

En la Villa de Madrid, a seis de octubre de dos mil once.

En los recursos de casación por infracción de ley y de preceptos constitucionales, que ante Nos penden, interpuestos por los procesados José María y Eva Marta, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, que les condenó al primero por delito en concepto de autor de un delito continuado de abusos en el ejercicio de su función y otro de abuso sexual con acceso carnal y a la segunda como autora, por cooperación necesaria de un delito de abuso sexual con acceso carnal y otro delito de amenazas no condicionales, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que arriba se expresan, se han constituido para la vista y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, siendo también parte el Ministerio Fiscal, habiendo comparecido como parte recurrida la acusación particular Frida, representada por la Procuradora Sra. Pato Sanz y estando dichos recurrentes representados: José María por el Procurador Sr. Escudero Delgado y Eva Marta por la Procuradora Sra. Clemente Marmol.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de instrucción núm. 5 de Alcalá de Henares instruyó Sumario con el número 1/2008 contra José María y Eva Marta, y una vez concluso se remitió a la Audiencia Provincial de Madrid, cuya Sección 23ª dictó sentencia con fecha tres de diciembre de dos mil diez, que contiene los siguientes hechos probados: "En el mes de octubre de 2005, Frida, nacida en Méjico el día 5 de diciembre de 1959, ingresó en el módulo B-3 del centro penitenciario Madrid 1 (mujeres), sito en Alcalá de Henares para cumplir condena de 9 años de prisión por un delito contra la salud pública. El procesado José Mª nacido el día 24-09-1948 y sin antecedentes penales, funcionario del cuerpo de ayudantes de Instituciones Penitenciarias, prestaba en dicho dentro las funciones de jefe de mantenimiento. La procesada, Eva Marta, nacida el día 7-03-1959, estaba interna en el módulo B-3 de dicho centro para cumplir la pena de 9 años y 1 día de prisión que le había sido impuesta por un delito contra la salud pública y era la encargada del economato.

Eva Marta y Frida, ambas de nacionalidad mejicana, iniciaron una amistad y esta le manifestó a Eva Marta que tenía interés en obtener un puesto remunerado en el centro penitenciario porque necesitaba el dinero para mandárselo a sus hijos que estaban en Méjico.

En este contexto, Eva Marta a finales del mes de junio de 2006 le dijo a Frida en varias ocasiones que José María, jefe de mantenimiento del centro penitenciario, estaba interesado por ella y si tenía un encuentro sexual con él le podría conseguir el trabajo. El procesado en conversaciones posteriores le prometió a Frida que le conseguiría un puesto de trabajo si mantenía un rollito con él.

Entre finales del mes de junio y julio de 2006 un martes por la mañana, Eva Marta, de común acuerdo con José Mª y sirviéndole de intermediaria para satisfacer sus deseos

libidinosos le dijo a Frida que la acompañara al economato, de cuya llave disponía la procesada por ser la encargada del mismo, en donde el procesado ya se encontraba esperando. Después de una breve conversación sobre el puesto de trabajo. Eva Marta le desabrochó el pantalón a José M^a y empezó a hacerle una felación; Eva Marta le pidió a Frida que participase y al responderle que no, José M^a le volvió a decir que si quería el destino. Acto seguido, José M^a se bajó el pantalón y las bragas a Frida y le penetró por vía vaginal, accediendo esta última a la relación sexual ante la promesa del puesto del trabajo. Entretanto, la procesada desde el interior del economato tenía la puerta entreabierta y vigilaba para no ser descubiertos.

Finalizado el acto sexual el procesado le dijo a Frida que esa tarde acudiera a su despacho porque no se había quedado totalmente satisfecho, sin embargo, Frida no se presentó.

Al día siguiente, el procesado pidió explicaciones a Frida del motivo por el que la tarde anterior no había acudido a su despacho. Después de estos hechos hasta el mes de octubre de 2006 el procesado, en varias ocasiones, buscaba a Frida por el centro penitenciario y le insistía para que accediera a mantener relaciones sexuales con él, negándose Frida al tiempo que le pedía que la dejara tranquila.

