelona debido a un viaje de sus padres, el acusado, con el mismo ánimo libidinoso que en las otras ocasiones, practicó con María Purificación actos sexuales consistentes en introducción de dedos en la vagina y felaciones.

Días antes de las Navidades, del año 2014 en el domicilio de los padres de María Purificación, el acusado con la excusa de que iba a echar una siesta, acudió a la habitación de María Purificación donde ella estaba haciendo deberes y movido por el ánimo de satisfacer sus deseos sexuales, le introdujo los dedos en la vagina.

Entre los años 2015, 2016, 2017 y 2018 se sucedieron varios encuentros sexuales entre el acusado y María Purificación con ocasión de las reuniones familiares, como cuando en fecha no determinada en el año 2016 con motivo de la despedida familiar de la familia de María Purificación que iba a realizar una estancia de tres meses a Canadá la familia se reunió en la torre que los abuelos tenían en Victoria y una vez allí el acusado practicó con la menor actos sexuales tales como introducción de dedos y felaciones.

En otra ocasión el acusado, pidió a María Purificación que fuera al baño del apartamento de DIRECCION000, negándose ésta en un primer momento, pero accediendo finalmente después de que el acusado, con ánimo de amedrentarla, le señalara a su hermana Hortensia. Una vez en el baño el acusado mantuvo relaciones sexuales con María Purificación consistentes en introducción de dedos, penetración vaginal y felación siendo sorprendidos por el padre de María Purificación cuando ésta y el acusado salían juntos de baño. Finalmente, en el mes de septiembre de 2018 en el trastero del apartamento de DIRECCION000 el acusado con ánimo libidinoso, estiró fuertemente del pelo a María Purificación y la penetró vaginalmente eyaculando en el suelo del trastero.

En todos estos episodios el acusado le decía María Purificación al finalizar que no contara nada de lo sucedido y que en el caso de que lo hiciera la encerrarían en un psiquiátrico, no vería más a su tía, abuelos y primos y le haría lo mismo a su hermana pequeña Hortensia.

María Purificación denunció estos hechos el 26 de octubre de 2018 después de contar lo sufrido a sus padres, a varios de sus amigos y a algunos profesores.

Como consecuencia de estos hechos María Purificación sufrió DIRECCION001, sintomatología depresiva y desrealización, intentos autolíticos habiendo precisado asistencia facultativa y tratamiento médico consistente en medicación psicofarmacológica y psicoterapia. Le han quedado como secuelas DIRECCION001 crónico, que puede evolucionar al largo del tiempo con periodos de más sintomatología y otros de menos.

SEGUNDO.- El 18 de mayo de 2021 el procesado Benjamín consignó el importe de 12.000 euros en concepto de responsabilidad civil".

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

"CONDENAMOS A Benjamín como autor criminalmente responsable de un delito continuado de agresión sexual a menor de 16 años previsto y penado en los artículos 183.1 .2.3 y 4 apartado d) del Código Penal, en relación con el art. 74 del CP, concurriendo la atenuante muy cualificada de reparación del daño, a la pena de 9 años de prisión. más la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

A la pena de prohibición de aproximarse en una distancia de 200 metros de María Purificación, a su domicilio, lugar de estudio o trabajo o donde se encuentre y de comunicarse con la misma por cualquier medio por el plazo de 10 años.

Se impone al acusado la medida de libertad vigilada por tiempo de 6 años que se ejecutará con posterioridad a las penas privativas de libertad.

En concepto de responsabilidad civil Benjamín indemnizará a María Purificación en la cantidad de 20.000 euros. Esta cantidad devengará los intereses del art. 576 de la LEC en la parte que excede de la suma consignada.

Todo ello, más el pago de la mitad de las costas causadas en esta instancia, incluida la mitad de las costas de la acusación particular.

ABSOLVEMOS A Benjamín del delito de tenencia de pornografía infantil por el que ha sido acusado.



Se declaran la mitad de las costas de oficio.

Notifíquese esta sentencia a las partes, haciéndoles saber que no es firme y que contra la misma cabe recurso de apelación ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya a interponer en el plazo de 10 días siguientes a la última notificación, mediante escrito suscrito por Abogado y Procurador".

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por las representaciones procesales del condenado Benjamín y de la acusación particular D. Celestino, D^a Benita y D^a María Purificación, dictándose sentencia núm. 406 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en fecha 7 de diciembre de 2021, en el Rollo de Apelación núm. 343/2021, cuyo Fallo es el siguiente:

"DESESTIMAMOS EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por el Procurador D. Ignacio Bartret Gutiérrez, en nombre y representación de Benjamín, contra la sentencia dictada en fecha 21 de junio de 2021 por la Audiencia Provincial de Lleida (Sección 1^a).

ESTIMAMOS PARCIALMENTE EL RECURSO DE APELACIÓN interpuesto por la Procuradora D^a, Susana Rodrigo Fontana, en nombre y representación de Celestino, Benita Y María Purificación, contra la referida sentencia, al que se ADHIRIÓ PARCIALMENTE el MINISTERIO FISCAL.

