



Roj: **STS 3032/2021 - ECLI:ES:TS:2021:3032**

Id Cendoj: **28079120012021100636**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **15/07/2021**

Nº de Recurso: **10125/2021**

Nº de Resolución: **640/2021**

Procedimiento: **Recurso de casación penal**

Ponente: **ANDRES PALOMO DEL ARCO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 640/2021**

Fecha de sentencia: 15/07/2021

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 10125/2021 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 13/07/2021

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

Procedencia: TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON. SALA DE LO CIVIL Y PENAL

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

Transcrito por: HPP

Nota:

RECURSO CASACION (P) núm.: 10125/2021 P

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

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 640/2021**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Vicente Magro Servet

D<sup>a</sup>. Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 15 de julio de 2021.



Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley número 10125/2021, interpuesto por **D. Pedro Enrique** contra la sentencia núm. 5/2021 dictada en el Recurso Ley del Jurado num. 74/2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 8 de febrero de 2021 que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 97/2020 del Tribunal del Jurado num. 538/2019 dictada el 6 de octubre de 2020 por la Audiencia Provincial de Huesca, Sección Única.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida, **Dª Gema** representada por la Procuradora Dª María Dolores del Val Esteban bajo la dirección letrada de D. Luis Antonio Marín Cuadrado ; **D. Alexis** representado por la Procuradora Dª María del Mar Serrano Moreno bajo la dirección letrada de D. Dionisio Negueruela Jiménez, **D. Ambrosio** representado por la Procuradora Dª María del Mar Serrano Moreno bajo la dirección letrada de Dª María Teresa Martín Sevilla y **Dª Lidia** representada por la Procuradora Dª María Dolores Fernández Priego, bajo la dirección letrada de D. José Antonio Márquez Múgica.

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

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 1 de DIRECCION000 instruyó el procedimiento previsto en la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado 5/1995 con el núm. 340/2017 por delitos de asesinato y malos tratos habituales, contra D. Ambrosio , D. Alexis y Dª Lidia , y una vez abierto el juicio oral, lo remitió a la Audiencia Provincial de Huesca, Sección Única, en la que vista la causa por el Tribunal del Jurado 538/2019, dictó sentencia en fecha 6 de octubre de 2020 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Se declaran probados los hechos que fueron tenidos como tales en el veredicto emitido por el Jurado, que son los siguientes:

A) Respecto del acusado Ambrosio .

1.- La menor Penélope , nacida el día NUM000 de 2008, residía con su madre Gema , su padrastro Alexis y sus hermanas menores Sofía y Teodora (hijas comunes de los anteriores) en la CALLE000 número NUM001 de DIRECCION001 .

2.- Durante el tiempo que la menor estuvo en dicho domicilio hasta el día el 6 de julio, Ambrosio y Lidia , con la finalidad de corregir a Penélope , le obligaron a permanecer de rodillas sobre ortigas, grava, granos de arroz o sal gruesa, le golpearon en brazos, piernas, espalda y cabeza, le privaron del sueño para hacer los deberes y estudiar, y le humillaron colocándole una diadema con orejas de burro sobre la cabeza y le colocaron pañales, a la vez que le grababan con los móviles y lo transmitían a otros miembros de la familia.

3.- Ambrosio grabó imágenes de Penélope en esas condiciones y las compartió con su pareja.

4.- La noche del 5 al día 6 de julio de 2017 Penélope permaneció despierta, estudiando por la noche por imposición de Lidia e Ambrosio de rodillas sobre grava.

5.- El día 6 de julio, una vez se hubo marchado Lidia de su domicilio a trabajar, cuando Ambrosio regresó de su trabajo sobre las 8:30 se puso a supervisar los estudios de Penélope y, al no encontrarlos satisfactorios para él, le golpeó repetidamente en la cabeza con los nudillos de su mano y le forzó a permanecer de rodillas sobre piedras de grava.

