



Roj: **STS 1152/2020 - ECLI:ES:TS:2020:1152**

Id Cendoj: **28079120012020100207**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **21/05/2020**

Nº de Recurso: **2838/2018**

Nº de Resolución: **207/2020**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP A 872/2018,**
AAAP A 194/2018,
STS 1152/2020,
AATS 11496/2021

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 207/2020

Fecha de sentencia: 21/05/2020

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2838/2018

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 02/04/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: Sección Séptima Audiencia Provincial de Alicante.

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2838/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 207/2020

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García



D. Andrés Palomo Del Arco

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 21 de mayo de 2020.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2838/2018 interpuesto por **Evaristo , Ezequias e Faustino** representados por la procuradora Sra. D.ª Laura Lozano Montalvo, bajo la dirección letrada de D. José Manuel Sánchez Ibarra contra Sentencia de fecha 7 de junio de 2018 dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Alicante en causa seguida contra los recurrentes por un delito continuado de abuso sexual. Ha sido parte recurrida Candelaria representada por la procuradora D.ª Irene Arnés Bueno y bajo la dirección letrada de D.ª Mónica San Emeterio Gil. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 2 de Torrevieja (Alicante) instruyó Sumario con el nº 3/2016, contra Evaristo , Ezequias e Faustino . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Alicante con sede en Elche (Sección Séptima) que con fecha 7 de junio de 2018 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

"ÚNICO.- Entre las 02,30 horas y las 04,30 horas del día 24 de Agosto de 2008, los acusados Evaristo , mayor de edad y sin antecedentes penales, Ezequias , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia y el acusado Faustino , mayor de edad y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, se encontraban en el interior del local de ocio discoteca Barlovento, sito en la Avda, Cortes Valencianas de la localidad de Torrevieja, momento en que Evaristo y Ezequias 'conocieron a Candelaria de 18 años de edad, y tras conversar con ella, con la intención de satisfacer su deseo sexual, aprovechando que la misma se encontraba bajo la influencia de bebidas alcohólicas o sustancias no determinadas durante la instrucción, en cualquier caso, que anulaban su voluntad e impedían comprender lo que sucedía, la convencieron para que saliera al exterior con los mismos y se introdujeron en los asientos traseros del vehículo marca Wolkswagen modelo golf matrículaWGY , estacionado en el parking.

Mientras el acusado Ezequias , se introducía en el asiento delantero derecho del vehículo esperando su turno, el acusado Evaristo , se introdujo en la parte trasera del vehículo junto con Candelaria y actuando con actitud libidinosa, tras desnudarla, le abrió las piernas y la penetró vaginalmente de forma reiterada hasta la eyaculación, sin utilizar ningún método anticonceptivos saliendo al exterior del vehículo, momento en que se turnó con el acusado Ezequias , quién se introdujo en la parte trasera del vehículo y con idéntico ánimo, penetró vaginalmente a Candelaria de forma reiterada hasta la eyaculación, sin utilizar ningún método anticonceptivo.

En ese interín, llegó al lugar de los hechos el acusado Faustino , quién aprovechando la situación y con idéntico ánimo, se introdujo en el interior del vehículo y penetró a Candelaria vaginalmente de forma reiterada hasta la eyaculación, sin utilizar ningún método anticonceptivo.

Mientras tanto, el acusado Evaristo y posteriormente, una vez culminado el hecho Ezequias , se encontraban al lado del vehículo, invitando a terceros a participar en los hechos con expresiones como "entrar que hay barra libre", mirarla, si se está quedando dormida con la polla en la boca", " venga que no se entera de nada".

Conocidos de Candelaria avisaron a su prima Patricia , quién acudió al lugar cuando Jose Manuel se encontraba sacando a la misma del vehículo y recriminando a los acusados sus hechos, siendo ayudada por Serafin , Carlos Daniel y Luis Alberto a llevársela del lugar montarla en un vehículo y trasladarla a la ciudad de Torrevieja.