Consecuentemente REVOCAMOS la anterior resolución en los únicos extremos de condenar a Benjamín como autor de un delito continuado de agresión sexual a menor de 16 años previsto y penado en los artículos 183.1.2.3 y 4 apartado d) del Código Penal, en relación con el art 74 del C,P, concurriendo la atenuante de reparación del daño, a la pena de DOCE AÑOS DE PRISIÓN, fijando la indemnización a María Purificación en la suma de OCHENTA MIL EUROS, con los intereses legales del art. 576 de la LEC.

Se mantienen el resto de penas y demás pronunciamientos.

Declaramos de oficio las costas que hubieran podido devengarse en esta alzada.

Notifíquese a las partes haciéndoles saber que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo en los términos que previene el art. 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación, de la presente sentencia".

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación legal del condenado, Benjamín 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 infracción de ley, con cauce en el artículo 849.1 de la LECRIM, por indebida aplicación de los artículos 109, 110 y 115 del Código Penal.

Motivo Segundo.- Por infracción de ley, con cauce en el artículo 849.1 de la LECRIM, por indebida aplicación del artículo 183.4.d) del Código Penal.

Motivo Tercero.- Por quebrantamiento de forma, con cauce en el artículo 851.1º de la LECRIM, por consignar en hechos probados expresiones que predeterminan el fallo.

Motivo Cuarto.- Por infracción de ley, con cauce en el artículo 849.1 de la LECRIM, por indebida inaplicación del artículo 21.5 del Código Penal con relación al artículo 66.1.2º del Código Penal.

Motivo Quinto.- Por infracción de ley, con cauce en el artículo 849.1 de la LECRIM, por indebida inaplicación del artículo 21.6 o 21.7 del Código Penal.

Motivo Sexto.- Por infracción de ley, con cauce en el artículo 849.1 de la LECRIM, por indebida aplicación del artículo 66 del Código Penal, con relación al artículo 183 y al artículo 21 ambos del Código Penal.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Procurador Sr. Pidal Allendesalazar presentó escrito de impugnación; el Ministerio Fiscal manifestó procede la INADMISIÓN, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 885 1º y 2º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y, subsidiariamente, la DESESTIMACIÓN de todos los motivos del recurso, por las consideraciones que se expresan en su escrito de fecha 6 de septiembre de 2022; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Por Diligencia de Ordenación de fecha 23 de Noviembre de 2022, se otorgó un plazo de tres días a la parte recurrente por si interesaba alegaciones con respecto a la aplicación de la Ley Orgánica 10/2022 de 6 de septiembre; el Procurador Sr. Rodríguez Nogueira presentó escrito del que se dio traslado al Ministerio



Fiscal y a la parte recurrida; el Ministerio Fiscal evacuó informe el 1 de diciembre manifestando que no procede acceder a adaptación alguna a la LO 10/22 dado que la pena que le fue impuesta en la sentencia recurrida le es más favorable, al habersele impuesto la pena de 12 años de prisión; el Procurador Sr. Pidal Allendesalazar presentó escrito de alegaciones interesando se mantenga la condena impuesta al condenado.

OCTAVO.- Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 21 de diciembre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La representación de D. Benjamín recurre en casación la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de fecha 7 de diciembre de 2021 que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 206/21 dictada el 21 de junio, por la Audiencia Provincial de Lérida, donde resulta condenado como autor de un delito continuado de agresión sexual a menor de 16 años previsto y penado en los artículos 183.1.2.3 y 4 apartado d) del Código Penal, entre otras penas a doce años de prisión y en concepto de responsabilidad civil, indemnizar a la víctima en la suma de ochenta mil euros.

El primer motivo que formula es infracción de ley, con cauce en el artículo 849.1 LECrim, por indebida aplicación de los artículos 109, 110 y 115 CP.

1. Alega que la Sentencia objeto de casación, no se razona suficientemente, ni es tampoco razonable por ser desproporcionada, la indemnización que impone de 80.000 euros a favor de la víctima, desglosada en 50.000 euros por daños morales y 30.000 euros por secuelas psicológicas.

Pese a que, en el desarrollo del motivo, contradictoriamente, describe el contenido argumental de la sentencia recurrida para otorgar esas cantidades, el principal fundamento de su queja, deriva de su comparativa con otros ejemplos jurisprudenciales.

2. Cabe recordar que el recurso de casación no es un recurso ordinario; donde la cuantificación de las indemnizaciones corresponde a los Tribunales de instancia dentro de los parámetros determinados por la acusación, no siendo revisables en casación, fuera de una manifiesta arbitrariedad y capricho. La indemnización de daños y perjuicios derivados de un ilícito penal doloso que realice el Tribunal de instancia, fijando el alcance material del "quantum" de las responsabilidades civiles, atendiendo a las circunstancias personales, necesidades generadas y daños y perjuicios realmente causados, daño emergente y lucro cesante, no puede, por regla general, ser sometida a la censura de la casación, por ser una cuestión totalmente autónoma y de discrecional facultad del órgano sentenciador.

