

RECURSO CASACION núm.: 2669/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina

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

## TRIBUNAL SUPREMO Sala de lo Penal

**Sentencia núm. 809/2022**

Excmos. Sres.

- D. Manuel Marchena Gómez, presidente
- D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda
- D. Andrés Palomo Del Arco
- D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina
- D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 7 de octubre de 2022.

Esta Sala ha visto el recurso de casación 2669/2020 interpuesto por Joaquín BENÍTEZ PEÑA, representado por el procurador Don José-Miguel MARTÍNEZ-FRESNEDA GAMBRA bajo la dirección letrada Miguel-Ángel Vizcaíno Galán y por GENERALI ESPAÑA, S. A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, representando por el procurador Don Luis Fernando ÁLVAREZ WIESE bajo la dirección letrada Don Antonio DUELO RIU, contra la sentencia dictada el 14/05/2020 por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, Sección de Apelaciones de la Sala Civil y Penal, en su rollo de apelación S.O 157/19, por la que se desestiman los recursos de apelación interpuestos por los recurrente contra la sentencia dictada por la Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha 22/04/2019, en su Rollo de

apelación de sumario número 13/2016, en el que se condenó al recurrente como autor penalmente responsable del delito continuado de abuso sexual del artículo 181. 1 en relación con el artículo 182.1 y 2 y 180.1.4 del del Código Penal. Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal, La Generalitat de Cataluña, Ayuntamiento de Barcelona, representando el procurador de los Tribunal Don Vicente RUIGOMEZ MURIEDAS bajo la dirección de Doña María Ángeles ESPEJO ZAHÍÑO, YYY y ZZZ, representados por la procuradora Doña Paula CARRILLO SÁNCHEZ bajo la dirección letrada de Doña Montserrat MUSTIENES MONTERO y Doña J.S.P., XXX, representado por el procurador Don Javier BARBERO CASAS y AAA, representado por Doña María José ARRANZ DE DIEGO y bajo la dirección letrada de Don Iban FERNÁNDEZ GIRÓN.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Eduardo de Porres Ortiz de Urbina.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

1. El Juzgado de Instrucción número 6 de los de Barcelona incoó Sumario 1/2016 por delito de abusos sexuales, contra Joaquín BENÍTEZ PEÑA, que una vez concluido remitió para su enjuiciamiento a la Audiencia Provincial de Barcelona, Sección 21. Incoado el Sumario 13/2016, con fecha 25/04/2019 dictó sentencia número 94/2019 en la que se contienen los siguientes HECHOS PROBADOS:

«PROBADO Y ASÍ SE DECLARA que Joaquín Benítez Peña, mayor de edad, y sin antecedentes penales, ejerció como profesor de educación física en el Colegio Maristas de Les Corts con continuidad entre el 1 de septiembre de 1999 y el 8 de junio de 2011, si bien en el período anterior, entre el 1 de noviembre de 1990 y el 31 de agosto de 1999 lo había hecho para el Institut Germans Maristes General y con anterioridad entre el 1 de octubre de 1981 y el 36 de octubre de 1990 en Col·legi Maristes de Les Corts General. La FUNDACIÓ CHAMPAGNAT, FUNDACIÓ PRIVADA es la titular del Colegio Maristas Sants-Les Corts desde el día 1 de octubre de 2011, por traspaso de titularidad y subrogándose en todas las obligaciones y derechos del Colegio Maristas Sants Les Corts (folio 281). GENERALI ESPAÑA, S.A. DE

SEGUROS Y REASEGUROS tiene contratado con Provincia Marista de L'Hermitage póliza de seguro de responsabilidad civil desde el 1 de diciembre de 2005.

Joaquín Benítez Peña, disponía del uso de un cuarto como despacho y en el que también había una camilla y un lavabo. Aprovechando su ascendencia y jerarquía como profesor de educación física, y de la confianza que los alumnos tenían por ello depositada en él, realizó los siguientes hechos:

1.- Durante el primer y segundo trimestre del curso escolar 2008-2009, en fechas no determinadas, y conociendo que el alumno xxx, nacido el 14 de octubre de 1994, tenía ciertos problemas en la espalda por escoliosis, llegó a obtener de sus padres un justificante por el que se le autorizaba para realizarle masajes. Con este amparo, requería al alumno para que fuera a su despacho que, estando los dos dentro, cerraba con un pasador, y le hacía tumbarse en la camilla. Siempre sin su consentimiento, le masajeaba la espalda y aprovechaba para rozar sus genitales, sentar al alumno en sus piernas y moverse, hacerle masturbaciones, felaciones e, incluso, obligarle a practicarle penetraciones. Dichas acciones se repitieron en múltiples ocasiones a lo largo del curso de primero de ESO que el alumno había repetido. Tales hechos cesaron cuando el alumno se marchó del colegio. Han producido en xxx un grave impacto emocional y psicológico, que se sumó al que ya venía sufriendo y han influido negativamente en su desarrollo madurativo como persona. En la actualidad continúa presentando una clínica adaptativa consistente en aumento de la ansiedad y agravación del insomnio.

2.- Durante el primer semestre del curso 2007-2008 y con ocasión de que yyy, nacido el 27 de septiembre de 1993, que cursaba 2º de ESO, se hiciera durante la clase de educación física una lesión en el muslo, Joaquín Benítez Peña le indicó que fuera a su despacho después de la ducha. Ya en el interior, y con la puerta cerrada, le dijo que se quitara los pantalones. Realizó masaje por la zona lesionada y poco a poco fue introduciendo su mano por dentro de los calzoncillos, se los bajó y, sin el consentimiento del menor, le realizó una felación al alumno. Yyy tuvo un primer impulso de querer levantarse y el procesado hizo presión encima de él, por lo que entendió que era mejor quedarse quieto. Cuando terminó, Joaquín Benítez fue a lavarse a la pila, momento que aprovechó el alumno para vestirse. Joaquín Benítez acompañó a yyy a la calle, le dijo que no dijera nada, que ya se verían al día siguiente y le dio diez (10.-) euros. A partir de ese momento yyy procuró no quedarse más a solas con el procesado, pese a que él le insistió alguna vez. Joaquín Benítez dejó de tener por el alumno la preocupación e interés previa a los hechos. Estos han producido un importante impacto emocional e influencia negativa en el desarrollo madurativo de yyy, que si bien no ha precisado de tratamiento psiquiátrico, llega en su afectación hasta la actualidad con una clínica adaptativa consistente en aumento de la ansiedad, irritabilidad e insomnio.

