

Nº: 305/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Martín Pallín

Fallo: 28/10/2010

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

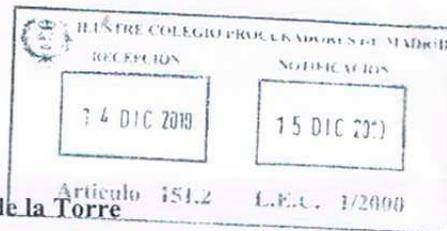
M^º EUGENIA CARMONA ALONSO
Procuradora de los Tribunales
Colegiada nº 1130
Puerto de la Cruz Verde, 1 - 4^º
28045 Madrid
Tel./Fax: 91 927 26 43
eugenia.carmona@gmail.com

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SENTENCIA Nº: 1002/2010

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Alberto Jorge Barreiro
D. José Antonio Martín Pallín



En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Noviembre de dos mil diez.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los **recursos de casación** por infracción de ley, interpuestos por el **ABOGADO DEL ESTADO**, en representación del procesado **M [REDACTED]** y la Acusación particular **B [REDACTED]** contra sentencia dictada por la **Audiencia Provincial de Álava, Sección 2ª**, que lo **condenó por delito de abuso en el ejercicio de su función-solicitud sexual por parte de un funcionario de Instituciones penitenciarias**. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, estando el procesado recurrente defendido por el Abogado del Estado y la Acusación particular recurrente representada por la Procuradora Sra. Carmona Alonso; ha comparecido como recurrido, Carlos Ernesto Hernández Hernández, coordinador de la asociación SALHAKETA, representado por la Procuradora Sra. De Mera González; **G [REDACTED]**, representada por la Procuradora Sra. Vived de la Vega, la cual se ha adherido al recurso de la Acusación particular. Ha sido Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado de Instrucción número 2 de Vitoria, instruyó Procedimiento abreviado con el número 121/2009, contra **M [REDACTED]** y, una vez concluso, lo remitió a la **Audiencia Provincial de Álava, Sección 2ª** que, con fecha 15 de Diciembre de 2009, dictó sentencia que contiene los siguientes **HECHOS PROBADOS**:

Son hechos probados y así se declara los siguientes:

1.- *En las Navidades del año 2004, B [REDACTED], que era una interna o reclusa del centro penitenciario de Nanclares de la Oca (Álava), fue llamada por M [REDACTED], que en el año 2004 y hasta junio de 2005 era subdirector de seguridad del citado centro penitenciario, para que se*

presentara en un despacho que solía utilizar aquél en el módulo de mujeres, sin que aquélla hubiese presentado una instancia previamente, al objeto de mantener una entrevista o conversación con aquél.

B [REDACTED] acudió al despacho, y, en la conversación mantenida con M [REDACTED] éste se dirigió a la interna con expresiones como que "cada vez que me miras a los ojos me fundo en tu mirada"; "desde que te has arreglado la boca tienes hecha la boca para besar"; "te doy un 71% como mujer y no por tu inteligencia" y "que si quería y no se tenía por tonta podía tener privilegios y salir antes como había hecho con otras mujeres, entrando en su juego".

Ante esta última manifestación B [REDACTED] le preguntó si le estaba pidiendo que se chivase de las compañeras, contestándole M [REDACTED] que ella sabía por donde iba. B [REDACTED] sintió que se le estaba insinuando.

Igualmente M [REDACTED] le pidió a B [REDACTED] que se lo pensara, que podía hacer que su condena fuese muy dura y que tenía al director "cogido por los cojones" y que ponía a su marido en un artículo 75, primer grado, y podía mandarlo al Puerto de Santa María, así como que le daba hasta el mes de febrero de 2005 para que se lo pensase.

En una fecha no determinada de febrero de 2005 M [REDACTED] le dijo a B [REDACTED] que era tonta "por no acceder a su juego".

El día 10 de marzo de 2005 la Asociación "Lur Gizen", que en el referido centro penitenciario ofrece un servicio médico de tratamiento de toxicomanías y enfermedades mentales, emitió un informe, en el que se indicaba que B [REDACTED] evolucionaba favorablemente en el tratamiento de su toxicomanía, y que presentaba "un trastorno ansioso-depresivo de tipo reactivo de unas semanas de evolución".