El día 23 de marzo de 2007 Frida recibió en su celda una nota manuscrita por Eva Marta que decía: "sudaca de puta sigue mi puto consejo no habras más tu puta boca hija de perra suelen suceder accidentes y cuidate gilipollas de puta te joderé tus mierdas permisos puta mejicana de mierda".

Frida desde el mes de noviembre de 2006 relató en privado estos hechos a varios funcionarios del Centro Penitenciario, y el día 16 de abril de 2007 remitió una carta el Juez de Vigilancia Penitenciaria en la que denunciaba los hechos descritos, incoándose las correspondientes diligencias previas el día 17 de mayo de 2007".

SEGUNDO.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento: "Fallamos: Que debemos condenar y condenamos a José M^a, como responsable en concepto de autor, de un delito continuado de abusos en el ejercicio de su función, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de dos años y siete meses de prisión, inhabilitación absoluta durante el tiempo de seis años e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y como autor penalmente responsable de un delito de abuso sexual con acceso carnal, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Debemos condenar y condenamos a Eva Marta, como responsable en concepto de autora, por cooperación necesaria, de un delito de abuso sexual, con acceso carnal, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de cuatro años de prisión e inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y como responsable en concepto

de autora de un delito de amenazas no condicionales, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de quince meses de prisión, inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Condenamos a José M^a y Eva Marta a que indemnice conjunta y solidariamente a Frida en 4.000 euros por los daños morales, cantidad que se incrementará en la cuantía y forma que establece el art. 576 de la LEC.

José M^a y Eva Marta abonarán las costas procesales por partes iguales, incluidas las de la acusación particular.

Se aprueban las piezas de responsabilidad civil consultadas por el instructor.

Notifíquese a las partes personadas esta sentencia, haciéndoles saber que la misma es susceptible de recurso de casación para ante la Sala 2^a del Tribunal Supremo, en el plazo de 5 días".

TERCERO.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley y de preceptos constitucionales, por los procesados José María y Eva Marta, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose dichos recursos.

CUARTO.- El recurso interpuesto por la representación del procesado José María se basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia consagrado en el art. 24.2 de la C.E.

Segundo.- Al amparo del art. 852 L.E.Cr. por vulneración del art. 24.1 y 2 de la C.E. derecho a la tutela judicial efectiva.

Tercero.- Al amparo del art. 849 L.E.Cr. por error en la valoración de la prueba.

Cuarto.- Por infracción de ley, por indebida aplicación del art. 74 en relación con el art. 443.2 del C.Penal. Y el recurso interpuesto por la representación de la procesada Eva Marta, se basó en los siguientes motivos de casación:

Primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ por vulneración del art. 24 de la C.E. en los que se recogen los derechos fundamentales a la presunción de inocencia y tutela judicial efectiva.

Segundo.- Por infracción de Ley, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr. por considerar indebidamente aplicado e art. 169.2 del Código Penal.

Tercero.- Por infracción de ley al amparo de los arts. 849.1 y 852 L.E.Cr. en relación con el art. 5.4 LOPJ. por la vulneración del derecho del recurrente a la tutela judicial efectiva reconocido a toda persona en el art. 24.1 C.E. puesto en relación con el art. 120.3 de la misma norma, es decir, una vulneración del derecho a obtener una resolución motivada.

Cuarto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 L.E.Cr. por aplicación indebida del art. 28.b) del C.P. y por falta de aplicación del art. 29 del mismo texto legal.

QUINTO.- Instruido el Ministerio Fiscal de los recursos interpuestos, pidió la inadmisión de todos los motivos alegados en los mismos, igualmente se dio traslado a la parte recurrida que impugnó los recursos; la Sala los admitió a trámite y quedaron conclusos los autos para señalamiento de vista cuando por turno correspondiese.