3.- Durante el curso 2006-2007, y aprovechado la relación de confianza que tenía con zzz, nacido el 8 de abril de 1994, como alumno destacado en la asignatura de Ecuación Física, le realizó sin su consentimiento diversos tocamientos de índole sexual. Una primera vez y como el alumno había indicado que tenía dolor de espalda, le dijo que fuera a su despacho después de la clase. Dentro del despacho le hizo quitarse la camiseta e inclinarse. Le masajeó la espalda desde los hombros, hasta llegar a la zona lumbar y le bajó los pantalones y le masajeó el culo. Otro día y como quiera que zzz tenía dolor en las lumbares, en el despacho, y colocado detrás le dijo "te crujiré la espalda" y, mientras realizaba dicha maniobra, aprovechó para rozarse con el alumno sus partes íntimas. Igualmente, y con ocasión de que el alumno tenía un tirón en los gemelos, le dijo que fuera al despacho después de clase; En el interior, y tumbado en la camilla le hizo un masaje que fue subiendo por la entrepierna hasta la ingle y rozando los testículos y el pene del menor con la mano, momento en que éste dijo "vale, vale" y se fue de allí. En otra ocasión, en el pasillo del colegio le cogió por la cintura y aprovechó para tocarle los genitales. Desde que zzz se marchó del despacho el procesado Joaquín Benítez cambió su relación con él puesto que pasó de ser un alumno que era tomado como ejemplo a ignorarle en clase. Eso lo produjo un efecto de desconfianza y rechazo si bien no le han quedado secuelas.

4.- También durante el curso 2006-2007, en fecha no determinada, y dado que el alumno aaa, nacido el 10 de febrero de 1993, tenía una lesión en los abductores, le recomendó que fuera a su despacho para darle masajes. Dentro del despacho cerrado, le hizo quitarse los pantalones y tumbarse en la camilla. Comenzó a hacerle un masaje terapéutico normal hasta que le pidió que se desnudara totalmente. El menor accedió pero se quedó ya paralizado. El procesado empezó a masajearle la zona lesionada y, sin el consentimiento del menor, pasó a tocar sus genitales y realizarle una masturbación. Aaaa pidió ir al baño, se puso la ropa, fue al baño y se marchó de allí. Después continuó con su vida normal como si no hubiera pasado. No constan secuelas.».

## 2. La Audiencia de instancia emitió el siguiente pronunciamiento:

«LA SALA DECIDE: Que DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Joaquín Benítez Peña como autor responsable de los siguientes delitos, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal:»

1.- De un delito continuado de abuso sexual del artículo 181.1 en relación con artículo 182.1 y 2 y art. 180.1.4<sup>o</sup> del Código Penal cometido sobre la persona de .XXX, por el que se le imponen las penas de NUEVE AÑOS Y TRES MESES DE PRISIÓN, inhabilitación especial para ejercicio de la profesión docente por tiempo de cinco años y dos meses; y prohibición de comunicación y de aproximación a distancia inferior a 500 metros de la persona de XXX,

domicilio, lugar de residencia o cualquier otro que frecuente por tiempo de diecisiete años y tres meses.

2.- De un delito de 'abuso sexual del artículo 181.1 en relación con art. 182.1 y 2 y art. 180.1.4º del Código Penal cometido sobre la persona de YYY, por el que se le imponen las penas de OCHO AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para ejercicio de la profesión docente por tiempo de cuatro años; y prohibición de comunicación y de aproximación a distancia inferior a 500 metros de la persona de YYY, domicilio, lugar de residencia o cualquier otro que frecuente por tiempo de trece años.

3.- De un delito continuado de abuso sexual del artículo 181.1 y 4 en relación con art. 180.1.4ª del Código Penal cometido sobre la persona de ZZZ, se le impone la pena de PRISIÓN DE DOS AÑOS Y SEIS MESES, inhabilitación especial para ejercicio de la profesión docente por tiempo de cuatro años, siete meses y quince días; y prohibición de comunicación y de aproximación a distancia inferior a 500 metros de la persona de ZZZ, domicilio, lugar de residencia o cualquier otro que frecuente por tiempo de nueve años y seis meses.

4.- De un de abuso sexual del artículo 181.1 y 4 en relación con art. 180.1.4º del Código Penal cometido sobre la persona de AAA, por el que se le imponen las penas de DOS AÑOS DE PRISIÓN, inhabilitación especial para ejercicio de la profesión docente -por tiempo de seis meses; y prohibición de comunicación y de aproximación a distancia inferior a 500 metros de la persona de AAA, domicilio, lugar de residencia o cualquier otro que frecuente por tiempo de cuatro años.

Se fija límite máximo de cumplimiento de las penas de prisión en veinte años.

En concepto de responsabilidad civil, Joaquín Benítez Peña, deberá indemnizar a XXX en la cantidad de SESENTA MIL (60.000.-) EUROS, a YYY en la cantidad de CUARENTA MIL (40.000.-) EUROS, a ZZZ en la cantidad de DIEZ MIL (10.000.-) EUROS, y a AAA en la cantidad de DIEZ MIL (10.000.-) EUROS.

De dichas cantidades responden también, como responsable civil directo, GENERALI ESPAÑA, S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, como responsable civil subsidiario, FUNDACIÓN CHAMPAGNAT».

**3.** Notificada la sentencia, las representaciones procesales de Joaquín BENÍTEZ PEÑA y GENERALI ESPAÑA, S. A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, interpusieron sendos recursos de apelación ante la Sala de lo

Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, formándose el rollo de apelación 157/2019. En fecha 14/05/2020 el citado tribunal dictó sentencia número 100, cuyo fallo es del tenor literal siguiente:

«La SECCIÓN DE APELACIONES de LA SALA DE LO CIVIL Y PENAL del TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE CATALUÑA ha decidido:

1. **DESESTIMAR** el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal del acusado y condenado en la instancia D. **Joaquín BENÍTEZ PEÑA** contra la sentencia dictada por la Sección Vigésimoprimera de la Audiencia Provincial de Barcelona en fecha veinticinco de abril de dos mil diecinueve, en su Rollo de apelación de sumario núm. 13/2016, dimanante de la causa de igual clase núm. 1/2016 del Juzgado de instrucción núm. 6 de Barcelona;

2. **DESESTIMAR** asimismo el recurso de apelación interpuesto por la responsable civil directa **GENERALI ESPAÑA S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS** contra la indicada sentencia; y

3. **DECLARAR** de oficio las costas de esta apelación.».

4. Contra la anterior sentencia, la representación procesal de Joaquín BENÍTEZ PEÑA y GENERALI ESPAÑA, S. A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, anunciaron su propósito de interponer recurso de casación por infracción de precepto constitucional e infracción de ley, recurso que se tuvo por preparado remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

5. El recurso formalizado por Joaquín BENÍTEZ PEÑA, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Por Infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 852 de la Ley Enjuiciamiento Criminal y 5.4 Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del artículo 24.2. de la Constitución relativo a la presunción de inocencia.

2. Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1. Ley Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida del artículo 74 del Código Penal en relación con los artículos 181.3. y 181.1. 4. del mismo cuerpo legal.

3. Por infracción de Ley, al amparo del artículo 849.1. Ley Enjuiciamiento Criminal, por aplicación indebida de los artículos 181.1. en relación con el artículo 182.1. y 2. 180.1.4<sup>a</sup> . por inaplicación del artículo 183.1. y 2. del Código Penal

El recurso formalizado por GENERALI ESPAÑA, S. A. DE SEGUROS Y REASEGUROS, se basó en los siguientes MOTIVOS DE CASACIÓN,

1. Por infracción de ley, al amparo del artículo 847, 1 a) 1º Ley de Enjuiciamiento Criminal, del artículo 117 del Código Penal en relación a los artículos 1, 19, 73 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro.

6. Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, en escrito de 30/11/2020, solicitó la inadmisión e impugnó de fondo los motivos del recurso e interesó su desestimación. La representación procesal del Ayuntamiento de Barcelona solicitó tenerla por opuesta la admisión o estimación de los motivos de recursos interpuesto y el abogado de la Generalitat de Cataluña solicitó inadmisión del recurso y, subsidiariamente, desestimando el mismo. Tras admitirse por la Sala, quedaron conclusos los autos para señalamiento del fallo cuando por turno correspondiera. Y hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la votación prevenida el día 22/06/2022 que, dados los temas a tratar, se prolongó hasta el día de la fecha.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO

1. Frente a la sentencia número 100/2020, de 14 de mayo de 2020, dictada por la Sección de Apelaciones de la Sala de lo Penal y Civil del Tribunal Superior de

Cataluña, se ha interpuesto recurso de casación, en el que se articulan tres motivos de casación.

En el primero de los motivos, a través de la vía casacional del artículo 852 de la LECrim se denuncia la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

En el desarrollo argumental del motivo no se cuestionan los hechos que han sido reconocidos por el acusado, como es el caso de las felaciones realizadas a dos de los menores, pero sí los demás hechos que se le atribuyen, bien porque han sido negados, bien porque el acusado ha manifestado no recordar los detalles.

Entiende la defensa que los hechos no reconocidos carecen de corroboración, sin que puedan tener tal consideración las secuelas de los menores, dado que éstas pueden tener otro origen o causa. Se alega también que la sentencia construye los hechos afirmando que los menores fueron engañados sin prueba alguna que lo acredite por lo que, al menos, las condenas referidas a ZZZ y AAA carecen de soporte probatorio.

Antes de dar respuesta a este motivo resulta obligado precisar el ámbito de control que como tribunal de casación nos corresponde cuando, como en este caso, se demanda un pronunciamiento acerca de si se ha respetado o no el derecho a la presunción de inocencia del acusado.

La instauración de la segunda instancia previa al recurso de casación, plantea una reformulación del contenido revisor que esta Sala debe realizar cuando se invoca el derecho fundamental a la presunción de inocencia. El recurso se estructura sobre una causa enjuiciada por un tribunal, que con inmediación ha percibido la prueba practicada. En una segunda instancia ha sido revisado, en los términos que las partes han querido invocar, sobre el contenido del derecho fundamental alegado u otros aspectos del enjuiciamiento o de la subsunción. De esta manera el contenido esencial del derecho queda





satisfecho a partir de la valoración de la prueba por el tribunal de primera instancia y del tribunal de apelación con las posibilidades de reiteración de prueba que la ley dispone. En casación, ya no es posible la práctica de prueba, no concurre la precisa inmediación en la percepción de la prueba y, por lo tanto, el ámbito de revisión sólo puede realizarse sobre lo que hemos denominado estructura racional de la prueba, que permite a la Sala constatar la existencia de la prueba y la correcta valoración de la prueba en los términos de racionalidad que establece el artículo 741 de la LECrim.

Este límite tiene sentido porque la sentencia de apelación ya da cumplimiento a la exigencia contenida en el artículo 14.5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que reconoce el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal superior (SSTS 251/2019, de 4 de julio y 349/2019, de 4 de julio, entre las más recientes) por lo que lo que procede es revisar a través de la casación si el órgano de apelación ha dado una respuesta razonable y acorde con las exigencias legales y jurisprudenciales, tanto en lo que se refiere a la valoración, como a la suficiencia de la prueba.

Proyectando estas consideraciones al caso que centra nuestra atención resulta obligado reconocer que difícilmente se puede añadir nada a la revisión de la valoración probatoria realizada en la sentencia de apelación (FJ 3º), en la que se dio contestación a una alegación similar a la que ahora se formula.

Es cierto que la prueba fundamental que ha servido de fundamento a la condena son las declaraciones de las cuatro víctimas, que contaron con detalle lo que les sucedió a cada una de ellas.

Pues bien, en relación con esta clase de prueba conviene recordar que el Pleno del Tribunal Constitucional en su sentencia número 258/2007, de 18 de diciembre, seguida por muchas otras, ha establecido de forma reiterada que "[...] la declaración de la víctima, practicada normalmente en el acto del juicio oral, con las necesarias garantías procesales, puede erigirse en prueba de cargo y

que, en consecuencia, la convicción judicial sobre los hechos del caso puede basarse en ella, incluso cuando se trate del acusador (por todas, STC 347/2006, de 11 de diciembre , FJ 4) [...]". La exclusión del testigo único como prueba de cargo (*testimonium unius non valet*) es una regla propia de un sistema de prueba tasada. En cambio, un sistema basado en la valoración racional admite que la condena tenga su fundamento en un solo testigo. Por tanto, nada se puede objetar a que la sentencia condenatoria tenga como único fundamento la declaración de cada una de las víctimas, si bien el análisis valorativo de esa prueba cuando es la única o fundamental debe ser especialmente cuidadoso. La exigencia de una fundamentación objetivamente racional impide que la condena tenga como fundamento la creencia subjetiva de que el testigo no miente. No es un problema de fe sino de que el testimonio sea objetiva y racionalmente creíble.

A este respecto, esta Sala viene identificando una serie de criterios o parámetros que hacen posible o facilitan el análisis de esta clase de pruebas, en el bien entendido que no se trata de presupuestos que necesariamente deban estar presentes, ya que ello conduciría a una valoración tasada de la prueba, lo que no se compadece con el principio de libre valoración de la prueba establecido como regla general en el artículo 741 de la LECrim .

Los criterios o parámetros de valoración son lo que se viene denominando credibilidad subjetiva, credibilidad objetiva y persistencia en la incriminación.

La credibilidad subjetiva consiste en el análisis de posibles motivaciones espurias, lo que obliga a un examen del entorno personal y social del testigo en el que se han desarrollado las relaciones entre acusado y víctima. La credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio obliga a analizar la coherencia interna del testimonio, así como la existencia de elementos de corroboración externa. El último parámetro de análisis es la persistencia en la incriminación que supone tomar en consideración la ausencia o no de modificaciones

esenciales en la declaración, la concreción de ésta y la ausencia de contradicciones en las sucesivas versiones que se puedan dar.

Son criterios orientativos que permiten exteriorizar el razonamiento judicial y que hacen posible que la credibilidad que se otorgue al testimonio de la víctima no descansa en un puro subjetivismo, ajeno a todo control externo, sino en criterios lógicos y racionales. Y, según se expresa en la STS 355/2015, de 28 de mayo, "(...) Es claro que estos parámetros de valoración constituyen una garantía del derecho constitucional a la presunción de inocencia, en el sentido de que frente a una prueba única, que procede además de la parte denunciante, dicha presunción esencial solo puede quedar desvirtuada cuando la referida declaración supera los criterios racionales de valoración que le otorguen la consistencia necesaria para proporcionar, desde el punto de vista objetivo, una convicción ausente de toda duda racional sobre la responsabilidad del acusado (...)".