Ello, por tratarse de un criterio valorativo soberano, más que objetivo o reglado, atendiendo a las circunstancias personales, necesidades generadas y daños y perjuicios realmente causados, daño emergente y lucro cesante, no puede, por regla general, ser sometida a la censura de la casación, por ser una cuestión totalmente autónoma y de discrecional facultad del órgano sentenciador, como ha venido a señalar la jurisprudencia de esta Sala que únicamente permite el control en el supuesto que se ponga en discusión las bases o diferentes conceptos en que se apoya la fijación de la cifra respectiva, o lo que es igual, el supuesto de precisar si existe razón o causa bastante para indemnizar, pero no el alcance cuantitativo del concepto por el que se indemniza (SSTS 836/2022, de 21 de octubre, con cita de la 467/2018, de 15 de octubre).

Igualmente la STS expresa como criterio constante de este Tribunal Supremo, el manifestado en la sentencia número 416/2022, de 28 de abril, que "es conocida la doctrina jurisprudencial relativa a que la individualización de la pena no corresponde, ni primera ni principalmente, a este Tribunal de casación sino al sentenciador, por lo que en esta sede únicamente procederá controlar si el órgano de instancia ha realizado esta función dentro de los parámetros legales y sobre la base de una motivación razonable (en tal sentido, por ejemplo, sentencia número 304/2022, de 25 de marzo). Más extensamente, la sentencia número 187/2022, de 28 de febrero, observa al respecto: "La individualización penológica encierra un ámbito de discrecionalidad que el legislador ha depositado en principio en manos del Tribunal de instancia. En su más nuclear reducto no es fiscalizable en casación. Se pueden revisar las decisiones arbitrarias. También las inmotivadas. O aquellas que no respetan las reglas o criterios de ponderación legales. Pero no es factible neutralizar las decisiones razonadas y razonables del Tribunal de instancia, aunque puedan existir muchas otras igualmente razonables y legales. En el terreno de la concreción última del quantum penológico no es exigible la expresión imposible de unas reglas que justifiquen de forma apodíctica y con exactitud matemática la extensión elegida (vid., entre otras, STC 28/2007, de 12 de febrero y STS 578/2012, de 26 de junio)".

Consecuentemente, la cantidad indemnizatoria únicamente será objeto de fiscalización en casación cuando:

a) existe error en la valoración de las pruebas que hubiera determinado la fijación del "quantum" indemnizatorio, indemnizando conceptos no susceptibles de indemnización o por cuantía superior a la acreditada por la



correspondiente prueba de parte; y b) que se indemnice por cuantía superior a la solicitada por las partes en virtud del principio acusatorio que rige nuestro **Derecho** Procesal Penal, y del principio de rogación y vinculación del órgano jurisdiccional a la petición de la parte que rige en el ejercicio de acciones civiles, bien independientes, bien acumuladas a las penas correspondientes (STS 168/2017, de 15 de marzo).

Las SSTs 107/2017, de 21 de febrero y 423/2020, de 23 de julio), insisten, respecto de la cuantía de la indemnización, en que con carácter general corresponde su fijación al Tribunal de instancia, de manera que no es, por lo general, revisable en casación, pues al no establecer el Código Penal criterios legales para señalar su cuantía, no cabe apreciar en su determinación infracción de ley sustantiva. Sí sería posible rectificar la determinación de la cuantía de la indemnización fijada en la sentencia de instancia en los siguientes supuestos: 1º) Cuando se rebase o exceda lo solicitado por las partes acusadoras. 2º) Cuando se fijen defectuosamente las bases correspondientes. 3º) Cuando quede patente una evidente discordancia entre las bases y la cantidad señalada como indemnización. 4º) Cuando se establezcan indemnizaciones que se aparten de modo muy relevante de las señaladas ordinariamente por los Tribunales en supuestos análogos. 5º) En supuestos de error notorio, arbitrariedad o irrazonable desproporción de la cuantía fijada.

Ahora bien, sí se exige a los Jueces y Tribunales razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sentencia, precisando, cuando ello sea posible, las bases en que se fundamenten (extremo revisable en casación (SSTs 168/2017, de 15 de marzo; 366/2020, de 2 de julio). El Tribunal Constitucional, así como pacífica jurisprudencia de esta Sala, ponen de relieve que la necesidad de motivar las resoluciones **judiciales** se hace extensiva a la exigencia de razonar la fijación de las cuantías indemnizatorias que reconozcan en sentencias, precisando la obligación de identificar las bases en que se fundamentan (SSTs 814/2016, de 28 de octubre; 246/2020, de 27 de mayo).