SEXTO.- Hecho el correspondiente señalamiento, se celebró la vista y fallo del presente recurso el día 22 de septiembre del año 2001 con asistencia del Letrado D. Manuel Hernández García en defensa del recurrente José María y del Letrado D. Alfonso abril Casal en defensa de la recurrente Eva Marta que confirmaron todos los motivos de sus recursos.

Igualmente ha comparecido la Letrada D^a Raquel Ovejero Gómez en defensa de la acusación particular Frida que impugnó los motivos de los recursos, se ratificó en su escrito y solicitó la confirmación de la sentencia. Y la Excm. Sra. Fiscal D^a Julia del Rosal que impugnó los motivos de los recursos y se ratificó en su escrito.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Recurso de Eva Marta.

PRIMERO.- El primer motivo lo formula al amparo del art. 5-4 LOPJ por vulneración del art. 24 C.E. (infracción del derecho a la presunción de inocencia y a la tutela judicial efectiva).

1. La ausencia de prueba y de motivación la refiere la censurante al delito de abuso sexual por cooperación necesaria a que se le condena, al contar sólo el tribunal de origen -según su tesis- con el testimonio de la denunciante, que ella no lo considera creíble. Tal testimonio, siguiendo doctrina de este Tribunal Supremo, cuando procede de la ofendida y es único, si además se persona en la causa constituyéndose en querellante, no debe merecer la más mínima credibilidad. Sobre tal circunstancia la recurrente hace notar que existía un abierto enfrentamiento entre querellante y querellada, hasta el punto de desembocar en una agresión física de la primera a la segunda.

Por la psicóloga Carmen se le calificó de manipuladora, al exagerar síntomas con finalidad victimizante.

El Director del Centro Penitenciario afirmó que el Cónsul de México no le dio buenas referencias de la misma, calificándola de embustera.

Como datos que devalúan el testimonio de la ofendida señala:

- a) Es insólito que no haya sido capaz de fijar la fecha concreta en que ocurrieron los hechos, sino por aproximación.
- b) Tampoco se entiende el tiempo que dejó transcurrir hasta que formuló la denuncia criminal, sin que a su vez recurriera en el momento de los hechos o con posterioridad a médicos o psicólogos del Centro Penitenciario.
- c) Igualmente resulta anómalo que la recurrente en el economato, por sus dimensiones, pudiera mantener relaciones sexuales sin que nadie les viera entrar en el lugar, amén de que eran necesarias llaves para entrar, la del funcionario y la de la encargada del economato.
- d) En su afán personal de hacer crítica de los hechos probados, considera que ofrece pocas garantías de veracidad el hecho de haberse mostrado el día de la vista imperturbable, fría y sin emociones.
- e) El control de asistencia y horarios del curso de pintura desarrollado en el Centro Penitenciario no permitiría el contacto con el acusado en la hora y lugar en qué ocurrieron los hechos.
- f) El argumento de que el mantenimiento de relaciones sexuales con el acusado D. José María nada podía decidir sobre la contratación y adjudicación de un puesto de trabajo en el Centro.
- g) Por último poco aportan los testimonios del director del Centro, Sr. C., el subdirector Bonifacio y el inspector Eutimio.

2. Es de todo punto improcedente censurar la sentencia por no dar argumentos, explicaciones y razones en el plano valorativo que justifiquen las pruebas en que se ha apoyado el Tribunal para asentar la condena impuesta. El derecho a la tutela judicial efectiva ha quedado plenamente salvaguardado al explicitar y valorar el tribunal de instancia las pruebas válidas existentes en la causa, resolviendo fundadamente las pretensiones jurídicas oportunamente deducidas.

Desde el prisma de la presunción de inocencia la recurrente hace referencia a cuestiones particulares, ya resueltas de forma convincente por el tribunal, desde la página 7 a la 30 de la sentencia, en donde se verifica un satisfactorio repaso a todo el material probatorio, especialmente el análisis concienzudo y profundo de la declaración de la ofendida. Es obvio que el delito por el que se condena no se suele cometer a la vista de todos, sino en la más estricta intimidad y más cuando la relación sexual es mantenida de modo voluntario, aunque con el condicionamiento de una promesa que

luego no se cumplió. Del mismo modo, las solicitudes y requerimientos para mantener futuras relaciones sexuales participan del carácter subrepticio y discreto, haciendo pivotar la prueba de cargo esencial y definitiva en el testimonio de la perjudicada.