Precisa la resolución citada que "(...) La deficiencia en uno de los parámetros no invalida la declaración, y puede compensarse con un reforzamiento en otro, pero cuando la declaración constituye la única prueba de cargo, una deficiente superación de los tres parámetros de contraste impide que la declaración inculpatoria pueda ser apta por sí misma para desvirtuar la presunción de inocencia, como sucede con la declaración de un coimputado sin elementos de corroboración, pues carece de la aptitud necesaria para generar certidumbre (...)".

En este caso las declaraciones de los cuatro menores, víctimas de los abusos, fueron detalladas y sin contradicción. Como señala el Ministerio Fiscal en su informe, el motivo no cuestiona las declaraciones testificales de los menores –víctimas, en ninguno de los aspectos que destaca la jurisprudencia como relevantes para valorar su credibilidad. Ni se cuestiona su credibilidad subjetiva (existencia de móviles espurios que condicionen la veracidad o integridad de su relato), ni la coherencia o persistencia de las declaraciones. Se dice únicamente que carecen de corroboración externa, alegando que la

existencia de algún tipo de trastorno psíquico no puede atribuirse a los abusos, por lo que niega que los informes periciales corroboren los testimonios de los menores.

No compartimos el planteamiento de la defensa. En este caso los elementos de corroboración no se limitan a las periciales médicas que, dicho sea de paso, son por sí mismos elementos de corroboración muy relevantes.

La sentencia destaca, en primer lugar, el mismo *modus operandi* en todos o la mayor parte de los abusos.

En efecto, los distintos abusos se produjeron en unas circunstancias muy parecidas tales como que el autor era profesor de educación física de los menores; se trataba de alumnos que destacaban en su asignatura; todos ellos pertenecías a primero o segundo de la ESO; la mayor parte de los actos se produjeron en el despacho del profesor cuando los niños eran llamados después de la clase cuando habían manifestado algún tipo de dolencia física. Por tanto, el patrón de la acción delictiva fue similar. Y este dato es muy revelador para corroborar las versiones acusatorias, como así lo puso de manifiesto la sentencia de apelación, con cita de algunas sentencias de esta Sala, como las SSTS 377/2018, de 23 de julio, 298/2019, de 7 de junio y 620/2019, de 12 de diciembre).

La existencia de un *modus operandi* similar o la realización de los abusos aprovechando circunstancias similares pueden ser, como en este caso, elementos que refuercen la versión de las víctimas. Tan es así que en este caso el propio acusado, en relación con una de sus víctimas, reconoció estas circunstancias, afirmando que los encuentros sexuales con ese menor sucedieron “*como siempre*”, después de la clase de gimnasia y antes de los 12 o 13 minutos que había entre clases para ducharse y en su despacho, manifestando que “*estaba todo calculado*”.

De otro lado, la sentencia de apelación, confirmando el criterio de la de primera instancia, valoró los informes periciales acreditativos de las secuelas que los menores presentan, derivadas de los abusos sexuales sufridos.

Así, y con arreglo a lo informado por los médicos forenses y demás peritos se ha acreditado que el menor XXX sufre un trastorno de estrés postraumático compatibles con los abusos; YYY, además de la ausencia de simulación en su testimonio, se ha acreditado que sufre un trastorno similar al anterior pero de menor intensidad; respecto del menor AAA se constató la existencia de una disfunción eréctil parcial inequívocamente relacionada con el suceso denunciado y en lo relativo al menor ZZZ también una pericial acreditó la existencia de un trastorno psíquico vinculado con los hechos.

Son numerosas las resoluciones de esta Sala que atribuyen a los informes periciales acreditativos de lesiones que pudieran tener las víctimas como consecuencia de los abusos sexuales y, en general, del hecho investigado, la naturaleza de elemento de corroboración de las declaraciones de las víctimas, y es lógico. Los abusos sexuales suelen causar trastornos psicológicos a las víctimas menores de edad, como así lo explica la sentencia, por lo que su acreditación es un factor que refuerza y confirma los testimonios que afirman la existencia de los abusos.

Otro elemento de corroboración muy significativo ha sido el informe médico forense realizado sobre el acusado. Según se destaca en la sentencia impugnada, el acusado tiene una personalidad *“narcisista, sin ninguna capacidad empática, con una baja afabilidad, una alta predisposición a la dominancia y nula conciencia de anomalía, confesando tener fantasías sexuales similares a las acciones que son objeto de enjuiciamiento”*.

Por último, la declaración del propio acusado ha sido determinante, no sólo porque ha reconocido parcialmente los hechos sino porque tal reconocimiento es una evidencia objetiva de que los abusos denunciados no son una fabulación ni responden a móviles espurios de los menores que, ni

siquiera han sido invocados como una posible explicación de sus graves acusaciones.

El acusado manifestó, que no recordaba lo sucedido con ZZZ y dijo que a AAA lo masajeó, pero no recordaba que le hiciera desnudarse o que le tocara sus partes íntimas.

La sentencia, con buen criterio, destaca que no es lo mismo negar los hechos que no recordarlos. En esta última situación, la declaración de la víctima cobra mayor relevancia y credibilidad, al no ser contradicha por una versión de descargo que pueda merecer el calificativo de creíble.

En cuanto al menor XXX, aun cuando el acusado trató de minimizar la gravedad de lo sucedido diciendo que sólo fue a su despacho en tres ocasiones, reconoció que le sometió a tocamientos en sus genitales y que le hizo una felación y precisó cómo se llevaban a cabo los encuentros, dato al que hemos hecho referencia anteriormente. También reconoció que a YYY le tocó los genitales y le realizó una felación.

Como se puede apreciar, los elementos de corroboración son plurales y, frente a esa evidencia, se alega que las secuelas acreditadas pueden tener otro origen distinto, pero lo cierto es que los peritos han aseverado que las secuelas son compatibles con los abusos, por lo que carece de toda lógica suponer un origen distinto máxime cuando semejante hipótesis carece de evidencia alguna que la sostenga.

Se alega también que no hubo engaño al llevar a los menores al despacho, con el pretexto de tratar sus lesiones, ya que éstos fueron en varias ocasiones y, además, no consta que faltase el consentimiento de éstos a las prácticas sexuales. Sin embargo, la sentencia justifica que el acusado, prevaliéndose de su posición, realizó los actos sin obtener el consentimiento de los menores y sin que éstos lo expresaran nunca. Las declaraciones de las víctimas así lo evidencian y, como hemos relatado, esas declaraciones ofrecen

una sólida credibilidad no sólo por su concreto contenido y por la forma en que se produjeron, apreciada por el tribunal con inmediación, sino porque han contado con elementos de corroboración muy sólidos que las refuerzan.