6.- Efectuó descargas eléctricas por todo el cuerpo de la niña produciéndole quemaduras, con una raqueta eléctrica de las empleadas para matar insectos manipulada por él.

7.- Ató a Penélope de pies y manos por la espalda con unos grilletos y estos, a su vez, con una cuerda.

8.- Le introdujo un calcetín en la boca, y se lo sujetó con un cinturón, impidiéndole gritar.

9.- Le golpeó con el cinturón en la espalda y en las plantas de los pies.

10.- El acusado golpeó a Penélope con los puños en cara boca y nariz, y patadas con botas con puntera de acero.

11.- El acusado agarró fuertemente del cabello a Penélope , la levantó y con fuerza la tiró y golpeó en varias ocasiones contra el suelo y contra una mesa, a resultas de lo cual quedó inconsciente.

12.- Sobre las 13 horas intentó reanimarla varias veces y no avisó a los servicios de urgencias e impidió que lo hicieran las menores que estaban en el mismo domicilio, hasta tiempo después, cuando la menor entró en parada cardiorrespiratoria.

13.- Sobre las 15:30 horas Penélope fue atendida por los servicios de urgencias de una parada cardiorrespiratoria, y después ante la gravedad de su estado se le trasladó en helicóptero al HOSPITAL000 de Zaragoza.

14.- El día 7 de julio de 2017 se produjo el fallecimiento de Penélope .

15.- La muerte se produjo por un traumatismo craneoencefálico severo, consecuencia de contusiones repetidas de la cabeza contra una superficie dura y plana, habiendo producido el fallecimiento por muerte encefálica.

16.- El acusado quería causar su muerte con los golpes que le dio en la cabeza.

17.- Además se advirtieron hasta 56 lesiones externas repartidas por todo el cuerpo de Penélope (cráneo-cara, tórax, abdomen, extremidades inferiores y superiores).

18- El cambio de rutina en su domicilio, acostumbrados a vivir los cuatro, su madre, sus dos sobrinas y él, empeoró ese estado emocional al que se veía sometido.

19.- El carácter rebelde de Penélope , y el enfado que le produjo que no hubiera terminado la tarea no le produjo ninguna afectación de sus facultades de cognitivas y volitivas.

B) Respecto del acusado Alexis .

1.- La menor Penélope , nacida el día NUM000 de 2008, residía con su madre Gema , su padrastro Alexis y sus hermanas menores Sofía y Teodora (hijas comunes de los anteriores) en la CALLE000 número NUM001 de DIRECCION001 .

2.- Desde el 24 de junio de 2017 en que Penélope es trasladada al domicilio de Lidia e Ambrosio hasta el día el 6 de julio, con la finalidad de corregir a Penélope , le obligaron a permanecer de rodillas sobre ortigas, grava, granos de arroz o sal gruesa, le golpearon en brazos, piernas, espalda y cabeza, le privaron del sueño para hacer los deberes y estudiar, y le humillaron colocándole una diadema con orejas de burro sobre la cabeza y le colocaron pañales, a la vez que le grababan con los móviles y lo transmitían a otros miembros de la familia.

3.- Alexis tuvo conocimiento de estos hechos por las grabaciones y comentarios de DIRECCION002 que le enviaba su hermano y una sobrina.

4.- Alexis no hizo nada para evitarlos.

C) Respecto de la acusada Lidia .

1.- La menor Penélope , nacida el día NUM000 de 2008, residía con su madre Gema , su padrastro Alexis y sus hermanas menores Sofía y Teodora (hijas comunes de los anteriores) en la CALLE000 número NUM001 de DIRECCION001 .

2.- Durante el tiempo que la menor estuvo en dicho domicilio hasta el día el 6 de julio, Lidia , con la finalidad de corregir a Penélope , le obligó a permanecer de rodillas sobre ortigas, grava, granos de arroz o sal gruesa, le golpeó en brazos, piernas, espalda y cabeza, le privó del sueño para hacer los deberes y estudiar, y le humillaron colocándole una diadema con orejas de burro sobre la cabeza, a la vez que le grababan con los móviles y lo transmitían a otros miembros de la familia.