Al día siguiente la perjudicaba no recordaba nada de lo sucedido, teniendo que explicárselo su prima, desplazándose posteriormente al centro de salud para realizar las pruebas pertinentes e interponer denuncia.

Como consecuencia de tales hechos, la perjudicada tuvo que someterse a tratamientos anticonceptivos y preventivos de enfermedades de transmisión sexual durante varios meses. Actualmente, todavía tiene miedo de ir sola por la calle.

La causa se incoó a finales de Agosto de 2008, habiendo tenido algunas paralizaciones durante su tramitación hasta la celebración del, acto del juicio oral".

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

" Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a los acusados Evaristo , Ezequias e Faustino , como autores responsables de un delito continuado de abuso sexual con acceso carnal, previsto y penado en el artículo 181.1



y 2, en relación con el artículo 182.1 con relación al artículo 74 CP en la redacción dada por la LO 15/1999, de 30 de abril: con la concurrencia de la atenuante muy cualificada de dilaciones indebidas a la pena de un CUATRO AÑOS DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Se les impone asimismo la prohibición de aproximarse a la víctima, en cualquier lugar donde esta se encuentre, así como acercarse a su domicilio, -lugares de trabajo y cualquier otro lugar que sea frecuentado por ella a una distancia inferior a 500 metros, por un periodo de SEIS AÑOS, así como de comunicarse con ella por cualquier medio o procedimiento durante dicho periodo de 6 años.

Como responsabilidad civil deberán indemnizar solidariamente los procesados a Candelaria en la cuantía de 10.000 euros por los daños morales causados, más los intereses legales por aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Conclúyase en forma la pieza de responsabilidad civil.

Y deberán abonar las costas procesales, incluidas las de la Acusación particular.

Notifíquese esta sentencia a las partes, conforme a lo dispuesto en el artículo 248-4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, haciendo saber que contra la misma cabe interponer Recurso de Casación ante el Tribunal Supremo en el plazo de cinco días".

TERCERO.- Con fecha 18 de junio siguiente se dictó auto de rectificación especificando que la cifra de 10.000 euros de la parte dispositiva debe ser sustituida por la de 30.000 euros

CUARTO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por los recurrentes, 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, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Evaristo, Ezequias e Faustino.

Motivo primero.- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas del art. 24.2 CE. **Motivo segundo.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por infracción del art. 66.1.2 CP en relación con el art. 21.6 CP. **Motivo tercero.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 74 CP. **Motivo cuarto.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo de los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim por vulneración del derecho a la presunción de inocencia. **Motivo quinto.-** Por infracción de ley al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación de los arts. 181.1 y 2 y 182.1 CP. **Motivo sexto.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por inaplicación del art. 14.1 CP. **Motivo séptimo.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación de los arts. 110, 115 y 116 CP.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto por los recurrentes, impugnando todos los motivos; la representación legal de la parte recurrida Candelaria igualmente los impugnó. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas que no culminaron hasta el día 12 de mayo de 2020.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Dilaciones indebidas cualificadas: intensidad atenuatoria.- El primer motivo del recurso no contiene pretensión acogible alguna, por una sencilla, irrefutable y potísima razón: ya está acogida en la sentencia. Ésta aprecia la **atenuante de dilaciones indebidas** y le confiere el rango de cualificada. Lo hace asumiendo la petición concorde de defensas y acusaciones. No ha sido, pues, controvertido, que se hayan producido dilaciones indebidas y además de una desmesura tal que se cualifica la atenuante.

El recurrente denuncia infracción de precepto constitucional (art. 852 LECrim) y en concreto del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE). En rigor ese planteamiento no es exacto: la sentencia, que es lo que se ataca directamente en casación, por definición no puede vulnerar ese derecho. Su afectación derivará de la lentitud del proceso. Se ha afectado a ese derecho fundamental como consecuencia del proceso, no de la sentencia. Ahora podemos discutir en ese terreno solo un tema de legalidad: si concurre o no una atenuante basada en esa lesión. La sentencia en sí no puede afectar directamente en el derecho al enjuiciamiento en un plazo razonable. Menos aún si aplica la atenuante reconociendo su singular intensidad.