En definitiva, la jurisprudencia ha fijado la posibilidad de revisar en casación la cuantía de la indemnización, pero esta posibilidad es excepcional y se puede llevar a cabo únicamente respecto de las bases en las que se asienta y en supuestos de irrazonable desproporción de la cuantía fijada, especialmente cuando las razones en que se apoya su determinación no ofrecen la consistencia fáctica y jurídica necesaria y adolecen de desajustes apreciables a tenor de una racionalidad media.

3. Principios que conducen a la desestimación del motivo. La imposición de las cuantías indemnizatorias, resultan debidamente motivadas:

Explica la sentencia recurrida que en los delitos contra la libertad e indemnidad sexual el daño moral es evidente. Afectan a sentimientos tales como la dignidad, libertad y autoestima de la víctima que constituyen intereses constitucionalmente protegidos cuya lesión debe ser resarcida; y que junto a los daños morales encontramos los daños psicológicos que suponen una alteración clínicamente significativa que afecta en mayor o menor medida a la adaptación de la persona a los distintos ámbitos de su vida. Diríamos que el daño moral afecta al sentimiento mientras que el daño psicológico tiene entidad propia y produce una alteración objetivable en sus funciones psíquicas.

Analiza la insuficiencia de la sentencia de instancia, al fijar la indemnización en 20.000 euros, muy inferior a la solicitada por el Ministerio Fiscal y la Defensa; la falta de distinguo entre daños morales y daños psicológicos. Aún reconociendo la inaplicación del Baremo de Tráfico a los delitos dolosos, ejemplifica la exigua indemnización reconocida en su cotejo con el baremo, pese a ser habitualmente inferior la concreción por baremo.

Advierte que no todos los supuestos de delitos sexuales de abuso o agresión sexual a menores. pueden ser valorados de la misma manera a efectos de indemnización. Diferencia entre el daño moral, inherente a todo delito sexual, y de otro a las posibles secuelas psicológicas que el referido delito haya podido provocar. Y dentro del límite cuantitativo solicitado por las partes, en seguimiento de la jurisprudencia de esta Sala Segunda, atiende a la gravedad de los hechos, su entidad real o potencial, la relevancia social y repulsa social de los mismos y las circunstancias personales de la víctima. ·

Recuerda que los hechos probados recogen que como *consecuencia de estos hechos María Purificación sufrió DIRECCION001 , sintomatología depresiva y desrealización, intentos autolíticos habiendo precisado asistencia facultativa y tratamiento médico consistente en medicación psicofarmacológica y psicoterapia. Así como que le han quedado como secuela DIRECCION001 , que normalmente se manifestará con etapas de fluctuante sintomatología.*

Y a la vez, destaca que los hechos también describen acciones típicas de gran gravedad (penetraciones anales y vaginales, introducción de dedos en la vagina, masturbación delante de la menor, felaciones, todo ello en múltiples ocasiones, durante el prolongado lapso temporal de 5 años, empezando cuando María Purificación tenía 11 años y hasta los 16 años, acciones en las que el procesado utilizó una fuerza especialmente humillante



para María Purificación como empotrarla contra la pared y contra las escaleras, darle una patada para que abriera las piernas, sujetarla por el cuello para que no se moviera, estirarle del cabello, amedrentándola al insinuarle que haría lo mismo con su hermana pequeña si lo contaba y que la encerrarían en un psiquiátrico. Hechos que sucedieron en lugares tan dispares como un trastero, el parking del domicilio del acusado, el domicilio de los padres de María Purificación, en la casa del acusado, en la torre de los abuelos, en la segunda residencia de los padres de María Purificación. Es decir, que en ningún lugar o momento María Purificación estaba a salvo de las acciones del procesado.

De donde razonablemente concluye la insuficiencia y excesivamente escasa indemnización de la sentencia de instancia y concreta, por el daño moral especialmente significativo, una indemnización de 50.000 euros; obviamente proporcionada, dadas las circunstancias concurrentes; y en cuanto a la secuela, el DIRECCION001, modificando sustancialmente sus expectativas de una vida normalizada, más allá del daño moral producido por la agresión sexual en sí misma considerada, una indemnización de 30.000 euros, que igualmente resulta no solo proporcionada sino moderada.

El motivo se desestima. La indemnización fijada, está racionalmente motivada y la cuantía establecida concretada en ámbitos de evidente moderación.

SEGUNDO.- El segundo motivo lo formula por infracción de ley, con cauce en el artículo 849.1 de la LECRIM, por indebida aplicación del artículo 183.4.d) del Código Penal.

1. Argumenta, que en los Hechos Probados no se diferencia qué circunstancias fácticas permiten la subsunción de la agravante específica del artículo 183.4.d), pues la Sentencia se apoya en los mismos elementos fácticos en base a los cuales califica los hechos de violentos o intimidantes, o por la diferencia de edad entre autor y víctima, al ser María Purificación menor de 16 años, de modo que su estimación, entiende, vulnera el principio *non bis in idem*.