3.- Lidia no hizo nada para evitar las acciones de Ambrosio ".

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

"FALLO.-

1.- Que debo de condenar y condeno al acusado Ambrosio , ya circunstanciado:

A) Como autor responsable de un delito de asesinato caracterizado por las circunstancias de alevosía y menor edad de la víctima, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de prisión permanente revisable, con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena.

Asimismo, le impongo la medida de libertad vigilada por tiempo de diez (10) años, a ejecutar con posterioridad al cumplimiento de la pena privativa de libertad.

Le impongo la prohibición de aproximación a la persona de Gema y Pedro Enrique , a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en que se encuentre a una distancia no inferior a 500 metros, así como la prohibición de comunicación por cualquier medio por un período de diez (10) años superior a la pena privativa de libertad efectivamente impuesta.



Le impongo la prohibición de residir en la localidad de DIRECCION001 en un período de diez (10) años superior a la pena privativa de libertad efectivamente impuesta.

Y le condeno al pago de una sexta (1/6) parte de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares.

En concepto de responsabilidad civil indemnizará con la cantidad de ciento veinte mil euros (120.000 €) a la madre Gema y de treinta mil euros (30.000 €) a favor del padre Eloy .

B) Como autor responsable de un delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de dos (2) años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante la condena, pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante tres (3) años.

Asimismo, le impongo la prohibición de aproximación a la persona de Gema y Pedro Enrique , a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en que se encuentre a una distancia no inferior a 500 metros, así como la prohibición de comunicación por cualquier medio por un período de tres (3) años superior a la pena privativa de libertad efectivamente impuesta.

Y le condeno al pago de una sexta (1/6) parte de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares.

2. Que debo de condenar y condeno al acusado Alexis , ya circunstanciado, como autor responsable de un delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de dos (2) años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante la condena, pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante tres (3) años.

Asimismo, le impongo la prohibición de aproximación a la persona de Pedro Enrique , a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en que se encuentre a una distancia no inferior a 500 metros, así como la prohibición de comunicación por cualquier medio por un período de tres (3) años superior a la pena privativa de libertad efectivamente impuesta.

Y le condeno al pago de una sexta (1/6) parte de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares.

3.- Que debo de condenar y condeno a la acusada Lidia , ya circunstanciada, como autora responsable de un delito de malos tratos habituales en el ámbito familiar, ya definido, sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad, a la pena de dos (2) años de prisión, con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio de derecho de sufragio pasivo durante la condena, pena de privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante tres (3) años.

Asimismo, le impongo la prohibición de aproximación a la persona de Pedro Enrique , a su domicilio, lugar de trabajo o cualquier otro en que se encuentre a una distancia no inferior a 500 metros, así como la prohibición de comunicación por cualquier medio por un período de tres (3) años superior a la pena privativa de libertad efectivamente impuesta.

Y le condeno al pago de una sexta (1/6) parte de las costas, incluidas las de las acusaciones particulares.

Absuelvo a Alexis y Lidia de los otros hechos delictivos por los que se les acusaba penalmente en esta causa, por lo que dejo sin efecto cuantas medidas cautelares personales o reales hubieran recaído en su contra en este procedimiento por los referidos hechos.

Declaro de oficio dos sextas (2/6) partes de las costas.

Decreto el comiso de los efectos e instrumentos del delito.

Para el cumplimiento de las penas privativas de libertad impuestas en esta resolución, abónese en su día el tiempo durante el cual el acusado ha estado provisionalmente privado de libertad por esta causa, si no le hubiera sido computado en otra ejecutoria.

Sin perjuicio del derecho de las partes a intentar cuantos recursos consideren legalmente procedentes, contra esta resolución puede haber, en su caso, recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, a interponer ante esta misma Audiencia Provincial en un plazo de diez días".