Las dilaciones se producen durante el proceso; no en la sentencia. Si la sentencia no da relevancia a esa cuestión estamos ante un genuino problema de infracción de ley (art. 849.1º LECrim) por inaplicación del art. 21.6 CP; pero no ante una violación de la norma constitucional (STC 142/2012, de 2 de julio y STS 327/2013,



de 4 de marzo). La atenuante no restablece el derecho ya vulnerado. Sencillamente extrae de esa violación una consecuencia atemperando la penalidad (pena natural).

Ese tema de legalidad -aplicación de la atenuante- está resuelto en la forma que interesaba la defensa, sin que ahora en este motivo introduzca petición alguna novedosa más allá de volver a subrayar y enfatizar lo que ya está proclamado sin protesta ni queja de nadie. Carecen de gravamen los recurrentes.

Desde el momento en que el motivo lo que hace es volver a resaltar lo que ya enuncia la sentencia carece de contenido impugnatorio y es, por ello, **improspereable**. Los recurrentes tienen razón; pero ya se la dio la Audiencia.

SEGUNDO.- Ahora sí. El segundo motivo sí contiene una petición concreta, relacionada con la atenuante, pero denunciando infracción del art. 66.1.2ª CP: la queja versa sobre la **individualización**. Se ha rebajado la pena un solo grado pese a que el mentado precepto facultaría para la doble degradación.

Eso no supone una violación de tal norma (art. 66.1.2º CP) que ha sido estrictamente aplicada: se ha disminuido un grado como autoriza el precepto.

Concurren razones que pueden justificar esa opción acorde con la legalidad: se aprecia una sola atenuante, aunque sea cualificada, y no varias (lo que podría suceder); y la entidad de las dilaciones, según explica la sentencia, siendo grave (tanto que determinó la cualificación) tampoco es *exageradamente grave* (cabe imaginar retrasos muy superiores).

No se cuestiona en definitiva en el recurso la conformidad con la legalidad del *quantum* penológico concreto.

La Audiencia razona por qué no le parecía oportuna mayor degradación (fundamentos de derecho cuarto y quinto). A continuación, dentro del arco punitivo así delimitado -tres años y seis meses a siete años menos un día-, se inclina por una duración de cuatro años, ligeramente por encima del mínimo, aduciendo la continuidad (son tres accesos carnales; siendo así que con dos ya jugaría el art. 74 CP) y los perjuicios ocasionados a la víctima.

Frente a ello, con razonamientos más voluntaristas que legales, se enarbolan otras circunstancias que podrían hipotéticamente militar en favor de una penalidad inferior: el tiempo transcurrido desde los hechos; otros supuestos extraídos de repertorios en que se ha procedido a una doble degradación (como habrá también muchos en que la degradación ha sido única: en materia de penalidad concreta no existen casos idénticos), y otras de tenor similar.

La decisión del Tribunal *a quo* está razonablemente motivada. Se acomoda a parámetros legales. Esta doble constatación (motivación - i-, que no se aparta de la legalidad - ii-) hace inviable su revisión en casación y determina la **improspereabilidad** del motivo.

Recreemos más esta idea de la mano de ideas vertidas en la STS 433/2019, de 1 de octubre.

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 los criterios legales. Pero no es factible neutralizar o privar de eficacia las decisiones razonadas y razonables en esta materia 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).

Desborda las atribuciones de un Tribunal de casación la capacidad de redimensionar la pena para ajustarla a sus propias eventuales estimaciones. Nos entrometeríamos en facultades discrecionales que el legislador deposita en la Audiencia Provincial. Solo podemos verificar si la opción penológica está motivada con arreglo a criterios legales y razonables, y no vulnera las reglas de individualización. En el ámbito último de discrecionalidad inherente a la elección de una pena concreta dentro de la horquilla legal, la decisión corresponde, a la Audiencia. No puede ser usurpada o expropiada por el Tribunal de casación.