Como consecuencia de estos hechos, B [REDACTED] sufrió unos síntomas de ansiedad moderada, soledad, aislamiento acentuado y depresión leve, si bien en estos síntomas influían otros factores o elementos.

2.- Dña. G [REDACTED], interna del centro penitenciario de Nanclares de la Oca, mantuvo en el despacho que se hallaba en el módulo de mujeres numerosas entrevistas con M [REDACTED] en el año 2004. En las primeras conversaciones G [REDACTED] le contaba problemas personales, sin que ocurriera nada relevante.

Posteriormente en otras reuniones, a medida que M [REDACTED] y G [REDACTED] fueron ganando confianza, aquél le abrazaba a ésta cuando lloraba, pensando G [REDACTED] que estos abrazos obedecían a un intento de consolarle, porque le consideraba como un padre. Hacia septiembre de ese año en una ocasión M [REDACTED] le tenía arrinconada para intentar besarla y en ese momento llegó Y [REDACTED] la educadora del centro.

Más tarde, entre noviembre de 2004 y enero de 2005, siguieron manteniéndose entrevistas en el mencionado despacho entre G [REDACTED] y M [REDACTED]. En una entrevista M [REDACTED] le puso la mano en la cintura a G [REDACTED], intentando besarla, lo que no consiguió, porque ésta apartó la cabeza. En otra ocasión, estando sentada G [REDACTED] en el citado despacho, aquél le dio a ésta un masaje en los hombros para que se tranquilizara. En otra entrevista, M [REDACTED] le tocó muy ligeramente el culo, intentando M [REDACTED] justificar esta actuación diciéndole a aquélla que era como un padre, pero G [REDACTED] se dio cuenta en este momento que había algo más que una atención personal. En otra ocasión le indicó que le quería hacer una foto y si iba con minifalda mejor. En una de esas entrevistas G [REDACTED] le dijo a M [REDACTED] que quería ir a recibir un tratamiento a "Proyecto Hombre" y que esta dispuesta a hacer lo que fuera para conseguirlo y entonces

M[REDACTED] le contestó "¿lo que sea, lo que sea?".

Como consecuencia de estos hechos, G[REDACTED] generó sentimientos de indefensión y culpabilidad y se le incrementó la ansiedad que ya tenía por otros factores contextuales.

3. -En fechas no determinadas de los meses de marzo o abril del año 2004, M[REDACTED] llamó en varias ocasiones a M[REDACTED] (también conocida como M[REDACTED]), que cumplía condena en tales meses en el centro penitenciario de Nanclares de la Oca, a fin de solucionar diversos aspectos relativos a la asistencia odontológica que ella había solicitado, puesto que M[REDACTED] era la persona encargada en el mencionado centro de organizar la posible salida de las internas con fines médicos, en concreto para ser tratada por un odontólogo.

En el curso de una de estas entrevistas M[REDACTED] le preguntó a M[REDACTED] si había sido consumidora de droga, y, ante la respuesta afirmativa de M[REDACTED], aquél le indicó que le extrañaba porque tenía "muy bien la boca" y que "era muy bonita". Posteriormente, M[REDACTED] le propuso a M[REDACTED] un "quid pro quo", a cambio de beneficios penitenciarios, ya que tenía "al director muy bien cogido por los huevos".

Ante estas manifestaciones, M[REDACTED] sintió que M[REDACTED] se le había insinuado, y, para disimular y desviar la conversación, contestó que deseaba su libertad, pero no por encima de sus compañeras. Al oír estas palabras, M[REDACTED] comenzó a reír, diciéndole que sabía hacerse muy bien la tonta y que si no entraba en su juego iba a ser su mayor enemigo.

En el mes de mayo de 2004, en un cacheo o registro practicado en la celda de M[REDACTED], el jefe de servicios, D. Adrián, actuando por orden de

M [REDACTED], le requiso una grabadora, conminándole para que dijera en el plazo de dos días qué integrante de la Junta de Tratamiento le había proporcionado ese instrumento para grabar al acusado. El referido jefe de servicios indicó a M [REDACTED] que, en caso contrario, ordenaría su despido (del taller) y la conducción a otra prisión.