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de los condenados Ambrosio , Alexis y Lidia y la acusación particular Pedro Enrique , dictándose sentencia núm. 5/2021 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, en fecha 8 de febrero de 2021, en el Rollo de Apelación del Tribunal del Jurado núm. 74/2020, cuyo Fallo es el siguiente:

"1º.- Desestimar los recursos interpuestos por las respectivas representaciones de Ambrosio , de Lidia , de Alexis y de Pedro Enrique , tramitados en esta Sala con el número 74/2020, contra la sentencia dictada el día 6



de octubre de 2020 por el Magistrado Presidente del Tribunal del Jurado constituido en la Audiencia Provincial de Huesca, rollo 538/2019 de la misma, causa nº 340/2017 procedente del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 1 de DIRECCION000 .

2º.- Confirmar la sentencia de instancia en todos sus extremos.

4º.- Declarar de oficio las costas de la apelación."

**CUARTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por la representación legal de la acusación particular D. Pedro Enrique 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.-** Amparado en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del art 173.2 CP en relación con el art 28 del mismo texto legal.

**Motivo Segundo.-** Amparado en el art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art 109 CP.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción la representación legal de D<sup>a</sup> Gema presentó escrito dándose por instruida: Alexis , Ambrosio y Lidia presentaron escritos de impugnación a través de sus respectivos Procuradores; el Ministerio Fiscal interesó en su escrito de fecha 11 de mayo de 2021 la Inadmisión o subsidiaria Desestimación del recurso; la Sala los admitió a trámite quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 13 de julio de 2021.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRELIMINAR.-** La sentencia recurrida desestimó el recurso de apelación formulado contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial en su formación de Jurado condenó a los acusados, Ambrosio , Alexis y Lidia por la comisión de un delito de violencia física y psíquica habitual contemplada en el art 173. 2 del Código Penal sobre la menor Penélope . También Ambrosio fue condenado por asesinato de la menor de los arts. 139.1 y 3 y 140. 1º 1 CP a pena de prisión permanente revisable, así como una indemnización de ciento veinte mil euros (120.000 €) a la madre Gema y de treinta mil euros (30.000 €) a favor del padre Eloy .

Recurrió la sentencia en apelación y también formula hora acusación la representación procesal de Pedro Enrique , con dos motivos que son reproducción de su escrito de apelación. De donde conviene recordar que la sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte.

De modo, que dada la reiteración argumentativa utilizada por el recurrente y la adecuada motivación y argumentación jurídica de la resolución recurrida, bastaría remitirnos al contenido de la sentencia de apelación para al desestimación del recurso.

**PRIMERO.-** El primer motivo lo formula por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal por aplicación indebida del art 173.2 CP en relación con el art 28 del mismo texto legal.

Tras diversas consideraciones sobre la posición de garante, el concepto de cooperador necesario y las agravantes específicas del art. 173.2 y la necesidad de que la pena por malos tratos debe ser impuesta en su mitad superior, acaba solicitando que la pena de prisión impuesta por este delito a cada uno de los tres condenados sea de tres años, en lugar de los dos impuestos.

Sucede sin embargo que la condena efectivamente se impone por delito de maltrato habitual en el ámbito familiar del art. 173.2 y la pena de dos años de prisión, se encuentra en la mitad superior de la figura base. Se pondera que no concurre la circunstancia mixta de parentesco, pues Penélope no tenía parentesco por naturaleza o adopción con Ambrosio y Lidia y aunque si la tenía respecto de Alexis puesto que era descendiente de su cónyuge, en su caso no puede estimarse de nuevo esa circunstancia, al haber sido



condenado en comisión por omisión y ser precisamente esa relación la que ha determinado su posición de garante.