La opción valorativa que proponen los recurrentes podría ser tan legítima y defendible como la de la Audiencia Provincial. Como seguramente podrían serlo otras propuestas por las acusaciones, u otras imaginables que postulasen una pena superior a los cuatro años: hasta los siete años menos un día nos movemos en un marco acorde con la legalidad. Pero la competencia para la fijación corresponde, a la Audiencia y no, obviamente, ni a la defensa, ni a las acusaciones. Tampoco al Tribunal de casación.

El órgano *a quo* ha de exteriorizar los porqués de su decisión, para que pueda comprobarse que se ajustan a pautas legales y racionales y no a simple intuición, o desnudo decisionismo (art. 72 CP). Esta exigencia



proporciona las bases para una cierta fiscalización en vía de recurso que, sin embargo, no llega al punto de poder sustituir de forma voluntarista, la pena impuesta por la Audiencia por otra por igual de legal que pueda ser. Eso sobrepasa el contenido posible de un motivo de casación por **infracción de ley** del art. 849.1 LECrim.

No se trata ahora de "medir" la intensidad de las dilaciones. No hay una ecuación o baremo, o fórmula magistral que indique a cuántos retrasos debe corresponder la doble degradación. Ni tampoco se trata de evaluar la complejidad de la causa, que, desde luego, no es grande: en eso hay que convenir con la estimación que hacen los recurrentes.

Nos movemos en otro terreno: fijar una pena concreta, labor en la que hay que conjugar muchos y variados factores: la entidad de la atenuante, sí; pero también la gravedad del hecho, personalidad de los autores, perjuicios ocasionados... No podemos afirmar de ninguna forma que la Sala de instancia haya procedido a una aplicación indebida o una interpretación equivocada de ningún precepto legal: ni del art. 66.1.2º, ni del art. 74, ni del art. 72 CP, ni de ninguna otra norma.

No hay infracción de ley y por tanto no es factible acoger un motivo canalizado por la vía del art. 849.1º LECrim.

El motivo ha de ser desestimado.

TERCERO.- Continuidad delictiva.- Al amparo del art. 849.1º LECrim el tercer motivo quiere expulsar la aplicación del **art. 74 CP** (que, por cierto, fue blandido también por la defensa en una de sus peticiones subsidiarias para combatir la calificación triple que figuraba en las pretensiones acusatorias) defendiendo que estamos ante tres delitos de abuso sexual, imputables cada uno de ellos separadamente a cada uno de los acusados.

Con ello se desvirtúan los hechos probados: se pretende aislar cada uno de los accesos carnales, separándolos de la actuación inicial conjunta mediante la que dos de los acusados desplazaron a la víctima al vehículo con ese predefinido propósito. Hay una acción conjunta. Cada uno es colaborador imprescindible de la actuación del otro; así como de la del tercer acusado, Faustino, que llegó después y al que permitieron que se introdujese en el vehículo con idéntica finalidad. Ni siquiera se hace necesario acudir a la posición de garante adquirida por su actuación anterior (art. 11 CP) combinada con su asentimiento y pasividad mientras veían que Faustino repetía la acción, para asignarles la condición de cooperadores necesarios de ese tercer acceso. Su concurso colaborativo e indiferencia se patentiza todavía más con las palabras que el hecho probado pone en boca de Ezequias invitando a terceros a repetir la acción (*es barra libre*).

Sí que es cierto, empero, que el comportamiento de Faustino puede ser independizado del de los otros dos recurrentes. El hecho probado, aunque al inicio es un poco confuso, diferencia claramente el comportamiento de éste que no interviene en los momentos iniciales en que se conduce a la joven hasta el vehículo. Cuando se incorpora se han llevado a cabo ya las acciones imputables de forma directa a los otros dos recurrentes. No se le puede considerar partícipe de ellas. Respecto de él, si nos atenemos estrictamente al hecho probado, sí podemos suprimir la continuidad y mantener su responsabilidad exclusivamente por el acceso atribuido a él. Decae así la continuidad delictiva y con ella los consiguientes efectos agravatorios derivados del art. 74 CP exclusivamente para Rosendo.