En conclusión, la culpabilidad el acusado ha sido afirmada con apoyo en prueba de cargo suficiente y racionalmente valorada, lo excluye la vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

**2.** En el motivo segundo, al amparo del artículo 849.1 de la LECrim, se denuncia la indebida aplicación del artículo 74 del Código Penal, en relación con los artículos 181.3 y 181.1.4 del mismo texto legal.

**2.1** En este motivo se cuestiona la calificación jurídica de delito de abuso sexual continuado respecto de dos de los menores. En el caso de ZZZ se sostiene que en los actos de contenido sexual descritos en la sentencia impugnada no se dan las notas de clandestinidad y engaño que se predicán de la totalidad de los hechos enjuiciados, además de tratarse de hechos que no están probados porque han sido negados y no consta dato alguno de corroboración externa. En relación con los menores XXX únicamente se ha reconocido la realización de una felación por lo que tal hecho, según la tesis de la defensa, no puede constituir un abuso sexual continuado.

**2.2** Para dar respuesta a esta queja, en la que se mezclan cuestiones normativas y probatorias, debemos recordar, siguiendo la doctrina establecida de forma reiterada por este tribunal y de la que es exponente la STS 799/2017, de 11 de diciembre, entre otras muchas, que "(...) el recurso de casación cuando se articula por la vía del art. 849.1 LECrim ha de partir de las precisiones fácticas que haya establecido el Tribunal de instancia, por no constituir una apelación ni una revisión de la prueba. Se trata de un recurso de carácter sustantivo penal cuyo objeto exclusivo es plantear una discordancia jurídica con el tribunal sentenciador sobre unos hechos probados, ya inalterables. La técnica de la

casación penal exige que en los recursos de esta naturaleza se guarde el más absoluto respeto a los hechos que se declaren probados en la sentencia recurrida, ya que el ámbito propio de este recurso queda limitado al control de la juridicidad, o sea, que lo único que en él se puede discutir es si la subsunción que de los hechos hubiese hecho el Tribunal de instancia en el precepto penal de derecho sustantivo aplicado es o no correcta jurídicamente, de modo que la tesis del recurrente no puede salirse del contenido del hecho probado (...).

**2.3** Partiendo de esta premisa, y en lo que atañe a los hechos realizados sobre el menor ZZZ, el juicio histórico de la sentencia declara probada la existencia de diversos tocamientos de naturaleza sexual, no consentidos y realizados en distintas ocasiones.

Declara la sentencia cuestionada que *“(...) como el alumno había indicado que tenía dolor de espalda, le dijo que fuera a su despacho después de la clase. Dentro del despacho le hizo quitarse la camiseta e inclinarse. Le masajeó la espalda desde los hombros, hasta llegar a la zona lumbar y le bajó los pantalones y le masajeó el culo. Otro día y como quiera que AAA tenía dolor en las lumbares, en el despacho, y colocado detrás le dijo “te crujiere la espalda” y, mientras realizaba dicha maniobra, aprovechó para rozarse con el alumno sus partes íntimas. Igualmente, y con ocasión de que el alumno tenía un tirón en los gemelos, le dijo que fuera al despacho después de clase. En el interior, y tumbado en la camilla le hizo un masaje que fue subiendo por la pierna hasta la ingle y rozando los testículos y el pene del menor con la mano, momento en que éste dijo “vale, vale” y se fue de allí. En otra ocasión, en el pasillo del colegio le cogió por la cintura y aprovechó para tocarle los genitales (...)*”.

Estos hechos han sido calificados como delito continuado de abuso sexual tipificado en el artículo 181.1 y 4 en relación con el artículo 180.1.<sup>a</sup> del Código Penal vigente al tiempo de los hechos.

Los actos realizados (rozar sus partes íntimas con las del alumno, rozarle los testículos y el pene con la mano en el curso de un masaje y tocarle los



genitales) son actos de naturaleza inequívocamente sexual por el contexto en el que se produjeron y por la intención de su autor y fueron actos múltiples realizados aprovechando similares circunstancias. Este conjunto de acciones se desarrolló prevaliéndose el autor de la superioridad frente al menor, por su condición de profesor, por lo que su calificación jurídico-penal no adolece de error alguno.

En un confuso alegato se afirma que los hechos no pueden ser calificados de delito continuado porque sólo hubo un tocamiento (el producido en el pasillo del colegio) y en los restantes tocamientos a que alude la sentencia no se llevaron a cabo con clandestinidad, ya que no consta que la puerta del despacho estuviera cerrada y no consta la falta de consentimiento. Pero ya hemos dicho que no caben planteamientos que cuestionen la valoración de la prueba por lo que no puede admitirse la alegación de falta de consentimiento en los actos sexuales realizados ya que la sentencia afirma categóricamente que en todos los casos esos actos se llevaron a cabo sin el consentimiento de los menores y aprovechando el autor su ascendencia jerárquica como profesor de educación física y la confianza que por tal motivo tenían los alumnos en su profesor.

Al margen de lo anterior, el reproche que se formula no puede ser acogido. Los hechos fueron variados, tuvieron inequívocamente un marcado carácter sexual, y se aprovecharon idénticas o similares circunstancias, singularmente en los tocamientos realizados en el despacho.

Nuestra doctrina reiterada, de la que es exponente la STS. 197/2005 de 15 de febrero, viene proclamando sobre al artículos 181.1 CP que se castiga al que sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento realizase actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona.

El delito se define por la realización de actos atentatorios a la libertad sexual de otra persona, sin violencia ni intimidación y sin el consentimiento de

esta última. El tipo básico viene caracterizado por la concurrencia de los siguientes elementos:

a) Un elemento objetivo de contacto corporal o tocamiento impúdico o cualquier otra exteriorización o materialización con significado sexual, en principio sin que represente acceso carnal.

b) Ese elemento objetivo puede realizarse tanto ejecutándolo el sujeto activo sobre el cuerpo del sujeto pasivo, como con maniobras que éste realice sobre el cuerpo de aquél, siempre que éstas se impongan a personas incapaces de consentir libremente.

c) Un elemento subjetivo o tendencial, que tiñe de antijuridicidad la conducta y que se expresa en el clásico "ánimo libidinoso" o propósito de obtener una satisfacción sexual.

Y cuando el autor actúe prevaliéndose de una relación de superioridad, como la existente entre profesor y alumno, el delito se agrava conforme a lo establecido en el entonces vigente artículo 180.1.4 CP.

Todas estas notas se dan en los hechos sobre los que se formula la queja que, por lo mismo, está destinada al fracaso.

Se censura, por último, la aplicación de la continuidad delictiva. El delito continuado es una figura jurídica que incorpora varias unidades típicas de acción, que al darse los supuestos subjetivos y objetivos previstos en el artículo 74 CP, se integran a una unidad jurídica de acción (STS 409/2019, de 19 de septiembre y 509/2017, de 4 de julio, entre otras). El delito continuado aparece constituido por varias realizaciones típicas individuales que acaban siendo abrazadas en una unidad jurídica a la que, por su intensificación del injusto, se aplica una pena agravada con respecto al delito único propio de la unidad típica de acción. Para ello tiene en cuenta el legislador que las acciones obedezcan a un plan preconcebido o al aprovechamiento de idéntica ocasión, así como a la

homogeneidad de la infracción de la misma norma penal o a preceptos de igual o semejante naturaleza. De no darse tales condiciones, las acciones habrían de subsumirse en un concurso real de delitos.