Ninguna infracción de ley conlleva dicha imposición de dos años de prisión por el delito del art. 173.2, tampoco del art. 28 que en modo alguno obliga a discriminar la pena impuesta al autor en comisión por omisión que al resto de los autores; si bien para Alexis, dada la condena a permanente revisable por el asesinato, la condena adicional de malos tratos a dos o a tres años, no le conlleva diferencia alguna en su ejecución ni duración [cfr. arts. 36.1 y 78 bis.1.a) CP]; de similar modo que la adición de la medida de libertad vigilada por su difícil coexistencia y compatibilidad ejecutiva a la pena de prisión permanente revisable [ello al margen de la limitación de su extensión a cinco años, ex art. 105 CP, ante inexistencia de previsión específica adicional (vid. STS núm.623/2021, de 14 de julio) si bien, el exceso impositivo cuando integra error material es susceptible de rectificación en cualquier momento (cifr. STS 628/2021, de 14 de julio)].

En cualquier caso, no parece que pueda tacharse de arbitraria la concreción punitiva en dos años de prisión; y no es fiscalizable en casación esa opción penológica del Tribunal según se deriva de la jurisprudencia. Lo expresan así las SSTs 350/2021 de 28 de abril, 207/2020 de 21 de mayo 722/2020 de 30 de diciembre: "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).

Por último, la solución que insta el recurrente supone agravar la pena del recurrente, supuesto que en cuanto no derivaría de error iuris, pues la pena se acomoda a criterios legales, debería ser consecuencia de un diferente valoración de la gravedad del hecho o de la personalidad de los condenados; revalorización que no resulta posible, sin haber practicado el tribunal que ahora resuelve prueba alguna y sin oír a los acusados (SSTEDH recaídas en los asuntos *Lacadena Calero*, *Valbuena Redondo*, *Serrano Contreras*, *Vilanova*, *Nieto Macero*, *Román Zurdo*, *Sainz Casla*, *Porcel Terribas*, *Gómez Olmeda*, *Atutxa*, etc.). Mientras que la citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley: 363/2017, 19 de mayo; 340/2017, de 11 de mayo; 162/2017, de 14 de marzo, etc.). La jurisprudencia europea no permite en los casos que hayan de suponer un agravamiento para la persona acusada, revisar el juicio de culpabilidad, sin audiencia del acusado; audiencia que no ha tenido lugar, ni tampoco se encuentra prevista en la ley (acuerdo de Pleno no jurisdiccional de la Sala Segunda, de 19 de diciembre de 2012, invocado en numerosas resoluciones como la STS 751/2018, de 21 de febrero de 2019); y esa consideración intangible del relato de hechos probados la extiende también en estos supuestos, a las afirmaciones fácticas, o mejor, elementos de naturaleza factual ( STEDH *Almenara Álvarez c España*, de 25 de octubre de 2011, § 49) contenidos en la fundamentación de la resolución ( STS 340/2021, de 23 de abril), como son los que deben ponderarse para individualizar la pena.

**SEGUNDO.-** El segundo motivo lo formula también por infracción de ley al amparo del art. 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del art 109 CP.

1. Se queja de que se acordara en su favor, como padre de la menor fallecida, la cantidad de 30.000 mil euros, mientras que a la madre, se le concedió la cantidad de 120.000 euros, diferencia que entiendo desproporcionada.

2. Es reiterada la jurisprudencia (entre otras muchas, STS 169/2021 de 25 de febrero), de que establece que la cuantificación específica de la indemnización señalada por el Tribunal sentenciador 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. Del análisis de nuestra doctrina jurisprudencial se puede deducir que solo en supuestos específicos puede efectuarse en casación la revisión de la cuantía indemnizatoria, supuestos entre los que cabe señalar:

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;
- 6º) en los supuestos de aplicación necesaria del Baremo, cuando se aprecia una defectuosa interpretación del mismo; y
- 7º) en los supuestos dolosos, o imprudentes ajenos a la circulación, en los que el Baremo solo es orientativo, cuando el Tribunal señale expresamente que establece las indemnizaciones conforme al baremo, y sin embargo lo aplique defectuosamente.