El motivo ha de ser estimado en ese concreto particular.

CUARTO.- Presunción de inocencia.- Los motivos cuarto y quinto son refundibles. El cuarto reclamaría una rectificación del hecho probado basada en la **presunción de inocencia**; mientras el quinto extraería las consecuencias jurídicas de tal variación (infracción de ley por indebida aplicación de los arts. 181.1 y 2 y 182.1 CP).

El razonamiento quiere apoyarse en la declaración de Luis Alberto y en su inicial inadvertencia de la situación de la víctima. Percibe únicamente que dos chicos jóvenes mantienen sucesivamente relaciones sexuales con ella.

Es después, cuando llega Rosendo, cuando se percata del estado de la chica.

De ahí el recurso quiere deducir que solo existe prueba sobre el estado de la víctima en el último acceso. En los dos primeros estaría, quizás, consciente. Podría presumirse un consentimiento válido.

El razonamiento es tan voluntarioso como forzado e interesado. Que el testigo no lo advirtiese hasta un momento posterior, no significa que la falta de conciencia de la víctima no fuese una realidad desde mucho antes, como demuestran la secuencia total de los hechos, las manifestaciones de la víctima, y su estado posterior descritos por varios testigos. La hipótesis de que consintió los dos primeros accesos y solo después perdió la conciencia es extravagante. Supone un insulto a la racionalidad.



Existe prueba de cargo de las condiciones en que se encontraba la víctima desde el primer acceso: sus manifestaciones y el estado en que es observada justo al acabar los episodios. No es creíble que esa pérdida de conciencia adviniese repentinamente en el momento inmediatamente anterior al acceso de Faustino .

Los motivos han de ser desestimados. El relato de hechos probados en todos sus puntos se construye sobre una base probatoria suficiente y holgada: también en el particular referente a la situación de la víctima durante toda la secuencia que se relata.

QUINTO.- Error vencible.- También a través del art. 849.1º LECrim se reclama la apreciación de un **error vencible de tipo** lo que supondría que se ha inaplicado indebidamente el art. 14.1 CP.

Los acusados no habían sido conscientes de que la víctima no estaba en condiciones de prestar su consentimiento: en esa percepción equivocada influiría la consumición previa de bebidas alcohólicas.

Otra vez se vuelve a la declaración de Luis Alberto y a la supuesta y aparente "normalidad" de los dos primeros accesos. Con ello se está contradiciendo el hecho probado lo que no es factible en un motivo como el elegido por los recurrentes para este alegato (art. 884.3º LECrim).

Decae igualmente el motivo.

SEXTO.- Indemnización.- Finalmente el motivo séptimo muestra disconformidad con la cuantía indemnizatoria fijada. Debería moderarse.

La Audiencia fijó un monto de treinta mil euros (vid. auto de rectificación) como indemnización razonando, en la medida en que es posible, esa cuantificación (fundamento de derecho sexto: son tres victimarios y a los hechos en sí se añadió la humillación pública).

El razonamiento desplegado en el recurso parece ignorar que la cifra atiende al daño moral; no a lesiones físicas o psíquicas. Con esta observación decae lo esencial del argumento.

En todo caso conviene resaltar que el monto indemnizatorio fijado es razonable y está explicado en términos suficientes. Se ajusta a estándares habituales. Resulta pertinente recordar utilizando como *falsilla* la STS 97/2016, de 28 de junio unos parámetros presentes habitualmente en la jurisprudencia para resolver alegaciones de este tenor: "... la traducción económica de una reparación por daños morales es tarea reservada a la discrecionalidad del Tribunal de instancia y, por tanto, inatacable en casación. Se podrán discutir las bases pero no el monto concreto, que no solo no está sujeto a reglas aritméticas; sino que resulta de precisión exacta imposible cuando hablamos de daños morales (STS 957/2007, de 28 de noviembre). Cuando la cuantificación se ajusta a estándares habituales y parámetros que, sin ser exactos, se mueven en torno a pautas comúnmente compartidas y reconocibles, no será preciso un razonamiento, imposible, que justifique por qué se dan "x" euros y no una cantidad ligeramente superior, o ligeramente inferior.