Después de este hecho, M [REDACTED] llamó a M [REDACTED] a su despacho por última vez, diciéndole que era su peor enemigo, porque no había entrado en su juego.

Como consecuencia de estos hechos M [REDACTED] presentó sintomatología ansioso-depresiva, baja autoestima e hipervigilancia, que ya se encontraba presente desde su ingreso en el centro penitenciario de Nanclares de la Oca, aunque la vivencia de los hechos objeto de denuncia y sus consecuencias facilitaron la exarcebación de tal sintomatología.

4.- En diciembre de 2004 R [REDACTED] interna en el centro penitenciario de Nanclares de la Oca, fue llamada por M [REDACTED] para una entrevista con el acusado fuera del módulo de mujeres. Durante tal entrevista M [REDACTED] le dijo a R [REDACTED] que podía arreglarse la boca, pues así estaría más guapa, y M [REDACTED] se bajó la camisa o camiseta, para enseñarle la marca de un disparo. En la misma entrevista M [REDACTED] le propuso a R [REDACTED] que ésta le contara cosas de las compañeras, que él le haría favores si ella se los hacía a él.

En otras entrevistas posteriores, algunas de ellas realizadas hacia las 21 horas de la noche, M [REDACTED] le decía que le podía hacer la vida más fácil en la institución penitenciaria si ella hacía lo que le pedía.

R [REDACTED] percibió estas manifestaciones como una amenaza que le

hacia M [REDACTED]

Como consecuencia de tales hechos [REDACTED] presentó cierta sintomatología ansioso-depresiva.

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

FALLAMOS: 1.- Condenamos a M [REDACTED], como autor responsable de un delito de abuso en el ejercicio de su función- solicitud sexual por parte de funcionario de Instituciones Penitenciarias ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de un año de prisión y seis años de inhabilitación absoluta.

2.- Condenamos a M [REDACTED] a que pague a G [REDACTED] la cantidad de 3000 euros, siendo responsable civil subsidiario de dicho pago la Administración General del Estado (Instituciones Penitenciarias- Ministerio del Interior), más los intereses del artº. 576 LEC de tal cantidad desde la fecha de esta sentencia.

3.- Absolvemos a M [REDACTED] de los otros tres delitos de abuso en el ejercicio de su función- solicitud sexual por parte de funcionario de Instituciones Penitenciarias por los que estaba acusado.

4.- M [REDACTED] pagará las costas correspondientes a un delito, concretamente las de la Acusación Particular realizada por G [REDACTED] declarándose de oficio los otros tres cuartos partes de las cosas.

Frente a la presente resolución cabe interponer recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, preparándose ante esta Audiencia Provincial en el plazo de cinco días desde el siguiente al de su notificación.

3.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por el procesado y por la Acusación particular, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las

certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

4.- El ABOGADO DEL ESTADO, en representación del procesado M. [REDACTED], basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

PRIMERO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 24. 2º de la Constitución española y el artº. 5.4º de la L.O.P.J., por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

SEGUNDO.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artº. 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación al artº. 5. 4º de la L.O.P.J. y del artº. 24. 2º de la Constitución española, por inaplicación del principio in dubio pro reo.

TERCERO.- Por infracción de ley, al amparo del artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por incorrecta aplicación del artº. 443. 2º del Código Penal.

5.- La representación de la Acusación particular B [REDACTED], basa su recurso en los siguientes MOTIVOS DE CASACION:

UNICO.- De conformidad con el artº. 849. 1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por infracción-inaplicación del artº. 443. 2º del Código Penal, que regula el delito de abuso en el ejercicio de funciones por parte de funcionario de instituciones penitenciarias: solicitud sexual a presa bajo su custodia.

6.- Instruidas las partes de los recursos interpuestos, las Procuradoras Sras. De Mera González y Vived de la Vega, el Abogado del Estado y el Ministerio Fiscal, por escritos de fecha 21, 23, 28 de Junio y 8 de julio de 2010, respectivamente, evacuando el trámite que se les confirió, y por las razones que adujeron cada uno, interesaron la inadmisión de los motivos de los distintos recursos que, subsidiariamente, impugnaron.

7.- Por Providencia de 1 de Octubre de 2010 se declaró el recurso admitido y quedando **conclusos los autos para señalamiento de fallo** cuando por turno correspondiera.