2. El motivo no puede ser estimado; además de formulado *per saltum*, tratándose de motivo por infracción de ley, debe estarse al contenido del relato fáctico, donde se narra que el acusado no sólo se aprovechó en sus agresiones sexuales de la menor edad de María Purificación, comenzando cuando contaba con once años, sino también, aprovechándose de la relación con María Purificación y aprovechando *las reuniones familiares*; e igualmente ofrece el *factum* las edades de agresor y víctima, mostrando una diferencia de cuarenta años.

Describen pues lo hechos un claro supuesto de prevalimiento de una *relación de superioridad*, diversa a la derivada por ministerio de la ley por razón de la edad, pues a partir del relato probado, resultaría igualmente aplicable aunque la víctima no fuera menor, concretada en la diversa posición jerárquica de ambos en la familiar amplía que integraban, donde ocasionalmente eran convivientes, como sucede en el primer episodio agravado donde además no sólo incide la escasa edad de la víctima, sino muy especialmente la enorme diferencia de edad entre ambos.

Como indica la STS 389/2022, de 21 de abril, con cita de la 324/2022, de 30 de marzo, en el marco del prevalimiento de una relación de superioridad "los mecanismos o recursos defensivos de la víctima no se encuentran relajados o abatidos... sino que resultan ineficaces o ceden, precisamente en atención a la desarmonía, desigual, relación que aquélla mantiene con su agresor, frente al que se halla en situación de inferioridad... Dicha superioridad evoca la idea de alguna clase de relación entre víctima y agresor, más o menos normativizada, con reparto o distribución de roles en un plano vertical, conformada por el establecimiento, también más o menos explícito, de situaciones de subordinación o dependencia. Dispone, en tales casos, el agresor de una suerte de función de control, supervisión, dirección de la persona agredida, función de la que, precisamente, se prevale para la comisión del delito".

TERCERO.- El tercer motivo que formula es por quebrantamiento de forma, con cauce en el artículo 851.1º de la LECrim, por consignar en hechos probados expresiones que predeterminan el fallo.

1. Afirma que los Hechos Probados contienen la expresión "aprovechándose de la relación con María Purificación" que es sinónimo exacto de "prevaliéndose de la relación", a fin de subsumir los hechos en la agravante de prevalimiento de relación de superioridad del artículo 183.4.d) del Código Penal; expresión, sin concreción de cómo era la relación y en qué se aprovechó el recurrente de ella, supone, concluye, un defecto de forma de la Sentencia por predeterminación del fallo, respecto a la aplicación del subtipo agravado del 183.4.d) del Código Penal.

2. La predeterminación del fallo, que se contempla y proscribire en el art. 851.1º LECrim, concorde reiterada jurisprudencia, exclusivamente se produce por la inclusión de conceptos jurídicos que definen y dan nombre a la sentencia del tipo penal aplicado. Es decir, se adelanta al *factum* la calificación jurídica. Esto ocurre cuando:

a) Se trate de expresiones técnico-jurídicas que definan o den nombre a la esencia del tipo aplicado.



- b) Que tales expresiones sean por lo general asequibles tan sólo para los juristas o técnicos y no compartidas en el uso del lenguaje común.
- c) Que tengan un valor causal apreciable respecto del fallo, y
- d) Que, suprimidos tales conceptos jurídicos dejen el hecho histórico sin base alguna y carente de significado penal.

Consecuentemente, indica una reiterada y antigua jurisprudencia que este vicio procesal solo surge cuando las expresiones utilizadas condicionaren ostensiblemente, adelantándolo, el fallo condenatorio con evidente menosprecio de las pretensiones y argumentaciones de las partes intervinientes, si el defecto, y esto es fundamental, se consuma y proyecta por medio de palabras jurídicas y profesionales alejadas de las que, por inherente al lenguaje vulgar, son acervo común del idioma; de forma que cuando el juzgador emplea expresiones en el relato fáctico que están en el lenguaje común, que no son sino meramente descriptivas, pero no técnicas en sentido jurídico, de modo que es válido que se utilicen en la redacción de las sentencias, al conformar su relato histórico, y que desde luego, aunque las emplee el legislador también al describir los tipos penales, no por ello puede decirse que predeterminan el resultado correspondiente a la subsunción **judicial**, pues en ocasiones se convierten en imprescindibles, arrojando más claridad semántica que, si por un purismo mal entendido, se quisieran construir a base de sinónimos o locuciones equivalentes, muchas veces con aportaciones de frases retorcidas, fruto de un incorrecto léxico, en todo caso, poco comprensible para la ciudadanía.

De ahí, que en aplicación de esta doctrina, como recopila la STS 361/2006, de 21 de marzo, tiene declarado esta Sala que no debe estimarse predeterminación en expresiones como: "intención de traficar" o en delitos contra la propiedad: "puestos de común acuerdo para apropiarse de...", "intención de obtener ventajas patrimoniales", "que el acusado llegó a incorporar a su patrimonio", "con ánimo de enriquecerse", etc. E igualmente, en relación al vocablo "aprovecharse", aunque ciertamente en contexto diverso a las agresiones sexuales, las SSTS 152/2019, de 21 de marzo y 833/2013, de 28 de octubre. Ya concretamente en relación con un delito de agresión sexual, la STS 856/1992, de 12 de marzo.

