



Roj: **STS 1639/2023 - ECLI:ES:TS:2023:1639**

Id Cendoj: **28079120012023100277**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **19/04/2023**

Nº de Recurso: **10596/2022**

Nº de Resolución: **273/2023**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **STSJ Sala de lo Civil y Penal, Andalucía, 20-7-2022,
STS 1639/2023**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 273/2023

Fecha de sentencia: 19/04/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: **10596/2022 P**

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/04/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla. Sala Civil y Penal

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

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: **10596/2022 P**

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

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

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 273/2023

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.^a Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura



D. Javier Hernández García

En Madrid, a 19 de abril de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número **10596/2022**, interpuesto por **D. Federico**, representado por el procurador D. José Aguirre Joya, bajo la dirección letrada de D. Nabil El Meknassi Barnosi, contra la sentencia n.º 201/2022 de fecha 20 de julio de 2022 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 411/2021 de fecha 15 de diciembre de 2021 dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Tercera en el Procedimiento Sumario ordinario 22/2020, procedente del Juzgado de Instrucción num. 1 de Berja.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida (acusación particular) **Dª. Elisa** representada por la procuradora Dª. María del Carmen Gallego Echeverría, bajo la dirección letrada de D. Manuel Jesús Alcoba Salmerón.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 1 de Berja incoó procedimiento Sumario ordinario 3/2020 por delito de agresión sexual a menor de edad, contra Federico; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería, cuya Sección tercera, (Rollo de Sala 22/2020) dictó Sentencia en fecha 15 de diciembre de 2021 que contiene los siguientes **hechos probados**:

" Federico, convivía con su pareja sentimental, Elisa, en el domicilio familiar de la CALLE000 n° NUM000, de la localidad de DIRECCION000 (Almería) y los tres hijos de ésta menores de edad, una de ellas Custodia, nacida el NUM001 de 2004.

Federico, en fechas no determinadas, pero en todo caso durante el verano del año 2017, cuando la madre de la menor Custodia, que contaba con doce años de edad, estaba trabajando, y aprovechando que la menor se encontraba sola con él en su domicilio, con la intención de satisfacer sus instintos sexuales, se acercaba a la habitación de la menor, y le hacía tocamientos en pechos y genitales, sentándose encima de ella, donde se masturbaba hasta eyacular en su espalda. La menor nada dijo a su madre por la vergüenza que sentía.

En una ocasión, en fecha no determinada, pero en todo caso durante el verano de 2017, mientras la menor se encontraba tumbada en su cama, con la intención de satisfacer sus instintos sexuales, Federico entró en la habitación donde se encontraba aquella, se bajó los calzoncillos y le levantó las piernas. La menor logró levantarse y acercarse a la ventana chillando, pero Federico, logró bajar la persiana y tirando de ella colocarla de nuevo encima de la cama boca arriba y mientras la sujetaba fuertemente para eliminar cualquier resistencia, le decía que no chillase, se colocó encima de ella y le introdujo el pene en la vagina, a pesar de la resistencia de la menor, durante un lapso de tiempo que a la menor le pareció unos 10 minutos aproximadamente, y después se fue, cerrando la puerta, quedando la menor en el interior de la habitación.

Federico, ha procedido a consignar en la cuenta de este Tribunal la cantidad de 15.000 euros para indemnizar a la víctima."

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

" QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Federico, como autor de un delito de agresión sexual, previsto y penado en los arts. 183.1.2 y 3, y 183.4 d) del Código Penal, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante muy cualificada de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal, A LA PENA DE once años de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, e inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por un tiempo superior a 3 años al de la duración de la pena privativa de libertad, y prohibición de acercarse a Custodia a su domicilio o cualquier lugar frecuentado por ella, así como, comunicarse por cualquier medio visual, hablado o escrito por un periodo de 10 años superior al de duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia (es decir durante veintiún años)

Asimismo, se le impone medida de Libertad Vigilada por un plazo de diez años, para su ejecución con posterioridad a la pena privativa de libertad; sin concreción en este momento de su contenido.