En este supuesto se cumplen todas las exigencias para la aplicación de la continuidad delictiva. En cada caso el sujeto pasivo de las agresiones fue el misma menor y las distintas agresiones, si bien se produjeron en un periodo dilatado de tiempo, se ejecutaron aprovechando la asistencia a la clase de educación física, la asistencia terapéutica que el profesor ofrecía a los alumnos que se lesionaban, así como la cercanía y ascendiente que el profesor tenía con sus alumnos.

**2.4** En cuanto al menor XXX el relato de hechos probados de la sentencia impugnada describe que también con el pretexto de dar masajes terapéuticos el acusado *“requería al alumno para que fuera a su despacho que, estando los dos dentro, cerraba con un pasador, y le hacía tumbarse en la camilla. Siempre sin su consentimiento, le masajeaba la espalda y aprovechaba para rozar sus genitales, sentar al alumno en sus piernas y moverse, hacerle masturbaciones, felaciones e, incluso, obligarle a practicarle penetraciones. Dichas acciones se repitieron en múltiples ocasiones a lo largo del curso de primero de ESO que el alumno había repetido”*.

Estos hechos han sido calificados como delito continuado de abuso sexual del artículo 181.1, en relación con los artículos 181.1 y 2 y 180.1.4 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos y tampoco apreciamos error alguno en su subsunción normativa. Se llevaron a cabo un conjunto de actos de naturaleza inequívocamente sexual como rozar los genitales, masturbaciones, felaciones y penetraciones anales. Se produjeron accesos anales y bucales y los hechos se ejecutaron con prevalimiento por la superioridad derivada de la condición del autor de ser profesor del menor.

Estos son los hechos que describe la sentencia y son lo que han de tomarse en consideración para realizar el juicio de tipicidad. En este motivo

casacional no cabe cuestionar la valoración probatoria realizada en la sentencia impugnada, ya que el juicio histórico ha de ser respetado escrupulosamente y no cabe tampoco realizar la subsunción normativa a partir de los hechos que la parte estime como sucedidos, por lo que todas las alegaciones realizadas en este sentido no pueden ser admitidas.

**2.5** Como conclusión, en ambos casos, partiendo de los hechos probados que hemos transcrito, no apreciamos error alguno en la calificación jurídica realizada tanto por el tribunal de primera instancia como por el tribunal de apelación. En ambos casos se refieren distintos actos de naturaleza sexual no consentidos, realizados en el contexto de una relación escolar y en su mayor parte de forma clandestina cuando profesor y alumnos estaban solos.

El motivo se desestima.

**3.** En el tercer apartado del recurso, por el cauce casacional del artículo 849.1 de la LECrim, se censura el juicio de tipicidad de la sentencia por la indebida aplicación del artículo 181.1 y 2 y 180.1.4 (abusos sin acceso carnal) y se alega que debiera haberse aplicado el artículo 183.1 y 2 del Código Penal vigente al tiempo de los hechos abusos sexuales con o sin acceso carnal mediante engaño).

En un farragoso alegado se viene a decir que en los hechos referidos a los menores XXX, YYY y AAA no se consigna manifestación verbal alguna de negativa u oposición al desarrollo de los hechos de índole sexual, ni intentos de huida, por lo que hubo consentimiento. Y se señala que el engaño urdido para atraer a los jóvenes a su despacho en el caso de XXX, AAA y ZZZ absorbe la falta de consentimiento y no, como indica la sentencia, que tuviera como única finalidad atraerlos a un lugar propicio para luego abusar de ellos. Se señala que incluso en el caso de ZZZ fue hasta tres veces al despacho para ser atendido de sus dolencias y el propio menor manifestó en el juicio que no el profesor no le obligó a hacer ninguna cosa que no quisiera. Se abunda en la idea de que tampoco los informes periciales han acreditado la falta de consentimiento que la

sentencia declara y que ha servido de base a una errónea calificación jurídica de los hechos

Ya hemos dicho que cuando se articula el motivo de casación a través del artículo 849.1 de la LECrim deben respetarse escrupulosamente los hechos probados, por lo que en la medida en que no se atiende a esa exigencia el motivo está destinado al fracaso.

En este caso los hechos declaran que los distintos actos sexuales se produjeron *“sin consentimiento de los menores”* y también se declara que el autor aprovechó la asistencia de los menores a la clase de educación física, la asistencia terapéutica que el profesor ofrecía a los alumnos que se lesionaban, así como la cercanía y ascendiente que tenía con sus alumnos.

La sentencia descarta con buen criterio que en los abusos sexuales mediara engaño. Afirma la sentencia que *“una cosa es que se cite en el despacho y el menor acuda para que le miren la lesión en la pierna, que sería el hecho consentido, y otra que aprovechando el examen realice tocamientos y una felación. El engaño no habría servido para obtener el consentimiento viciado sobre un acto sexual, sin para propiciar el contexto en el que realizar el abuso y facilitar su comisión”*.

Y la sentencia impugnada también declara que los abusos fueron no consentidos y que el engaño urdido lo fue para propiciar la situación en la que realizar la acción ilícita. Y señala que en todos los casos la acción se produjo mediante prevalimiento de la relación de dependencia y, a la vez, de ascendencia, existente entre los menores y el profesor.

Por lo tanto, la subsunción normativa realizada en la sentencia es conforme a derecho. Se pretende una revisión de la misma sin respetar los hechos probados, lo que no es factible por la vía casacional del artículo 849.1 de la LECrim, que obliga a realizar la subsunción no en función de los hechos

que la parte crea precedentes sino en atención a los hechos proclamados en el juicio histórico.

El motivo se desestima.

## **RECURSO DE GENERALI ESPAÑA S.A. DE SEGUROS Y REASEGUROS**

4. La aseguradora, declarada responsable civil directo en la sentencia impugnada, articula un único motivo de censura contra esa sentencia. Entiende vulnerados los artículos 847.1 a) 1º de la LECrim, en relación con los artículos 1, 19, 73 y 76 de la Ley del Contrato del Seguro.

4.1 Entiende la aseguradora que los hechos enjuiciados fueron causados mediante dolo directo y en tal situación la póliza de seguros no presta cobertura a un evento de semejante naturaleza, conforme a lo previsto en la “cláusula particular 05 Responsabilidad civil de Explotación A) Riesgo cubierto a.1 (hora 4 de 17” y del apartado B) en el que se concreta el riesgo por la actividad de la Dirección y del profesorado. La citada póliza cubre los actos perjudiciales frente a terceros de carácter involuntario (imprudentes), quedando excluidos los actos dolosos. Por otro lado, cubre los actos vinculados con la explotación del negocio, con la actividad ordinaria de un centro de enseñanza. Específicamente en la citada cláusula B se establece como riesgo de cobertura los daños causados por el “desempeño de sus funciones como centro educativo, imputables por negligencia a la Dirección del profesorado, servicios auxiliares y/o subalternos del mismo por el ejercicio de sus cometidos respectivos”.