8.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación el día 28 de Octubre de 2010.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- La acusación particular encarnada por una de las denunciadas, interpone un único motivo por la vía del error de derecho al no haber aplicado el artículo 443.2 del Código Penal a los hechos con ella relacionados.

1.- El acusado, funcionario de prisiones, fue denunciado por varias internas que le acusaban de haberles formulado solicitudes de carácter sexual. Es condenado por un solo hecho y absuelto por otros, lo que da lugar al recurso de una acusación particular que se considera afectada por la absolución. Discrepa de la argumentación de la Sala en el fundamento de derecho segundo, en él expresa su conclusión sobre las dudas que alberga respecto a si el acusado le ha formulado una petición "*inequívoca*" de contenido sexual.

2.- El hecho probado que refleja la convicción de la Sala

sentenciadora debe servirnos de guía para abordar la cuestión. Después de describir la situación de la recurrente en el Centro Penitenciario, afirma que: "*B [redacted] acudió al despacho y en la conversación mantenida con M [redacted] éste se dirigió a la interna con expresiones como que "cada vez que me miras a los ojos me fundo en tu mirada", "desde que te has arreglado la boca tienes hecha la boca para besar", "te doy un 70% como mujer y no por tu inteligencia" y "que si quería y no se tenía por tonta podía tener privilegios y salir antes como habían hecho con otras mujeres. Entrando en su juego". La recurrente le pregunto si le estaba pidiendo que hiciese de chivata contestándole el acusado "que ella sabía por donde iba". B [redacted] sintió que se le estaba insinuando.*

3.- Estos son los hechos básicos sobre los que tendremos que proyectar el contenido del artículo 443.2º del Código Penal. También tiene especial significado los párrafos siguientes en los que se relatan amenazas y el shock que le produjo a la recurrente esta conducta originándole un trastorno ansioso depresivo de tipo reactivo. La sentencia minuciosa y sistematizada va examinando las pruebas de que ha dispuesto y, al llegar al caso de la recurrente, reconoce que hay que partir de la base de que tanto las acusaciones como la defensa entienden que la petición es implícita, porque es nítido que no hay una solicitud expresa. La Sala entiende que no se puede considerar que haya una petición "*inequívoca*" de contenido sexual, por lo que le absuelve del delito. El razonamiento final concluye que una insinuación puede ser una petición, pero no necesariamente lo es.

4.- La figura delictiva cuya aplicación se pide está dentro del Título de los Delitos contra la Administración Pública y, más concretamente, dentro del capítulo específico de los abusos de los funcionarios públicos en el ejercicio de su función. Específicamente, el artículo 443.2º del Código Penal castiga al funcionario de Instituciones Penitenciarias que solicitara sexualmente a una

persona sujeta a su guarda. Los elementos del tipo penal, que es un delito especial propio, que sólo pueden cometer los funcionarios de prisiones respecto de las personas sometidas a su guarda, está plenamente acreditados, por lo que no procede ninguna discusión o debate sobre este punto.

5.- La discrepancia radica en torno a si las expresiones que se dan por probadas y que, por tanto, son inalterables, constituyen o no "*una solicitud sexual*". Según el diccionario de María Moliner, solicitar, entre otras acepciones, equivale a requerir o tratar de conseguir la amistad, la compañía o la atención de una persona. Podemos afirmar que el acusado estaba pidiendo que la recurrente aceptara favores a cambio de prestaciones sexuales, lo que se refleja de forma explícita, contundente, inequívoca y abrumadora en las expresiones que hemos destacado y en las actuaciones que siguieron a la negativa de la interna.

6.- El contenido de la solicitud, que ya hemos destacado, es de naturaleza inequívocamente sexual y como es evidente al acción típica consiste en la petición, en este caso nada velada o equívoca de favores sexuales reforzada por el hecho de tratarse de una interna sometida a un régimen de sujeción personal y sin posibilidad alguna de librarse de decisiones que adoptase el funcionario. Incluso que la llegó a amenazar ante su negativa con clasificar a su marido el primer grado y enviarlo a una prisión de alta seguridad.