Al mismo tiempo DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Federico, como autor de un delito continuado de abusos sexuales, previsto y penado en los arts. 183.1 y 183.4. 3' en relación con el art. 74, todos ellos del Código Penal, concurriendo la circunstancia modificativa de la responsabilidad criminal atenuante muy cualificada de reparación del daño del artículo 21.5 del Código Penal, A LA PENA DE un año y diez meses de prisión,



inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad, por un tiempo superior a 3 años al de duración de la pena privativa de libertad, y prohibición de acercarse a Custodia a su domicilio o cualquier lugar frecuentado por ella, así como comunicarse por cualquier medio visual, hablado o escrito por un periodo de 10 años superior al de la duración de la pena de prisión impuesta en la sentencia (es decir durante once años y diez meses)

Asimismo, se le impone medida de Libertad Vigilada por un plazo de diez años, para su ejecución con posterioridad a la pena privativa de libertad; sin concreción en este momento de su contenido.

Del mismo modo y, en concepto de responsabilidad civil, Federico, indemnizará a la representante legal de la menor Custodia en la cantidad de quince mil euros (15.000 euros) por los daños morales que le han sido causados, con aplicación del interés legal conforme al artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Le será de abono para el cumplimiento de la condena todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa de no haberle servido para extinguir otras responsabilidades, lo que se acreditará en ejecución de sentencia."

TERCERO.- Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Federico; dictándose sentencia núm. 201/2022 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla en fecha 20 de julio de 2022, en el Rollo de Apelación 118/2022, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que **desestimando íntegramente** el recurso de apelación formulado por la defensa contra la sentencia dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería, la confirmamos íntegramente. Sin costas.

Notifíquese esta Sentencia, de la que se unirá certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, a las partes en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma.

Una vez firme, se devolverán los autos originales a la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Almería, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto."

CUARTO.- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación procesal de D. Federico 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, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo primero.- Al amparo del art. 852 la LECrim, del artículo 5.4 de la LOPJ, en relación con el artículo 24.2 Constitución Española, por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia y por error en la valoración de la prueba.

Motivo segundo.- Al amparo del art. 849.1 la LECrim, por infracción de ley, por aplicación indebida del artículo 183 4 d) del Código Penal.

Motivo tercero.- Al amparo del art. 849.1 la LECrim, por infracción de ley, por aplicación indebida y falta de motivación de la pena de los artículos 66 a 68 del Código Penal e inaplicación del artículo 21.4ª del Código Penal, y al amparo del art. 852 la Ley de Enjuiciamiento Criminal, del artículo 5.4 de la LOPJ, vulneración del artículo 14 de la Constitución Española.

SEXTO.- Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida solicitan la inadmisión, y subsidiariamente su desestimación. La sala admitió el recurso quedando los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Con motivo de la entrada en vigor de la Ley 10/2022, de 6 de septiembre, efectuadas alegaciones por la representación del recurrente, se da traslado a la parte recurrida y al Ministerio Fiscal por si interesan presentar alegaciones, con el resultado que obra en autos.

OCTAVO.- Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 18 de abril de 2023.



FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR VULNERACIÓN DE DERECHOS FUNDAMENTALES: LESIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

1. Para el recurrente, la condena como autor de un delito de agresión sexual se funda en prueba insuficiente. El relato de la afirmada víctima resulta implausible. Además de que lo narrado hace que fuera físicamente imposible la penetración, en todo caso deja sin explicación al hecho de que la menor no sangrara siendo, como afirmó, su primera relación sexual. Tampoco se presenta como razonable que no mostrara ningún tipo de resistencia física al acometimiento mediante golpes, arañazos o empujones al agresor y se limitara a llorar e intentar quitárselo de encima (sic) sin pedir auxilio. Como también resulta incongruente que, existiendo una situación prolongada en el tiempo de abuso, la menor prefiriera quedarse a solas con el hoy recurrente en lugar de acudir a casa de su padre, colindante con la que residía la menor. Por otro lado, se afirma por el recurrente, no existe ningún elemento corroborativo externo sólido a la propia versión ofrecida por la afirmada víctima. En particular, señas o secuelas físicas -sangrado, arañazos, desgarros, molestias- en la zona vaginal. Tampoco la prueba pericial psicológica arroja datos corroborativos pues precisamente respecto a la presunta agresión sexual identifica un relato parco y ciertas inconsistencias. Y en cuanto a las manifestaciones del hoy recurrente si bien reconoció la existencia de tocamientos sexuales negó de manera contundente que hubiera penetrado a la menor.