En el recurso se cita abundante jurisprudencia en apoyo de su tesis que contradice frontalmente las SSTS 20/03/2013 y 02/02/2019 que han servido de soporte al pronunciamiento de la sentencia.

El motivo es inviable. Plantea dos objeciones a la declaración de responsabilidad civil directa de la aseguradora que ya han sido desestimadas

por esta Sala mediante una doctrina reiterada en interpretación del artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro.

**4.2** Se arguye, en primer lugar, que el dolo directo en la comisión del delito excluye la responsabilidad del asegurador, conforme a lo expresamente pactado en las cláusulas del contrato de seguro a que antes hemos hecho mención.

Esta Sala viene insistiendo en que ese tipo de cláusulas carecen de eficacia frente al perjudicado y únicamente operan en la relación interna entre asegurador y asegurado. El perjudicado puede exigir el pago de la indemnización de daños y perjuicios conforme al artículo 76 de la Ley del Contrato de Seguro, sin perjuicio del derecho de repetición que compete a la aseguradora frente al asegurado.

La STS 212/2019, de 23 de abril, citada en el recurso, es suficientemente expresiva del criterio de esta Sala, que ha sido confirmado en otras sentencias posteriores, como la más reciente STS 874/2021, de 15 de noviembre.

Los argumentos que sustentan nuestra posición no quedan enervados en modo alguno por las alegaciones del recurso que se limitan a reproducir argumentos ya contradichos por nuestra sentencia. Basta, por tanto, reiterar el contenido de nuestra doctrina. En la citada STS 212/2019, dijimos lo siguiente:

*El art. 117 del C. Penal dispone que "(...) Los aseguradores que hubieren asumido el riesgo de las responsabilidades pecuniarias derivadas del uso o explotación de cualquier bien, empresa, industria o actividad, cuando, como consecuencia de un hecho previsto en este Código, se produzca el evento que determine el riesgo asegurado, serán responsables civiles directos hasta el límite de la indemnización legalmente establecida o convencionalmente pactada, sin perjuicio del derecho de repetición contra quien corresponda". La literalidad del precepto permite entender, como se ha hecho, que la referencia a un hecho previsto en este código incluye tanto los hechos dolosos como los*

*imprudentes. Partiendo de esa constatación, la jurisprudencia ha afirmado que la exclusión de la posibilidad de asegurar el dolo significa que la compañía de seguros no estará obligada en ningún caso a indemnizar al asegurado por los daños causados dolosamente por el mismo, pero que ello no implica que, por razones de tipo social, venga obligada a indemnizar al tercero perjudicado en esos casos, sin perjuicio de repetir contra el asegurado. De esta forma, éste no se beneficia de su propia conducta dolosa, y la víctima tampoco resulta perjudicada por la acción de aquel, ejecutada dentro del ámbito previsto en una póliza de seguros de responsabilidad civil.*

*En la STS nº 526/2018, de 5 de noviembre, se señalaba que, en estos casos, el precepto específico que debe ser aplicado es el art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, según el cual " El perjudicado o sus herederos tendrán acción directa contra el asegurador para exigirle el cumplimiento de la obligación de indemnizar, sin perjuicio del derecho del asegurador a repetir contra el asegurado, en el caso de que sea debido a conducta dolosa de éste, el daño o perjuicio causado a tercero.*

*La acción directa es inmune a las excepciones que puedan corresponder al asegurador contra el asegurado. El asegurador puede, no obstante, oponer la culpa exclusiva del perjudicado y las excepciones personales que tenga contra éste. A los efectos del ejercicio de la acción directa, el asegurado estará obligado a manifestar al tercero perjudicado o a sus herederos la existencia del contrato de seguro y su contenido".*

*Y dice a continuación: "Esta norma es interpretada por la Jurisprudencia, tal como se especifica en la STS 338/2011, de 16 de abril, en el sentido de que, tratándose de riesgos cubiertos por seguro voluntario frente a terceros perjudicados, esta Sala tiene establecido que ni se excluye la responsabilidad por actos dolosos del asegurado, dentro de los límites de cobertura pactados, ni el asegurador puede hacer uso de las excepciones que le corresponderían frente a este último ( SSTS 707/2005, de 2-6; y 2009, de 27-2). Y en la sentencia 232/2008, de 24 de abril , se argumenta, a la hora de compatibilizar lo dispuesto en los arts. 1, 19, 73 y 76 de la Ley de Contrato de Seguro con lo que se preceptúa en el art. 117 del C. Penal , que aquellos preceptos han de referirse a las relaciones de las partes contratantes, pero no en lo que respecta,*



*tratándose de seguros voluntarios, a la protección de las víctimas, frente a las que deberán responder directamente los aseguradores.*

*Por lo tanto, la referida cláusula que cita la entidad aseguradora -remarca la sentencia 338/2011 - no puede oponerse frente a la víctima o el tercero perjudicado. Su ámbito de eficacia ha de circunscribirse a las relaciones internas entre el asegurador y el asegurado, pero no con respecto a las terceras personas que resultaron perjudicadas por el siniestro, las cuales tienen derecho a reclamar directamente a la compañía aseguradora, sin perjuicio de que ésta después repercuta el pago contra el asegurado o contra la persona causante del siniestro con su conducta dolosa.*

*En la sentencia 365/2013, de 20 de marzo , que profundiza en todo lo referente al alcance, objetivo y funciones del art. 76 de la Ley de Contrato de Seguro, se dice que " No se trata de sostener la asegurabilidad del dolo -que no cabe- sino de indagar si el legislador de 1980, junto a ese principio general que se respeta en su esencialidad, ha establecido una regla en el sentido de hacer recaer en el asegurador la obligación de indemnizar a la víctima de la conducta dolosa del asegurado. El automático surgimiento del derecho de repetición frente al causante del daño salva el dogma de la inasegurabilidad del dolo: nadie puede asegurar las consecuencias de sus hechos intencionados. Faltaría la aleatoriedad característica el contrato de seguro. Lo que hace la Ley es introducir una norma socializadora y tuitiva (con mayor o menor acierto) que disciplina las relaciones de aseguradora con víctima del asegurado. La aseguradora al concertar el seguro de responsabilidad civil y por ministerio de la ley (art. 76 LCS) asume frente a la víctima (que no es parte del contrato) la obligación de indemnizar todos los casos de responsabilidad civil surgidos de la conducta asegurada, aunque se deriven de una actuación dolosa. En las relaciones internas y contractuales con el asegurado no juega esa universalidad: la responsabilidad civil nacida de un hecho intencionado ha de repercutir finalmente en el asegurado. Pero el riesgo de insolvencia de éste la ley quiere hacerlo recaer sobre la aseguradora y no sobre la víctima.*

*La acción directa otorga a la víctima un derecho propio que no deriva solo del contrato sino también de la ley. Por tanto no se ve afectado por las exclusiones*