Solo cuando la cantidad fijada está huérfana de la más mínima fundamentación, y, además, se aparta de estándares habituales o comprensibles, de manera que se presente como el fruto de un puro voluntarismo o capricho será posible la revisión tal y como recuerda la STS 957/2007.

La cifra de seis mil euros fijada es razonable, más allá de la imposibilidad de llegar a una cuantía que se presente como la única correcta. Serían igualmente razonables 10.000 ó 7.000 ...¡ó 3.000 euros!. La Sala de instancia tiene atribuida la exclusiva competencia para decidir ese monto siempre que no abdique de moldes de "razonabilidad". Y aquí, pese al silencio motivador, no se fuerzan esos parámetros: cualquier explicación resultaría en cierta medida tanto obvia en cuanto a la procedencia de indemnización (es patente que hay perjuicios morales que además el art. 193 CP presume), como insuficiente en cuanto a la cuantificación (con un mismo razonamiento podríamos llegar a cifras muy diversas).

Ha de tenerse ese concreto pronunciamiento por ajustado dentro de la imposibilidad de una ecuación exacta o una motivación plenamente satisfactoria en cuanto a dar razón de cada céntimo o explicar por qué no se han dado 100, 600 ó 2.000 euros más. La cuantificación en estos casos es impermeable a criterios reglados o aritméticos incompatibles por definición con la naturaleza de ese daño, "no patrimonial" frente al que solo cabe una "compensación" económica. Estaremos siempre ante un ejercicio de prudente arbitrio: es una actividad valorativa aunque sea en equidad más que en derecho. Mientras que la finalidad de la restauración del daño patrimonial es la reparación íntegra, el daño moral no es reparable. La indemnización tiene como función el alivio o la mera compensación de lo que son parámetros borrosos e imprecisos. La motivación no puede ser exigible en iguales términos, aunque tampoco puede ser del tipo "*alguna-cantidad-habrà-que poner*" como se ha dicho por algún tratadista de forma gráfica. Ante la imposibilidad de encontrar estándares de referencia claros, hay que acudir a valoraciones relativas (vid. SSTC 42/2006 o 20/2003, de 10 de febrero). *Pas de motivation sans texte* se dice en el país vecino cuando las normas remiten al prudente arbitrio a la discrecionalidad o a la equidad. No puede afirmarse lo mismo en nuestro ordenamiento (así se desprende de los pronunciamientos del



Tribunal Constitucional que acaban de citarse). Pero en caso de indemnización por daño moral una valoración genérica e incluso implícita puede ser suficiente. Ese estándar mínimo que no puede estirarse más, salvo con el uso de una retórica o unas fórmulas huecas, pues no van a conducir a cifras concretas, está colmado por la sentencia (STS 684/2013, de 16 de julio). Era seguramente deseable alguna mayor retórica motivadora. Pero basta la remisión a las lesiones y daños sufridos que se efectúa combinada con la lectura del párrafo final del hecho probado para considerar suficientemente justificada".

No podemos exigir tampoco en esta materia, como antes decíamos respeto a la individualización, ecuaciones exactas. Es tan notorio que mantener relaciones sexuales de esa forma impuesta y sucesiva, manejándola como un objeto, con una adolescente le ocasiona un negativo impacto psíquico que verter razonamientos esforzándose en justificar los perjuicios morales y su alcance sería tanto como minusvalorar la sensibilidad del lector de la sentencia. Precisamente por esa evidencia puede bastar con la genérica referencia a los daños morales causados. Resulta innecesario detenerse a explicar por qué ese tipo de hechos ocasionan perjuicios morales en una persona y por qué es ineludible cuantificarlos en una cifra que sea algo más que un símbolo. Es claro que la traducción pecuniaria de esos perjuicios no es fácil como afirma la Audiencia al abordar esta cuestión (fundamento de derecho sexto) y ha de guiarse por valoraciones estimativas en las que no pueden introducirse absurdos criterios aritméticos.