2. Al hilo del motivo, cabe recordar que la función de control y de verificación de la suficiencia probatoria no podemos abordarla como órgano de segunda instancia. En el caso, el derecho al recurso plenamente devolutivo se ha sustanciado mediante la interposición de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Siendo la sentencia dictada en este grado contra la que se plantea el recurso de casación. Lo que comporta que los motivos de disidencia -como principio general y, sobre todo, en relación con las cuestiones más íntimamente vinculadas a la valoración probatoria- no pueden limitarse a la simple reiteración del contenido de la impugnación desarrollada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la primera instancia -vid. por todas, STS 682/2020, de 11 de diciembre-.

De tal modo, cuando se invoca lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, el espacio del control casacional se reconfigura. Este debe contraerse al examen de la racionalidad de la decisión a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Siendo este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo. La casación actúa, por tanto, como una tercera instancia limitada de revisión que, si bien no ha de descuidar la protección del núcleo esencial de la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, no puede hacerlo subrogándose en la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio -vid. STS 980/2022, de 21 de diciembre-. Esta función le corresponde realizarla, en primer lugar, al tribunal de instancia y, por vía de la apelación plenamente devolutiva, al Tribunal Superior -vid. STC 184/2013; SSTS 680/2022, de 17 de febrero, 631/2022, de 23 de junio-.

El control casacional en esta instancia es, por ello, más "normativo" que conformador del hecho. Nos corresponde controlar 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.

3. Partiendo de lo anterior, el motivo debe ser desestimado. Y ello porque consideramos que la conclusión de culpabilidad a la que llegó el tribunal de instancia, y que convalidó el Tribunal Superior, se basó en prueba suficiente, racionalmente valorada.

El cuadro se integró por medios primarios y medios secundarios de reconstrucción. Entre los primeros, se encuentran las declaraciones de la menor Custodia y del propio acusado. Dentro del segundo grupo, debe hacerse referencia a la prueba testifical referencial e indirecta y a la pericial propuesta.

Dicha clasificación responde, en esencia, a un criterio cualitativo de potencialidad probatoria. Atendiendo a los hechos justiciables introducidos en el escrito de acusación, resulta evidente que su prueba depende, en gran medida, del valor acreditativo que se otorgue a los testimonios de quienes de manera directa afirman o niegan la realidad de tales hechos. Los medios secundarios vendrían a suministrar información relevante para la corroboración de los testimonios directos, pero carecerían de idoneidad acreditativa para fundar, exclusivamente, sobre sus resultados la declaración de condena pretendida por las acusaciones.

En el caso, el testimonio ofrecido por la menor se convierte en elemento nuclear del cuadro probatorio. Lo que comporta la necesidad de someterlo a un exigente test tanto de verosimilitud subjetiva como de



fiabilidad objetiva de las informaciones ofrecidas. Test que obliga a la identificación de las circunstancias psicofísicas de los testigos que puedan afectar a la capacidad de narración; del contexto psico-socio-cultural en el que se desenvuelven; de las relaciones que les vinculaban con el acusado; del grado de compatibilidad de la versión ofrecida con lo que desde la experiencia resulte posible; de la existencia de corroboraciones objetivas periféricas y de las causas que, en su caso, impiden dicha corroboración; de la persistencia en la voluntad inculpativa; de la concreción o de la genericidad del relato atendiendo a la potencialidad de precisión que puede presumirse en el testigo a la luz de las circunstancias concretas; de la coherencia interna y externa del relato. En particular, su compatibilidad "fenomenológica" con otros hechos o circunstancias espaciotemporales que hayan quedado acreditadas por otros medios de prueba.

Y lo cierto es que las informaciones aportadas por Custodia nos resultan, como le resultaron al tribunal de apelación, validando la conclusión alcanzada por el tribunal de instancia, altamente fiables. No se identifica ningún déficit de credibilidad subjetiva derivado de una mala relación con el recurrente o por la concurrencia de fines espurios. Lejos de ello la revelación se produjo pasados tres años cuando ya no existía ninguna relación de convivencia con el ahora recurrente. Tampoco se aprecian contradicciones e imprecisiones mínimamente significativas, como denuncia el recurrente, ni elementos de implausibilidad objetiva en lo relatado.