*de cobertura. Al asegurador sólo le queda la vía del regreso. Que el regreso fracase por insolvencia del asegurado es parte de su riesgo como empresa".*

*(...) "Y es que cabalmente el art. 76 LCS rectamente entendido solo admite una interpretación a tenor de la cual la aseguradora, si no puede oponer el carácter doloso de los resultados (y según la norma no puede oponerlo en ningún momento: tampoco si eso está acreditado) es que está obligada a efectuar ese pago a la víctima, sin perjuicio de su derecho de repetir. Lo que significa en definitiva, y eso es lo que quiso, atinadamente o no, el legislador, es que sea la aseguradora la que soporte el riesgo de insolvencia del autor y nunca la víctima. El asegurado que actúa dolosamente nunca se verá favorecido; pero la víctima tampoco se verá perjudicada.*

*Legalmente se asigna al seguro de responsabilidad civil una función que va más allá de los intereses de las partes contratantes y que supone introducir un factor de solidaridad social. La finalidad de la prohibición del aseguramiento de conductas dolosas (art. 19) queda preservada porque el responsable por dolo es en definitiva la persona a la que el ordenamiento apunta como obligado al pago. Pero frente a la víctima, la aseguradora no puede hacer valer esa causa de exclusión. El dogma "el dolo no es asegurable" permanece en pie. Cosa diferente es que modernamente el contrato de seguro de responsabilidad civil haya enriquecido su designio primigenio como instrumento de protección del patrimonio del asegurado. La ley le ha adosado otra función: la protección del tercero perjudicado. Si se quiere, es un riesgo no cubierto. No hay inconveniente en aceptarlo. Pero la ley -art 76- por razones de equidad ha querido expresamente obligar al asegurador al pago frente al tercero. La exclusión del riesgo en este caso, por voluntad explícita de la ley, solo hace surgir el derecho de regreso".*

*Se pronuncia en esta misma línea hermenéutica la sentencia de esta Sala 805/2017, de 11 de diciembre ("caso Madrid-Arena").".*

*Esta es la doctrina de la Sala, y, por lo tanto, la regla de no asegurabilidad del dolo no conduce a excluir la obligación de la compañía aseguradora de indemnizar a los terceros perjudicados, sin perjuicio de su derecho de repetición contra el asegurado causante doloso de los daños o perjuicios indemnizados.*

**4.3** Como segundo argumento impugnativo se viene a decir que de la misma manera que en materia de responsabilidad civil y seguro en la circulación de vehículos a motor es excluye de cobertura la utilización del vehículo como instrumento del delito, en las restantes actividades habrá de determinarse cuál sea la actividad objeto de cobertura y si determinadas conductas realizadas dolosamente se apartan objetivamente de la actividad asegurada.

En este caso, los abusos sexuales se produjeron en el ámbito académico, dentro de las instalaciones y horario escolar, cuando el autor ejercía su condición de profesor de los menores, aprovechando su ascendiente sobre ellos y los medios y oportunidad que le ofrecía el ejercicio de su actividad académica, por lo que los hechos se produjeron en el ámbito de la “explotación del centro de enseñanza descrito en las condiciones particulares” y como consecuencia del “desempeño de las funciones del centro educativo” por parte de uno de los profesores del centro.

No cabe la exclusión del riesgo de cobertura mediante una aplicación analógica del artículo 1.6 del Texto refundido de la Ley sobre Responsabilidad Civil y Seguro en la circulación de vehículos de motor, que no considera hecho de la circulación y, por tanto, excluye de la cobertura del seguro obligatorio “la utilización del vehículo a motor como instrumento de la comisión de delitos dolosos contra las personas y los bienes”.

Se trata de una norma singular que no es extrapolable a otras actividades. La sentencia antes referida, con cita de otra anterior (1077/2009, de 3 de noviembre) lo explica con claridad. Argumenta lo siguiente:

“lo decisivo no es tanto la presencia de dolo directo en la conducta sino la determinación del concepto de “hecho de la circulación”, que a estos efectos no es identificable con todo suceso relacionado con la circulación de un vehículo, o con una acción realizada aprovechando que el vehículo es un objeto que circula. Quedarán incluidos los casos en los que, circulando un vehículo se cree un peligro no autorizado que después llega a concretarse en un daño o

lesión, pero no será considerado hecho de la circulación el empleo del vehículo como instrumento, con dolo directo, encaminado a la causación del daño ....El seguro obligatorio tiende a proteger a las víctimas de los daños causados por una conducta de riesgo como es la circulación de vehículos de motor; pero es el legislador, que lo establece como elemento de protección, quien ha decidido excluir de su ámbito indemnizatorio a las víctimas de acciones dolosas en las que el vehículo haya sido utilizado como instrumento directo.

Por lo tanto, debe concluirse que la exclusión de esas conductas dolosas del concepto de "hecho de la circulación" se debe a una decisión del legislador dirigida al ámbito concreto para el que se adopta, sin que ello signifique que sea extensible a cualquier otro ámbito, aunque sea el propio de otros seguros de suscripción obligatoria, de los que el legislador no ha considerado oportuno excluir determinadas conductas".

Al igual que en el caso de la sentencia que acabamos de citar, "no existe en la regulación legal del seguro concertado por la recurrente ninguna norma que excluya expresamente determinadas conductas, ni puede decirse que concurren en la actividad asegurada en este caso las mismas características que explican la decisión del legislador respecto de la responsabilidad civil derivada de la circulación de vehículos de motor. Una extensión general del tipo de la pretendida por la recurrente dejaría sin efecto, también con carácter general, las previsiones del primer párrafo del artículo 76 de la Ley de Contrato de Seguro, en la medida en la que, ejecutándose la conducta con dolo directo, nunca sería procedente la indemnización al tercero perjudicado y, por lo tanto, nunca existiría, por lo tanto, la posibilidad de repetición contra el asegurado prevista expresamente en dicho artículo. Por lo tanto, no se considera procedente extender a cualquier clase de seguro obligatorio la exclusión prevista para los casos relacionados con la circulación de vehículos de motor cuando se trate de supuestos no incluibles en lo que se considera "hecho de la circulación".

El motivo, en consecuencia, se desestima.

5. De conformidad con el artículo 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse a los recurrentes las costas derivadas de sus respectivos recursos de casación.

## FALLO

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

1.º **Desestimar** los recursos de casación interpuestos por JOAQUÍN BENÍTEZ PEÑA y de GENERALI ESPAÑA SA DE SEGUROS Y REASEGUROS contra la sentencia número 100/20, de 14 de mayo de 2020, de la Sección de Apelaciones de la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña.

2.º Condenar a los recurrentes al pago de las costas procesales causadas por sus respectivos recursos.

Comuníquese dicha resolución al tribunal de procedencia, con devolución de la causa en su día remitida.

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

Así se acuerda y firma.

Manuel Marchena Gómez      Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

Andrés Palomo Del Arco

Eduardo de Porres Ortiz de Urbina      Ángel Luis Hurtado Adrián