3. En autos, el Tribunal de apelación avala la motivación de la Audiencia que además de advertir que aunque padre y madre sean herederos legales de la menor en partes iguales, no tiene por qué coincidir la condición de heredero y perjudicado, de lo que se deduce que no hay razón para entender que los son en igual medida, justifica así la diferencia indemnizatoria:

La menor fallecida vivía en España en compañía de su madre, Gema , y de dos medio hermanas, así se ha declarado probado en el hecho primero. Consta, por referencia de la madre Gema y del que fue su esposo Eloy , padre de Penélope , que hay otros dos medio hermanos de una relación anterior. La menor fallecida vino a España con casi 4 años -certificado de nacimiento folio 462 y pasaporte folio 460, tomo I, y se encuentra escolarizada desde 2012/2013, folio 1673, tomo III, del testimonio-

Durante estos años ha permanecido con su madre y no constan contactos de ningún tipo con el padre biológico. Por tanto, este alejamiento físico y temporal ha de ponderarse para evaluar el daño moral ocasionado por la muerte de Penélope . Hay, por tanto, una evidente distancia en el contacto personal de los progenitores con la niña, el del Sr. Eloy limitado a los primeros años de su vida compartidos con la madre Sra. Gema , que se encargó, cuando menos desde que vino a España, en solitario -desde el punto de vista de los progenitores- del cumplimiento de las obligaciones de guarda y custodia, de la atención a su desarrollo y formación. De todo esto cabe deducir e daño moral sufrido es muy diferente lo que se traduce en una muy dispar cuantía indemnizatoria. Atendidas todas estas circunstancias, se estima adecuada una indemnización de ciento veinte mil euros (120.000 €) para la madre Gema y de treinta mil euros (30.000 €) a favor del padre Eloy .

La propia sentencia recurrida añade que se ha de indemnizar a los perjudicados, por derecho propio y no a título sucesorio pues por el hecho de la muerte la víctima no incorpora a su patrimonio derecho indemnizatorio transmisible a sus herederos, que no necesariamente tienen que ser los perjudicados; y aún partiendo de la indudable dificultad para la valoración del daño sufrido por la muerte de la hija de los progenitores, no cabe duda de que, además del vínculo parental, se ha de indemnizar el dolor sufrido a los perjudicados, que lo serán por otros vínculos, además del biológico si, como es el caso, fue la madre la que desde los cuatro años de edad de la niña se ocupó de ella en todos los aspectos. El recurrente no aporta datos sobre su relación con la niña desde entonces, ni de si se ocupó de ella en el aspecto afectivo, económico, o de cualquier otra naturaleza. Por ello, resulta indudable que la indemnización no puede ser igual para ambos, y en el presente caso ha sido otorgada por la Audiencia en uso de su facultad discrecional, no revisable por vía de recurso salvo que se aprecie manifiesta arbitrariedad.

En definitiva, la discriminación indemnizatoria entre los progenitores resulta justificada, alejada de cualquier arbitrariedad y no existe ni se invoca parámetro de los antes relacionados, que posibiliten alteración de cuantía indemnizatoria en esta sede casacional, por lo que el motivo debe ser desestimado.

**TERCERO.-** De conformidad con el art. 901 LECrim, en caso de desestimación del recurso, las cotas procesales se entienden impuestas al recurrente.

## FALLO

Por todo lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad que le confiere la Constitución, esta sala ha decidido Desestimar el recurso de casación formulado por la representación de D. Pedro Enrique en su condición de acusación particular, contra la sentencia núm. 5/2021 dictada en el recurso Ley del Jurado núm. 74/2020 por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, de fecha 8 de febrero de 2021 que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 97/2020 del Tribunal del Jurado núm. 538/2019 dictada el 6 de octubre de 2020 por la Audiencia Provincial de Huesca, Sección Única; 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.

Miguel Colmenero Menéndez de Luarda Andrés Palomo Del Arco Vicente Magro Servet



Susana Polo García Leopoldo Puente Segura

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