En este sentido, debe insistirse en que las contradicciones que afectan seriamente a la calidad reconstructiva de la información aportada por un testigo son las sustanciales -como exige, por ejemplo, el artículo 714 LECrim para activar el incidente de introducción de manifestaciones testificales previas-. Y estas son las que se producen cuando el testigo incluye en su relato hechos fenomenológicamente incompatibles entre sí que obligue a concluir que alguno de aquellos, en relación de mutua exclusión, no se ajusta a la realidad.

En el caso, y como apuntábamos, el relato aportado por la niña es coherente y nuclearmente preciso, atendidos los elementos socio-personales que concurren: la edad de la menor, el tiempo transcurrido desde los hechos y el bajo nivel cultural que se trasluce en las diferentes respuestas ofrecidas. Factores que si bien pueden afectar a la claridad del relato aportado por la víctima no afectan, sin embargo, a sus núcleos descriptivos esenciales que en modo alguno transmiten ni imprecisión ni implausibilidad.

El Tribunal Superior despeja, desde una impecable racionalidad valorativa, la objeción introducida por el recurrente de que lo relatado es incompatible con la existencia de penetración. La menor, si bien con algunas dificultades expresivas -a las que no son causalmente ajenas las complejas construcciones de muchas de las preguntas que se le formularon- precisó de manera suficiente que la penetración se produjo cuando el hoy recurrente, después de quitarle la ropa, se situó sobre ella en un plano horizontal.

4. Por otro lado, el relato de la víctima goza de un nivel significativo de corroboración por informaciones testificales, no solo periféricas, de notable relevancia. En efecto, la declaración de la Sra. Elisa, madre de la menor, resulta especialmente relevante pues además de precisar lo relatado por su hija en 2020, manifestó cómo esta ya en 2017 le indicó, mediante un mensaje telefónico, y en términos textuales, que el hoy recurrente "había hecho una cosa que no tiene perdón de Dios". Pero no solo. La Sra. Elisa manifestó en el plenario cómo al exigir explicaciones al hoy recurrente de lo acontecido, tal como se lo relató su hija, este pidió reiteradamente perdón -mensajes que aparecen documentados en la causa a los folios 18 a 22-. También la testigo, Sra. Nuria, tía de la menor, relató las circunstancias en las que esta le relató cómo el hoy recurrente había abusado sexualmente de ella al tiempo en que convivió en el mismo domicilio familiar. Información referencial que también fue aportada por la testigo Sra. Rebeca quien escuchó, además, cómo la menor precisaba que el recurrente *la había violado*.

5. Por otro lado, los resultados que arrojan las distintas periciales practicadas también adquieren valor corroborativo. Además del rigor metodológico empleado, y que el recurrente no cuestiona, todos los peritos coinciden en apreciar indicadores de victimización sexual -pensamientos recurrentes, sentimientos de culpabilidad, sintomatología ansiosa y depresiva, tristeza, apatía, alteración del sueño y rechazo de contactos íntimos con personas de sexo masculino- y un significativo nivel de atendibilidad en las informaciones obtenidas de la menor, descartando factores psicopatológicos que pudieran distorsionar la información recabada.

Por su parte, la no identificación de señas o vestigios físicos transcurridos tres años desde el hecho carece de toda significancia para cuestionar la información probatoria sobre la que se funda la decisión del tribunal.

6. Por último, coincidiendo, una vez más, con el Tribunal Superior, no puede dejar de tomarse en cuenta el valor corroborativo que se decanta de las propias manifestaciones plenarias del recurrente. Si bien negó haber penetrado a la menor admitió que, en distintas ocasiones, había tocado sus pechos y genitales y se había masturbado en su presencia hasta eyacular en su espalda.



La incuestionable realidad, admitida por el propio responsable, de un contexto de grave cosificación sexual de una niña de doce años presta decisiva fiabilidad al relato integral proporcionado por esta.

7. El saldo acreditativo de la hipótesis acusatoria que arroja el conjunto de los medios de prueba practicados es manifiestamente positivo. Lo que confirma la idea-fuerte relativa a que el cuadro probatorio no puede analizarse por trazos. Que los medios probatorios no conforman subsecuencias aisladas, debiendo ser abordados desde una unidad lógico-cognitiva.