7.- Las referencias explícitas al impacto que le producían sus ojos y que tenía una boca para besar, van seguidas de un inequívoco propósito de solicitar sus favores sexuales, conminándola con amenazas que, si siempre son intolerables mucho más para un funcionario de prisiones respecto de las personas de las que tiene encomendada su custodia. El reproche penal y social deben ser incuestionables, ya que no sólo ha perjudicado el crédito de una Institución, sino que se ha prevalido y abusado hasta límites inaceptables conminándola con perjudicar y agravar la situación carcelaria de la recurrente y

su marido.

Por lo expuesto el motivo debe se **estimado**

SEGUNDO.- *De forma novedosa, ya que nos encontramos ante un recurso de casación, se solicita la previa declaración del acusado, antes de resolver el recurso.*

1.- Es cierto que la petición no es en sí misma extravagante, ya que la justifica y fundamenta con resoluciones del Tribunal Constitucional y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que resumiremos en una que la parte recurrente ha subrayado. *"Cuando el Tribunal de Apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de derecho y, en especial, cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha entendido que la Apelación no se puede resolver en un proceso justo sin un examen directo del acusado que niegue haber cometido la infracción considerada punible, de modo que, en tales casos, el nuevo examen por el Tribunal de Apelación de la declaración de culpabilidad del acusado exige una nueva y total audiencia en presencia del acusado y los demás interesados o partes adversas".* (Sentencia Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 26 de Mayo de 1988, caso Ekbaten contra Suecia y muchas otras).

2.- El letrado que redacta el recurso recuerda acertadamente que se ve obligado a realizar esta petición, ya que no se ha cumplido lo dispuesto en la Disposición Final Segunda de la Ley Orgánica 19/2003, de 23 de Diciembre, que prevé que en el plazo de un año el Gobierno remitiría a las Cortes Generales los Proyectos de Ley procedentes para adecuar las leyes del procedimiento a las disposiciones modificadas por esta ley, entre ellas, el vigente artículo 73.3 c) de la Ley Orgánica del Poder Judicial que establece que las Salas de lo Civil y de lo Penal de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán de los Recursos de Apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en

primera instancia.

3.- Ahora bien, admitiendo sus correctas alegaciones, no es posible legalmente, en un Recurso de Casación, que se ha mantenido vigente en los términos en que está regulado actualmente, practicar pruebas ni siquiera en los casos en que se trata de personas absueltas en la instancia. El contenido del Recurso de Casación tiene por objeto revisar, a la luz de la legalidad constitucional penal y procesal, si la sentencia se ajusta a las previsiones legales o si han quebrantado formalidades esenciales que dan lugar a la anulación y posible repetición del juicio o, incluso, retroceder a la fase de investigación.

4.- El Recurso de casación ha tenido que ajustarse por imperativo constitucional a las previsiones y garantías que regulan el proceso penal, entre ellas, el derecho a la tutela judicial efectiva y a la motivación, lo que ha dado lugar que los dogmas del pasado sobre la valoración de la prueba haya tenido que ceder paso a la obligación del Tribunal Supremo, al conocer de los recursos de casación. Puede y debe analizar el juicio lógico-valorativo de las pruebas disponibles sin introducir ningún otro elemento probatorio que no esté en las actuaciones, practicadas hasta el momento de dictar sentencia.

5.- Con posterioridad a Comunicación nº 715/1996, de julio del 2000, el Comité de Derechos Humanos de la ONU, consideró que la cuestión de la suficiencia del recurso de casación a los fines del art. 14.5 del Pacto dependía de la amplitud que la casación hubiera tenido en el caso concreto. Dicho Comité ha cambiado sustancialmente su doctrina y acepta que es suficiente con la existencia en el ordenamiento jurídico de recursos en los que el tribunal superior conozca de la existencia y suficiencia de la prueba, así como la racionalidad del Tribunal de instancia en cuanto a la valoración de la prueba y la legalidad de la obtención y la valoración de la prueba, así como de la concreta individualización de la pena impuesta a los efectos del artículo 14, párrafo 5 del Pacto

Internacional de Derechos Civiles y Políticos; específicamente refiriéndose al recurso de casación español aparece este cambio de criterio en los dictámenes siguientes: 1356/2005, de 10 de mayo de 2005; 1389/2005, de 16 de agosto de 2005; 1399/2005, de 16 de agosto de 2005; 1059/2002, de 21 de noviembre de 2005; 1156/2003, de 18 de abril de 2006; 1094/2002, de 24 de abril de 2006; 1102/2002, de 26 de abril de 2006; 1293/2004, de 9 de agosto de 2006; 1387/2005, de 11 de agosto de 2006; 1441/2005, de 14 de agosto de 2006; 1098/2002, de 13 de noviembre de 2006; 1325/2004, de 13 de noviembre de 2005 y 1305/2004, de 15 de noviembre de 2006.