Sobre el supuesto enfrentamiento entre querellante y querellada, sólo se produjo con posterioridad al delito, no antes, en cuanto todos los testigos, funcionarios y reclusos, coinciden en afirmar la buena relación de ambas en atención a su idéntico origen mexicano. Los problemas llegan luego con las presiones, en cuya época, la propia ofendida no oculta haberle dado una bofetada a la recurrente, sin que ninguna de las dos haya dado razón de cuáles fueron las causas o su posible justificación.

Por otro lado, en nada debe afectar, en tanto testimonio de referencia, lo afirmado por el Cónsul de México en España, ya que no compareció en juicio a declarar y lo único que afirmó es que la ofendida era una mentirosa, porque afirmaba haber sido objeto de un acceso sexual ejecutado por un funcionario de la prisión, lo que ha resultado cierto.

3. Respecto a la enumeración de circunstancias, que indudablemente el tribunal tuvo en cuenta y que a juicio de la recurrente restan credibilidad a su testimonio, la sentencia ofrece la condigna explicación a todas ellas y la recurrente se limita a discrepar o sostener otra interpretación. La presunción de inocencia sólo tiene que desenvolverse en el plano de la existencia o inexistencia de prueba, la suficiencia o insuficiencia de la misma, su regular o irregular obtención y su valoración razonable o no, por su acomodo a los criterios de la lógica, la ciencia y la experiencia. Brevemente, podemos afirmar lo siguiente:

1) Respecto a la imposibilidad de fijar la fecha de los hechos, es algo en lo que se mantuvo desde un principio la acusada, antes que errar o dar una respuesta equivocada. Basta señalar por aproximación, finales de junio o julio, la hora y el día de la semana (martes) etc. Lo cierto es que ese dato en nada influye en la comisión del delito, y ningún obstáculo le impedía decirlo si con exactitud lo conocía. Ello más bien nos indica, sinceridad.

2) El tiempo que dejó transcurrir, resulta lógico, si no pensaba denunciar, en tanto era consciente del contexto hostil en que se produjo el hecho y las dificultades de prueba, sin perjuicio de los inevitables corporativismos y posibles represalias, que justificadamente podían influir en una reclusa, que no halló especial acogida en los primeros comunicados realizados al capellán y a otros cargos del centro. La pretensión de la acusada con tales comunicaciones a terceros (otras reclusas o funcionarias) sólo pretendían, como precisa la sentencia, aliviar su angustia y presión por unos hechos que le incomodaban gravemente (requerimientos y presiones continuas).

3) Sobre la posibilidad de que los hechos ocurrieran en el economato, la testigo funcionario núm. 28.007 y el Inspector Eutimio, entienden que era perfectamente factible ejecutar el hecho en tal lugar. Si existían otras reclusas en las proximidades, la recurrente se encargaba de impedir que en el momento crucial de la relación sexual no entraran o se acercaran allí. A su vez la otra llave del economato, la que servía para

abrir y cerrar durante el día, la portaba la acusada, por habersele asignado tal cometido.

4) Sobre la actitud mostrada al testimoniar en juicio, no tiene el menor apoyo serio para dudar de la veracidad de lo declarado.

5) Acerca de las asistencias al curso de pintura y la posibilidad de controlar a las alumnas ya se pronunció la Sala, dado que una cosa es lo que debe ser según horarios y otra que la normativa se flexibilice en ocasiones.

6) También la Audiencia llegó a la conclusión, por la testifical del director y otros testigos, que el acusado era competente para informar acerca de la aptitud para cubrir puestos de trabajo en el economato, sin perjuicio de que la decisión última corresponda a las autoridades penitenciarias.