Sobre esta materia la STS 1534/1998 de 11 de diciembre, ante una alegación similar, expresa algo que, por otra parte, es obvio: " *El recurrente no ha tenido en cuenta que la motivación del daño moral producido no careció de fundamento, pues se han fijado los hechos que han producido el daño. La cuantificación del mismo en dinero es, en principio, imposible de realizar, en la medida en la que el daño moral no genera gastos precisos*".

El art. 193 CP presupone la existencia de esos perjuicios en este tipo de delitos. Su cuantificación no es posible más allá de unas referencias genéricas a cuyo fin son más que suficientes las vertidas en la sentencia que se entretiene precisamente en consignar esas dificultades recogiendo una cita jurisprudencial (STS 957/2007, de 28 de noviembre). Tratar de razonar que la cantidad debiera haber sido mayor o menor es tarea inútil y condenada al fracaso. Seguramente todo monto pecuniario será escaso, pero apareciendo como ponderada y ajustada a los márgenes habituales la cifra establecida por el Tribunal *a quo* no es posible ni su revisión en casación, ni exigir -por imposible- una mayor motivación que además sería puramente retórica, pero no sustancial.

Tampoco es esta materia campo propicio para comparaciones con otros asuntos buscando una igualación ficticia.

Procede la **desestimación** del motivo.

SÉPTIMO.- Habiéndose estimado parcialmente su recurso procederá la declaración de oficio de las costas procesales respecto del recurrente Rosendo , es decir la tercera parte de las costas (art. 901 LECrim). Las restantes serán abonadas por los otros dos recurrentes.

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 de Faustino contra Sentencia de fecha 7 de junio de 2018 dictada por la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Alicante en causa seguida por delito de abuso sexual; **estimando el motivo tercero del recurso en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Alicante** con declaración de las costas de este recurso de oficio.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

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.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Antonio del Moral García

Andrés Palomo Del Arco Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

RECURSO CASACION núm.: 2838/2018

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrado de la Administración de Justicia: Sección 2ª

**TRIBUNAL SUPREMO****Sala de lo Penal****Segunda Sentencia**

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

En Madrid, a 21 de mayo de 2020.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 2 de Torrevieja (Alicante), fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Alicante (Sección Séptima), y que fue seguida por un delito continuado de abuso sexual contra Faustino, Ezequias y Evaristo en la que recayó sentencia que ha sido casada y anulada por la dictada el día de la fecha por esta Sala integrada como se expresa.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos los de la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

ÚNICO.- En cuanto al acusado Faustino estamos ante un único delito aislado y no continuado manteniéndose, en lo demás, la tipificación que hace la sentencia de instancia excepto en la aplicación del art. 74 CP. La sentencia de casación explica el porqué. Por tanto hay que partir de la pena en toda su extensión sin la agravación impuesta por el art. 74.2 CP. La rebaja en un grado en virtud de la atenuante cualificada nos sitúa en un marco que va de dos años a cuatro años menos un día. Se considera ponderada una pena de DOS AÑOS y SEIS MESES. Su participación en el monto de la indemnización fijado como responsabilidad civil deberá ser igualmente reducida proporcionalmente.

En lo demás se mantienen los fundamentos de derecho de la sentencia de instancia.

FALLO

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

1.- Suprimiéndose la continuidad delictiva respecto de él se sustituye la pena de prisión impuesta a Rosendo por la de DOS AÑOS y SEIS MESES de PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de condena.

2.- En cuanto a las indemnizaciones, Rosendo responderá de manera conjunta y solidaria con los otros dos condenados hasta la cuantía de diez mil euros (10.000 €).

En el resto y en cuanto no se opongan al presente se mantienen los pronunciamientos de la sentencia de instancia.

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.

Andrés Martínez Arrieta Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Antonio del Moral García

Andrés Palomo Del Arco Eduardo de Porres Ortiz de Urbina