En realidad, el relato de hechos probados debe en todo caso, predeterminar el fallo, pues si no fuese así, la absolución o condena carecería de la imprescindible lógica en la subsunción jurídica que conduce al fallo. Lo que pretende este motivo casacional no es evitar dicha predeterminación fáctica - imprescindible- sino impedir que se suplante el relato fáctico por su significación jurídica, es decir que se determine la subsunción no mediante un relato histórico, sino mediante una valoración jurídica que se lleve indebidamente al apartado de hechos probados.

Enseñan la SSTS núm. 414/2014, de 21 de mayo y la 311/2016, de 13 de abril que la proscripción del uso de categorías normativas en la construcción de los hechos probados responde a una exigencia de método derivada de la naturaleza misma de la jurisdicción penal. Esta función estatal -según es notorio- consiste en aplicar el **derecho** punitivo (únicamente) a comportamientos previstos en la ley como incriminables, en razón de su lesividad para algunos bienes jurídicos relevantes; pero no a otros. Para que ello resulte posible con la necesaria seguridad, es preciso que las acciones perseguibles aparezcan descritas, de manera taxativa, en el Código Penal; pues sólo a partir de esta previa intervención del legislador, cabrá identificar con certeza las conductas merecedoras de esa calificación. Tal es la tarea que los tribunales deben realizar en la sentencia, mediante la descripción de los rasgos constitutivos de la actuación de que se trate, como se entiende acontecida en la realidad, según lo que resulte de la prueba. Sólo en un momento ulterior en el orden lógico tendrá que razonarse la pertinencia de la subsunción de aquella en un supuesto típico de los del Código Penal. Si esta segunda operación, en lugar de partir del resultado de la precedente la suplanta en alguna medida, o lo que es lo mismo, si la valoración jurídica ocupa el lugar de la descripción, el proceso decisional se haría tautológico o circular, al carecer de un referente objetivo, y por ello arbitrario. Al fin de evitar que eso suceda responde la pretensión legal de que los hechos probados accedan a la sentencia a través de enunciados de carácter descriptivo, que son los idóneos para referirse a datos de los que podría predicarse verdad o falsedad. Y es por lo que la predeterminación del fallo, debida a la sustitución de hechos probados por conceptos jurídico, constituye motivo de casación de la sentencia aquejada de ese vicio (art. 851,1º in fine, LECrim).

De donde se concluye, que cuando las expresiones cuestionadas, denotan datos de puro hecho, de modo que incluso permiten predicar su verdad o falsedad, característica propia de su naturaleza descriptiva, el quebrantamiento de forma invocado resulta inentendible. Sólo cuando en el apartado de los hechos probados se usan categorías normativas en sustitución de los enunciados asertivos mediante los que tendría que describirse la conducta que luego tendría que valorarse en **derecho**.

3. En autos, la expresión "aprovechándose de la relación con María Purificación ", es patente que resulta perfectamente entendible en el lenguaje común, ajeno al jurídico, susceptible de acreditación; y esa relación,



en el contexto familiar amplio específico de autos, sus edades y posición, es ampliamente desarrollada en el factum, de modo que el motivo necesariamente se desestima.

CUARTO.- El cuarto motivo que formula es por infracción de ley, con cauce en el artículo 849.1 de la LECrim, por indebida inaplicación del artículo 21.5 del Código Penal con relación al artículo 66.1.2º del Código Penal

1. Afirma que esta atenuante de reparación del hecho, debe ser apreciada como muy cualificada, tal como hizo la sentencia de instancia, siendo indebida la aplicación como simple declarada en la sentencia de apelación.

2. El motivo no puede ser apreciado, ciertamente el recurrente, indica el hecho probado, al que debemos atenernos, en motivo por error iuris, *consignó el importe de 12.000 euros en concepto de responsabilidad civil*; lo cual resulta insuficiente incluso para la apreciación simple estimada, aunque lógicamente, nada se alterará en observancia de la prohibición de *reformatio in peius*

Esta Sala tiene declarado que si el acusado se limitó a prestar la fianza que se le exigió en el auto de apertura del juicio oral, hizo una consignación ex lege a requerimiento **judicial** (STS 556/2002, de 20 de marzo). El abono de la cantidad exigida como fianza para el aseguramiento de las responsabilidades civiles no puede ser considerado como entrega pura y simplemente dirigida a satisfacer las consecuencias perjudiciales del delito, como modo de reparar, en la medida de lo posible, el daño ocasionado a la víctima (SSTS 1155/2004, de 6 de abril; 948/2005, de 19 de julio; 1238/2009, de 12 de diciembre).