En un supuesto tan delicado como el que nos ocupa, el valor, la solidez, de la convicción del Tribunal depende, en buena medida, no de la hipertrófica asignación de valor reconstructivo a un medio probatorio concreto sino a la construcción de un discurso racional conformado por todos los medios de prueba. La fuerza acreditativa se anuda a la compatibilidad de los diferentes resultados, de su encaje, del valor añadido que respecto a cada uno de los medios producidos se desprende de la práctica de los otros medios de prueba. Y, en el caso, ese resultado acreditativo se ha alcanzado.

No ha existido, como anticipábamos, infracción del derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

SEGUNDO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL SUBTIPO AGRAVADO DEL ARTÍCULO 183 4. D) CP

8. En términos subsidiarios, se cuestiona la apreciación del subtipo basado en el prevalimiento pues al parecer del recurrente la circunstancia agravatoria no se describe en los hechos declarados probados. La víctima no estaba desamparada por el padre biológico por lo que el recurrente no asumía ningún rol paterno. Tampoco ha quedado acreditado que este ejerciera ningún tipo de autoridad sobre la menor o que esta tuviera algún tipo de dependencia económica o emocional del ahora recurrente. Lo que excluye los presupuestos fácticos de la circunstancia agravatoria apreciada.

9. El motivo no puede prosperar.

Partiendo de los hechos que se declaran probados que delimitan el espacio de la revisión normativa que se pretende, identificamos, con toda claridad, la concurrencia de la circunstancia agravatoria cuestionada.

Muy en particular, la existencia de un marco de producción caracterizado por la superioridad comisiva que el hoy recurrente abarcó en su plan de acción privando a la entonces menor de toda capacidad efectiva de autodisposición.

En efecto, la estrategia de victimización del acusado se nutrió de todos y cada uno los ítems del prevalimiento que se precisan en el artículo 3.5 i) de la Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 *relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil*: el abuso de una posición reconocida de confianza, autoridad o influencia sobre la menor.

Los marcadores del prevalimiento por superioridad son los siguientes: primero, la notable diferencia de edad entre el recurrente y la víctima -dieciocho años; segundo, la corta edad de la menor al tiempo de producción -doce años-; tercero, el recurrente era el compañero sentimental de la madre de la menor; cuarto, el recurrente convivía en el mismo domicilio con la víctima; quinto, los actos de abuso y de agresión sexual se produjeron, siempre, aprovechando las ausencias de la madre y en el domicilio común.

El recurrente se aprovechó de la fragilidad de Custodia , de la marcada desigualdad de edad y de las circunstancias situacionales que le permitían a su antojo proyectar sobre la niña su conducta de dominación sexual. Le sometió a un plan de abuso no solo físico sino también emocional abarcando plenamente aquellas circunstancias de superioridad que facilitaban su ejecución.

TERCERO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY Y, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DEL PRECEPTO CONSTITUCIONAL: INDEBIDO JUICIO DE INDIVIDUALIZACIÓN DE LA PENA CON VULNERACIÓN DEL ARTÍCULO 14 CE

10. Mediante la formulación de un motivo de "amplio espectro" que dificulta identificar el gravamen y, con ello, la idoneidad del doble cauce casacional escogido para pretender repararlo se cuestionan los fundamentos del juicio de individualización punitiva. Se reprocha, por un lado, que no se hayan tomado en cuenta los indicadores de menor desvalor de acción que de manera evidente concurren pues la intimidación fue muy escasa y, por otro, que no se haya valorado adecuadamente la dimensión reparadora de la consignación realizada por el importe total de la cantidad indemnizatoria reclamada que, además, comportó un altísimo sacrificio para el recurrente. Para el recurrente, el erróneo juicio de individualización se nutre, por un lado, de elementos doblemente valorados, como el prevalimiento y la edad de la víctima, y, por otro, de la desvalorización atenuatoria del esfuerzo reparatorio desarrollado. Lo que, además, compromete la doctrina de esta Sala sobre el valor y el



fundamento de la atenuación. Para el recurrente, la consecuencia no puede ser otra que la de reajustar el juicio de punibilidad y reducir la pena en dos grados.

11. El adecuado análisis del motivo reclama reordenar el alcance pretendido con el motivo irregularmente formulado. En primer lugar, debemos despejar si la sentencia recurrida se equivoca al identificar el marco de pena imponible, atribuyendo a la atenuación privilegiada el efecto atenuatorio en un solo un grado. Y, segundo, en su caso, determinar si la concreta pena puntual fijada carece de justificación suficiente, comprometiendo, por ello, los principios de culpabilidad y proporcionalidad.