6.- En todo caso, el presente recurso ofrece unas características que permiten revisar la sentencia sin alterar una sola coma de los hechos que se imputan al acusado y que su misma defensa y la sentencia recurrida ha reconocido y declarado como ciertas, sin matices aclaratorios. Nuestra tarea consiste en determinar, a la luz de la más estricta legalidad, si en los hechos inamovibles se contienen los elementos objetivos y subjetivos que justifican la aplicación del tipo penal. Ya hemos expuesto que el hecho reconocido por el acusado, según la sentencia recurrida, tiene todos los perfiles de un delito de abuso de funciones públicas que deteriora gravemente la credibilidad de la Administración y de la función pública y que al mismo tiempo denotan una personalidad en el autor que merecen un grave y severo reproche.

Por lo expuesto el motivo debe ser **desestimado**

TERCERO.- *La denunciante G [REDACTED] se adhiere al recurso de casación de la anterior recurrente y al mismo tiempo impugna el recurso formulado por el Abogado del Estado.*

1.- Hay que resaltar que precisamente esta recurrente, la que ha visto reconocidas sus pretensiones y su denuncia, es la única que la sentencia da por probada, condenando al acusado a la pena de un año de prisión y seis años

de inhabilitación, además de reconocerle una indemnización por daños morales de 3.000 euros, de los que responde subsidiariamente el Estado.

2.- Por ello, nada tenemos que añadir a lo ya expuesto, teniendo por impugnado el recurso del Abogado del Estado.

Por lo expuesto el motivo debe ser **estimado** en los términos antes dichos.

CUARTO.- *El Abogado del Estado formaliza tres motivos que trataremos conjuntamente.*

1.- El **motivo primero** lo canaliza por la vía de la vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por estimar que se ha hecho una valoración irracional y arbitraria del testimonio de la víctima. Podríamos mantener una tesis formalista y reducir su capacidad de recurrir a combatir la relación jurídica que une al Estado con el acusado y negar, a la vista de los hechos, la existencia de una responsabilidad civil subsidiaria. No obstante, admitiremos su argumentación ya que, al no recurrir el acusado, pudiera estimarse su pretensión, lo que liberaría al Estado de su responsabilidad.

2.- La sentencia, como ya hemos dicho, maneja, de forma impecable, las pautas de interpretación de la prueba en los casos de una única declaración inculpatoria de la víctima. Repasa y analiza la posible incredulidad subjetiva, la existencia de lo que denomina corroboraciones periféricas y la persistencia en la incriminación. Confirmamos todos y cada uno de sus razonamientos.

3.- El **motivo segundo** es un complemento del anterior y abre la vía alternativa de la aplicación del principio *in dubio pro reo*. La duda favorable

parece totalmente despejada a favor de la incriminación, por lo que hemos señalado anteriormente.

4.- El **motivo tercero** pretende que se declare incorrectamente aplicado el artículo 443.2º del Código Penal. Este artículo pena, como ya se ha dicho, la conducta del funcionario de Instituciones Penitenciarias que solicita sexualmente a una persona que está bajo su custodia. Nos remitimos al relato de hechos probados en los que se describe de forma plena y, después, fundamenta la existencia de todos los elementos del tipo. Como puede observarse, no combate la existencia de la relación jurídica del acusado con el Estado por la existencia de un vínculo personal del autor del hecho delictivo con la Administración del Estado, se trata de un hecho cometido en el ejercicio de sus funciones y el daño moral se ha producido a consecuencia de los hechos que ha cometido.