Insistiéndose en que el cumplimiento de las obligaciones establecidas en el auto de procesamiento (o apertura del juicio) en lo afectante a las responsabilidades civiles del delito, no supone la realización de los hechos de singular relevancia que permiten la aplicación de la atenuación de reparación prevista en el art. 21.5 CP No puede confundirse la atenuante de reparar el daño ocasionado a la víctima o disminuir sus efectos, con el hecho de satisfacer la cantidad requerida judicialmente para asegurar las responsabilidades pecuniarias que, en caso de no prestarse voluntariamente, se procedería al embargo de bienes del acusado

En definitiva, esta Sala ha rechazado considerar incluida entre las conductas que dan lugar a la apreciación de la atenuación la mera prestación de la fianza exigida por el Juez, en el auto de procesamiento, en el auto de apertura del juicio oral o en cualquier estado de la tramitación, pues una cosa es afianzar el cumplimiento de lo ordenado por la ley procesal para asegurar las responsabilidades de contenido económico que pudieran derivarse de un proceso penal, y otra bien distinta entregar dinero a la víctima en concepto de indemnización antes de la celebración del juicio oral (STS 741/2022, de 20 de julio)

A ello se une que, en el caso de los perjuicios derivados de la lesión de bienes jurídicos personales, como es este caso, el daño ocasionado es irreparable y no tiene vuelta atrás. El pago de tales perjuicios económicos, aunque fuera íntegro, sólo en parte, podría compensar las consecuencias de la lesión del bien jurídico que se protege. Debemos tener en cuenta que en aquellos delitos que no sean propiamente de contenido patrimonial, en los cuales la determinación de los perjuicios ocasionados a la víctima es más fácil de cuantificar, de aquellos otros en donde la indemnización civil se integra por el daño moral estrictamente considerado, como ocurre en los de contenido sexual, entre otros muchos (como también sucede con los ataques al honor o a la dignidad de las personas), la estimación de una atenuante de reparación del daño tiene que estar plenamente justificada, adecuadamente razonada, e incluso de alguna manera admitida por el perjudicado o víctima del delito, porque la reparación indemnizatoria de los daños morales nunca es completa, ni siquiera, podemos decir, que aproximada, ante la propia entidad del bien jurídico infligido por el delito. Difícilmente pueden repararse con una indemnización de tipo económico, que no resulta más que una mera ficción legal. Ello produce que las resoluciones **judiciales** en esta materia deban ser enormemente restringidas y calibradas a las concretas circunstancias del caso concreto analizado (STS 145/ 2020, de 14 de mayo).

3. En consecuencia, con tan exigua consignación, el 60% de lo exigido en fianza, justo el 24% de lo solicitado por el Ministerio Fiscal el 15% de lo interesado por la acusación particular, que a la postre se concedería, en modo alguno posibilita la atenuación instada; como ya anticipamos, ni siquiera en su consideración simple, pues la consignación realizada de esa cantidad, lo fue en concepto de responsabilidad civil, en su concreción de reparación del daño, pero no para hacer entrega a la víctima, sino para tener "por depositada la responsabilidad civil para el caso de existir condena".

QUINTO.- El quinto motivo lo formula por infracción de ley, con cauce en el artículo 849.1 de la LECrim, por indebida inaplicación del artículo 21.6 o 21.7 del Código Penal.

1. Alega que la presente causa vivió una fase de instrucción que procuró tramitarse con urgencia, habida cuenta de la situación de privación cautelar del recurrente, aunque se dilató durante 2 años, especialmente por razón de la acusación particular que quiso ampliar el objeto de las actuaciones a un delito de pornografía infantil casi 1 año después que se incoara la causa; y que asimismo, la tramitación ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, tanto para la resolución del recurso de apelación, como para la provisión del anuncio de casación de



esta defensa y el emplazamiento para comparecer ante este Excmo. Tribunal han sido especialmente lentos; razones por las que consideramos que cabe apreciar la circunstancia atenuante de dilaciones indebidas, simple, o en su caso la atenuante analógica con relación a la de dilaciones indebidas.

Considera que ha sido indebida la dilación de seis meses de resolución del recurso de apelación, seis meses de tramitación del anuncio de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, cinco meses para el señalamiento del inicio de las sesiones del Juicio Oral y el año de más por la instrucción por el delito relacionado con pornografía infantil por el que también fue investigado el condenado, si bien, finalmente fue absuelto por ese delito.

2. Impugna el motivo el Ministerio Fiscal, indicando que el argumentario a tener en cuenta en el presente motivo solo ha de referirse a la denuncia de las dilaciones indebidas atribuidas al Tribunal de Apelación, puesto que las que atribuye a la anterior fase procesal lo son ex novo y tal pretensión, como ya reiteradamente hemos apuntado, no es posible analizarla; y respeto a la dilación denunciada, el motivo no puede prosperar. Se denuncia una dilación de seis meses en la tramitación del recurso de apelación, lo que a todas luces no resulta ni extraordinaria ni indebida, por lo que reitera su inadmisión, ahora desestimación.