§ Alcance del efecto degradatorio de la atenuante cualificada de reparación

12. Como es bien sabido, la atenuante de reparación se previene en el Código Penal bajo una evidente fórmula objetivadora, si bien ello no disculpa de identificar en el acto que se reputa reparador, el valor normativo que sustenta la atenuación.

El acto reparatorio ha de resultar suficientemente significativo y relevante desde la perspectiva de la víctima, titular de los intereses lesionados por el delito que se pretenden mitigar. La atenuación reclama un juicio de merecimiento que al no basarse en fórmulas de contrición debe, al menos, patentizar que el daño ha sido reparado o que se han disminuidos sus efectos significativamente y, además, que la reparación de la víctima constituye un objetivo serio y prioritario para la persona acusada -vid. SSTS 762/2022, de 15 de septiembre; 923/2022, de 24 de octubre-.

Precisamente, del contenido de ese juicio de merecimiento depende el alcance atenuador del acto reparatorio. Como hemos mantenido reiteradamente, la reparación completa del perjuicio sufrido no conlleva necesariamente la apreciación de la atenuante como muy cualificada. Para ello, y como precisábamos en la STS 478/2017, de 21 de junio, se hace necesario "*algo más, mucho más, pues, aunque la reparación haya sido total, el que de modo sistemático la reparación total se considere como atenuante muy cualificada supondría llegar a una objetivación inadmisibles y contraria al fin preventivo general de la pena*" -vid. en el mismo sentido y entre muchas, SSTS 293/2018, de 18 de junio; 87/2010, 17 de febrero; 15/2010, 22 de enero-

13. En el caso, no se discute que el hoy recurrente ha consignado una cantidad que cubre la total indemnización que se pretendía por las acusaciones. Tampoco cuestionamos que dicha consignación responda a un serio esfuerzo económico del recurrente y de sus próximos. Pero ello no se traduce en la obligación de privilegiar los efectos de la atenuación apreciada hasta el punto de rebajar la pena prevista en el tipo en dos grados.

Este efecto ultraprivilegiado reclama un juicio de merecimiento mucho más normativo, adecuado a las circunstancias del caso concreto. En particular, a la naturaleza del daño casado. La fórmula casi aritmética, a modo de "regla de tres", *consignación integral de la cantidad reclamada/rebaja de la pena en dos grados*, iría, como anticipábamos, en contra del sentido de la norma.

14. En el supuesto analizado, no puede obviarse la naturaleza extrapatrimonial del daño causado por el delito que comporta su ontológica irreparabilidad. En estos casos, en los que se afecta a bienes jurídicos personalísimos como lo son los derechos a la libertad sexual y, en el caso de los menores, además, al libre desarrollo de la personalidad sin interferencias indebidas de terceros, la indemnización económica no cumple una función ni restitutoria ni reparatoria en un sentido estricto. Adquiere un valor simplemente compensatorio que sirve para para mitigar de una manera muy poco significativa la grave lesión del bien jurídico producido.

Y, por ello, no puede servir, sin más, para reducir desproporcionadamente el reproche merecido por la acción. Hay bienes jurídicos que no pueden "patrimonializarse" hasta el punto de hacer depender en una parte significativa el reproche por su lesión no tanto de la gravedad de la conducta y de la aflicción causada a la víctima, sino del pago del equivalente pecuniario en el que se calcule el daño. Como bien apunta el Tribunal Superior en la sentencia recurrida, no pueden equipararse a estos efectos los delitos contra la vida o a la libertad sexual con los delitos patrimoniales en sentido estricto -vid. STS 907/2022, de 17 de noviembre-.

15. En los casos de delitos contra bienes jurídicos personales de especial rango constitucional, el efecto atenuatorio en un doble grado debe reservarse, y siempre con carácter excepcional, a aquellos supuestos en los que mediante el concreto acto con el que se pretende disminuir los efectos del delito se identifique un verdadero "actus contrarius" con un destacado valor normativo. Que permita identificar una conducta postdelictual que reivindica los fines de la norma contenida en el artículo 21. 5º CP: la prevalencia de los fines de protección integral de quien ha sufrido las consecuencias del delito, por un lado, y de reinserción de quien lo ha infringido, por otro.