Por lo expuesto los tres motivos deben ser **desestimados**

III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por la representación procesal de B. [REDACTED], y AL RECURSO ADHERIDO de G. [REDACTED], casando y anulando la sentencia dictada el día 15 de Diciembre de 2009 por la Audiencia Provincial de Álava, Sección 2ª en la causa seguida contra M. [REDACTED] por un delito de abuso en el ejercicio de su función-solicitud sexual por parte de un funcionario de Instituciones penitenciarias. Declaramos de oficio las costas causadas.

QUE DEBEMOS DECLARAR Y DECLARAMOS NO

HABER LUGAR AL RECURSO DE CASACIÓN interpuesto por el **ABOGADO DEL ESTADO**, en representación de M. [REDACTED] [REDACTED] contra la sentencia dictada el día 15 de Diciembre de 2009 por la Audiencia Provincial de Álava, Sección 2ª en la causa seguida contra el mismo por delito de abuso en el ejercicio de su función-solicitud sexual por parte de un funcionario de Instituciones penitenciarias. Condenamos al recurrente al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta resolución, y la que a continuación se dicte, a la mencionada Audiencia a los efectos oportunos, con devolución de la causa en su día remitida.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Julián Sánchez Melgar Perfecto Andrés Ibáñez Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Alberto Jorge Barreiro José Antonio Martín Pallín

305/2010

Ponente Excmo. Sr. D.: José Antonio Martín Pallín

Fallo: 28/10/2010

Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO
Sala de lo Penal

SEGUNDA SENTENCIA N.º: 1002/2010

Excmos. Sres.:

D. Julián Sánchez Melgar
D. Perfecto Andrés Ibáñez
D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre
D. Alberto Jorge Barreiro
D. José Antonio Martín Pallín

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a diez de Noviembre de dos mil diez.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción número 2 de Vitoria-Gasteiz, con el número 109/2008 contra M. [REDACTED], en libertad provisional por la presente causa, en la cual se dictó sentencia por la mencionada Audiencia con fecha 15 de Diciembre de 2009, que ha sido **casada y anulada** por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen, bajo la **Ponencia del Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín**, que hace constar lo siguiente:

I. ANTECEDENTES

1.- Se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia recurrida que afectan a B. [REDACTED]

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- Se dan por reproducidos los fundamentos de derecho primero y tercero de la sentencia antecedente. En cuanto a la pena a imponer, no podemos superar el techo acusatorio marcado por las acusaciones y, concretamente por la acusación particular, ya que el Ministerio Fiscal solicitó la absolución. En atención a la naturaleza de unos hechos de extrema gravedad que denotan una personalidad merecedora de un duro reproche penal, accedemos a lo solicitado por la acusación particular, que había solicitado la pena de dos años y seis meses de prisión y nueve años de inhabilitación absoluta, alegando la concurrencia de la agravante 7ª del artículo 22 del Código Penal (prevalimiento del carácter público del culpable), lo que no es posible, ya que dicha condición es uno de los elementos del tipo penal aplicado, por lo que nos remitimos a la petición

alternativa de diez meses de prisión e inhabilitación especial para empleo o cargo público como funcionario por tiempo de tres años. Como puede observarse, la pena esta mal solicitada, ya que el tipo penal (artículo 443.2º del CP) impone la pena de uno a cuatro años de prisión e inhabilitación de seis a doce años. Situándonos en el nivel mínimo, la pena correcta es la de un año de prisión y seis años de inhabilitación absoluta. La indemnización por daños morales se fija en 3000 euros.

III. FALLO

FALLAMOS: QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a M [REDACTED], como autor de un delito de abuso en el ejercicio de su función-solicitud sexual por parte de funcionario de Instituciones Penitenciarias, a la pena de UN AÑO DE PRISIÓN y SEIS AÑOS de inhabilitación absoluta, y a que pague a B [REDACTED], en concepto de indemnización por daños morales, la cantidad de TRES MIL EUROS (3.000 €), siendo responsable civil subsidiario de dicho pago la Administración General de Estado (Instituciones Penitenciarias-Ministerio del Interior), más los intereses del artº. 576 LEC de tal cantidad desde la fecha de la sentencia de instancia.

Se mantiene el resto de los pronunciamientos de la sentencia recurrida en cuanto no se opongan a la presente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

Alberto Jorge Barreiro

José Antonio Martín Pallín

PUBLICACIÓN.- Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. José Antonio Martín Pallín, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

* *