3. La acusación particular indica que no son retrasos indebidos, ni extraordinarios ni anómalos y más si tenemos en cuenta que en el 2020, se produjo la suspensión de los planos procesales como fácticas derivadas de la misma existencia del Coronavirus Sars Cov 2 y la defensa del condenado interesó diligencias de investigación durante ese supuesto año de dilación indebida acaecida durante la instrucción del segundo delito imputado, al hoy condenado.

Destaca que la duración global del procedimiento (menos de tres años hasta la sentencia de la AP) aparece plenamente justificada a tenor de las múltiples diligencias con diversos informes periciales, incluido el de ADN y restos biológicos de la policía Científica que tuvieron que practicarse, así como el volcado y análisis del ordenador del condenado acordados en la fase de instrucción; que igualmente, en la tramitación del recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, no se incurre en un retraso extraordinario y/o anómalo que deba traducirse en una minoración de la pena impuesta, ya que, los escasos seis meses de duración total de la fase de apelación, amén de no ser un plazo excesivamente dilatado en el tiempo, coincidió con las circunstancias excepcionales vividas en 2020, cuando se produjo una paralización de la actividad **judicial** como consecuencia del COVID 19; y en cuanto a las supuestas dilaciones indebidas acaecidas en la de la fase actual, la fase de casación, que el recurrente, concreta en un exceso de 6 meses en la tramitación del anuncio de casación ante el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, señala que precisamente la nueva defensa letrada del condenado ha contribuido al citado retraso, solicitando la suspensión de plazos a fin de poder instruirse de las actuaciones, mientras que ese periodo de seis meses no puede considerarse como un retraso injustificado ni una irregularidad irrazonable en la duración mayor de lo previsible o tolerable.

4. Las impugnaciones de las partes acusadoras, están cargadas de razón; las dilaciones invocadas no manifiestan períodos de desatención del proceso e inactividad injustificada, sino que aluden a la duración específica de determinados trámites, pero no a la inactividad de otras diligencias concurrentes en ese tramo temporal, o aluden a duraciones ordinarias en virtud de la naturaleza del trámite. En todo caso, un procedimiento iniciado el 6 de noviembre de 2018 y que en apenas tres años, ha sido sentenciado en instancia y en apelación; y en apenas cuatro, también en casación, al margen de cual fuere el plazo óptimo de tramitación es patente que no ha incurrido en dilaciones indebidas.

Expresa con frecuencia este Tribunal (vid. STS núm. 867/2022, de 4 de noviembre, con cita de otras varias) que, al margen de circunstancias excepcionales que acrediten una **efectiva** lesión de especial entidad derivada de la dilación, la atenuante de dilaciones indebidas ha de acogerse (más como resumen empírico que como norma de seguimiento) atendiendo al dato concreto de que el plazo de duración total del proceso se extendiera durante más de cinco años, plazo que de por sí se consideraba, en principio, irrazonable y susceptible de atenuar la responsabilidad penal por la vía del artículo 21.6ª del Código Penal.

En autos, ese plazo no ha sido superado desde la incoación del procedimiento hasta el dictado de la sentencia en instancia; incluso tampoco hasta el dictado de la sentencia de apelación; ni siquiera hasta el dictado del presente dirimiendo el recurso de casación. El motivo se desestima.

SEXTO.- El sexto motivo que formula es por infracción de ley, con cauce en el artículo 849.1 LECrim, por indebida aplicación del artículo 66 del Código Penal, con relación al artículo 183 y al artículo 21 ambos del Código Penal.

Formulado para el caso de que se estimaran alguno o algunos de los motivos de casación, advierte, que como consecuencia a tal estimación habrá sido indebidamente aplicado el artículo 66 del Código Penal, en el cálculo de la pena de prisión a imponer.



Desestimados que fueron todos los motivos anteriores, el actual decae consecuencia de su subsidiariedad expresa y dependencia del éxito de alguno de los previamente formulados.

SÉPTIMO.- En cuanto a la incidencia de la LO 10/2022, valga recordar que la condena impuesta al recurrente es como autor de un delito continuado de agresión sexual a menor de 16 años previsto y penado en los artículos 183.1.2 3 y 4 apartado d) del Código Penal en su redacción anterior, en relación con el art 74 del C,P, concurriendo la atenuante de reparación del daño.

Con la reforma, la conducta enjuiciada sería condenada a través de los arts. 181.1, 2 (en relación con el art. 180.1.5ª).y 3, que en relación con el art. 74, determinaría una pena mínima de doce años y seis meses, en nada favorable, sino superior, a los doce años impuestos.

OCTAVO.- De conformidad con el art. 901 LECrim, las costas procesales, en caso de desestimación del recurso, se impondrán a la parte recurrente.

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 a estimar el recurso de casación formulado por la representación procesal de **D. Benjamín** contra la sentencia núm. 406/2021, de 7 de diciembre, dictada en el Rollo de Apelación núm. 343/2021 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 206/2021, de 21 de junio, dictada por la Audiencia Provincial de Lérida, Sección Primera en el Rollo Sumario 13/2020; ello, con expresa imposición de las costas causadas a la parte recurrente.

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.