Y para ello no puede bastar la sola consignación económica del importe en el que se ha cuantificado el daño moral. Debe reclamarse, también, la exteriorización de una conducta comprometida con la idea de la reparación



integral de la víctima, en la que pedir perdón, reconociendo el daño causado, puede adquirir un rol y un valor muy destacado.

En el caso, la conducta objetivamente resarcitoria desarrollada en modo alguno justifica, como se pretende, reducir el reproche en dos grados.

§ Individualización de la pena concreta

16. Despejado el primero de los gravámenes, el segundo se refiere a la fijación de la pena de once años de prisión que se sitúa en la mitad superior del grado inferior y que el recurrente considera desproporcionada y carente de suficiente justificación pues, a su parecer, se han tomado en cuenta elementos intensificadores que conforman la propia tipicidad como lo son la minoría de edad de la víctima y el prevalimiento comisivo.

17. Tampoco identificamos gravamen.

Como esta Sala tiene establecido, la individualización realizada por el Tribunal de instancia es revisable en casación por indebida aplicación del artículo 72 en relación con el artículo 66, ambos, CP, cuando los factores de individualización utilizados arrojen un resultado punitivo manifiestamente arbitrario o desproporcionado o se prescindan de toda justificación de la concreta opción punitiva -vid. por todas, SSTS 605/2017, de 5 de septiembre, 892/2022, de 11 de noviembre-.

Sobre el cualificado deber de justificación de la pena concreta, el Tribunal Constitucional ha construido un sólido cuerpo de doctrina, insistiendo en la necesidad, sobre todo si no se opta por la pena en la mínima extensión prevista en el tipo, de que el juez realice, de verdad, una valoración normativa en la que se expliciten y se precisen todas las circunstancias relevantes. Tanto las que atañen a la gravedad del hecho como aquellas que atienden a las condiciones de culpabilidad o a las demás circunstancias psico-sociales de la persona declarada criminalmente responsable -vid. SSTC 96/2017, 29/2017, 226/2015-.

Lo que, por otro lado, coliga con el establecimiento de tramos temporales de pena. En efecto, cuando el legislador ha previsto un arco punitivo que va desde un límite mínimo a un límite máximo de pena anudada a la infracción es porque parte: primero, de que, si conductas fácticamente diversas pueden resultar subsumibles en el mismo tipo, deben establecerse marcos de punición que permitan dar cuenta -a través de la fijación de penas diferenciadas- de la diversidad de injusto concurrente. Segundo, de que la culpabilidad en la medición de la pena no es idéntica a la culpabilidad como fundamento de la pena.

Ambos presupuestos de la individualización dialogan e interaccionan pues en efecto la racionalidad de la opción punitiva viene, en buena medida, determinada por el grado, la tasa, de gravedad que se atribuya a la conducta juzgada. Juicio de gravedad que debe someterse a fórmulas y modulaciones normativizadas y, además, apoyarse en un discurso de razones explícitas que, en los términos exigidos por el artículo 72 CP, permitan su control.

Los módulos normativos de medición atienden a los planos de desvalor del resultado -de intensidad de la lesión del bien jurídico protegido- y de acción -de antijuricidad, del grado de colisión cualitativa y cuantitativa de la conducta con la norma de prohibición-. Y, desde luego, de culpabilidad del autor.

El margen de discrecionalidad de la pena puntual del que legalmente goza el tribunal no disculpa de justificar de forma suficiente la decisión finalmente adoptada. Muy al contrario. La atribución de dicho margen parte de la presunción de que los tribunales emplearán, de forma racional y motivada, las facultades discrecionales que se les conceden, tomando en cuenta todos los factores concurrentes. Lo que se traduce en que el ejercicio de dicha facultad viene fuertemente condicionado por la exigencia de que la resolución esté motivada, pues solo así puede ser controlada en evitación de toda arbitrariedad.

Para la determinación de lo que la dogmática clásica ha denominado "pena puntual" el tribunal está obligado a graduar la respuesta punitiva en atención a buenas razones individualizadoras que se nutren de los elementos de gravedad del hecho que no son los mismos, insistimos, que los que determinan la calificación de los delitos. La medida de la concreta pena impuesta debe corresponderse con esa medida de la gravedad del hecho delictivo.

De ahí que el concepto normativo de gravedad que se menciona en el artículo 66. 6º CP reclame enriquecer el "ámbito de juego" de la individualización acudiendo a nuevas perspectivas de análisis que contemplen factores tales como la energía criminal empleada, la intensidad del daño producido en los bienes jurídicos protegidos, el nivel exteriorizado de desprecio a la norma de prohibición, etc. Elementos, todos ellos, que, desde una perspectiva socio-normativa, sirven para evaluar la mayor o menor gravedad de los hechos, cumpliendo, a la postre, con el mandato de proporcionalidad tanto ordinal como cardinal que se contiene en los artículos 49 CDFUE y 9 y 25 CE.



Mandato de proporcionalidad ordinal que supone una relación de adecuación entre cada delito y su pena, por lo que a hechos de mayor gravedad corresponde aplicar penas de mayor severidad y, de forma correlativa, a hechos de menor gravedad, penas menos severas -vid. STS 350/2022, de 6 de abril-.

La mayor o menor gravedad de la pena puntual de forma inevitable contempla elementos relacionales, escalas comparativas no solo con otros delitos dentro del sistema, sino con relación a las diversas configuraciones posibles del mismo delito. Lo que obliga, precisamente por ello, a justificar por qué se considera que la pena mínima no satisface el reproche por el total desvalor.

De ahí que, a los efectos del artículo 72 CP, para imponer la pena por encima del mínimo deberán precisarse aquellos elementos o factores de mayor desvalor o de mayor culpabilidad que concurren en el caso. Como afirmábamos en la STS 719/2007, de 31 de octubre, " *en la medida en que [la pena] se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone*".

18. Pues bien, en el caso, la sentencia recurrida, validando la de primera instancia, identifica sobradamente las razones que prestan fundamento a la concreta pena impuesta y que no se confunden o agotan con las ya tomadas en cuenta para la tipicidad.

En efecto, cuatro son los elementos intensificadores de la antijuricidad de la conducta que se identifican: primero, la agresión sexual se presenta como una suerte de *építome* final del marco de cosificación sexual al que el recurrente sometió a la menor durante el verano de 2017; segundo, la edad de la menor, doce años, al tiempo de los hechos, en pleno proceso evolutivo, puede comportar mayores consecuencias lesivas; tercero, la agresión se produjo en el interior del domicilio donde residía la menor lo que intensifica también el desvalor de resultado al comprometerse gravemente también las altas expectativas de protección del derecho a la vida privada y familiar que aquel debe ofrecer a sus moradores; cuarto, los hechos supusieron una ruptura de las condiciones de vida de la menor que, a consecuencia de lo acontecido, dejó de vivir con su familia.

Indicadores de gravedad específica del hecho delictivo cometido que, como anticipábamos, fundan racional y suficientemente el juicio de punibilidad contenido en la sentencia recurrida.

19. Por último, apuntar, que no procede el reajuste de la pena impuesta a la luz de la nueva regulación introducida por la reforma operada con la L.O 10/2022. Además de resultar imponible con la nueva norma, seguiría siendo proporcional a la luz de los propios criterios de individualización utilizados por el tribunal de instancia para fundar el juicio de merecimiento.

Como se destaca en la sentencia recurrida, las penas impuestas, tanto con relación al delito continuado de abusos sexuales como de agresión sexual, vienen marcadas por los límites del acusatorio -situándose, incluso, la pena por el delito del artículo 183.1 CP por debajo del límite mínimo de la imponible, dada la naturaleza continuada de la infracción- lo que no obsta para que el tribunal destaque expresamente la especial gravedad de las conductas enjuiciadas, excluyendo la posibilidad de imponer penas por debajo de las pretendidas.

CLÁUSULA DE COSTAS

20. De conformidad a lo previsto en el artículo 901 LECrim, procede la condena del recurrente al pago de las costas de este recurso.

CLÁUSULA DE NOTIFICACIÓN

21. Tal como dispone el artículo 109 LECrim y artículo 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo sobre normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal de la Sra. Elisa y de su hija Custodia .

FALLO

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

No haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del Sr. Federico contra la sentencia de 20 de julio de 2022 de la Sección de Apelación Penal de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.

Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Notifíquese esta resolución a las partes y comuníquese de forma personal a la Sra. Elisa y a su hija Custodia , haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.