7) Por fin, los testimonios del director, subdirector e inspector Bonifacio han sido examinados y valorados en la sentencia en el fundamento 4º y, cuando existió alguna contradicción, la Sala con argumentos críticos convincentes se inclinó por la opción más consistente, coherente y veraz.

Por todo lo expuesto, el motivo no puede prosperar.

SEGUNDO.- En el segundo motivo y acogiéndose al cauce previsto en el art. 849-1 L.E.Cr. (corriente infracción de ley) considera la recurrente que la condena por las amenazas debió calificarse de falta (art. 620 C.P.) y no como delito del art. 169 C.P., por lo que se aplicó indebidamente este segundo precepto.

1. La causa del error iuris la hace residir en la dificultad de establecer la línea divisoria entre el delito y la falta, que jurídicamente atiende a la "gravedad" de la amenaza.

Después de analizar la nota amenazante, considera que las expresiones anteriores son de carácter etéreo y cargadas de ambigüedad al no precisarse el mal amenazado, por lo que nos hallamos ante una simple manifestación de ira.

2. A la recurrente no le asiste razón, frente a la adecuada y correcta aplicación del art. 169 C.P. verificada por la Audiencia Provincial, que en su fundamento jurídico noveno razona certeramente sobre la gravedad de la amenaza de que fue víctima la reclusa ofendida.

Es de sobra conocida la naturaleza relativa en orden a la calificación de la gravedad, criterio normativo librado al arbitrio de la Sala, que debe apoyarse para el deslinde de la correspondiente falta en el conjunto de circunstancias concurrentes, esto es, la ocasión en que se profieren las amenazas, las personas intervinientes, los actos anteriores, posteriores y simultáneos, etc. En el caso de autos resulta de singular importancia la objetividad de las expresiones puestas en relación con el contexto, es decir, se producen en momento posterior a la denuncia formulada por una reclusa de unos

hechos graves cometidos por funcionario, en evitación de un abuso funcional persistente. En efecto, recriminar a la ofendida, Frida, que no hable más porque "suelen suceder accidentes y cuídate", está pronosticando un ataque a su integridad corporal o a la vida y habida cuenta del lugar en que se halla (Centro Penitenciario) y situación en que se encuentra (privada de libertad por cumplimiento de condena) le resultaría difícil sortear o eludir el cumplimiento del mal amenazado.

En este aspecto la justificada situación de angustia y miedo de la perjudicada la pusieron de relieve, tanto la funcionaria 28.007 como el Inspector Eutimio, hasta el punto de acordar el inmediato traslado de la reclusa a la cárcel de Ávila.

Por todo ello el motivo no puede merecer acogida.

TERCERO.- El tercer motivo lo residencia en el art. 849-1 y 852 ambos de la L.E.Cr. en relación al 5-4 LOPJ. por entender infringido el derecho a la tutela judicial efectiva regulada en el art. 24-1º y 120-3 C.E.

1. La recurrente discrepa de la cantidad de pena que le es impuesta por el delito de amenazas no condicionales, ya que a pesar de que el art. 66.1.6º posibilita todo el recorrido penológico previsto en la Ley (de 6 meses a 2 años), al no imponerle en su mínima extensión el tribunal debe razonar suficientemente la pena que impone.

2. La acusada puede afirmar que la motivación de la pena ha sido escueta, pero no inexistente. Así, en el fundamento noveno de la combatida en su párrafo final, la Audiencia impone 15 meses de prisión, en atención a "la gravedad, medio y lugar en que se produjeron las amenazas". La gravedad de la infracción se justificó en el fundamento anterior; el medio es escrito, de mayor peligrosidad, en general, que cuando se emplea la vía oral, en cuanto la primera modalidad permite meditar o aquilatar más las consecuencias de las amenazas realizadas, mientras que cuando se profieren oralmente, el ardor del momento exacerba los propósitos ilícitos; y finalmente el lugar resulta de especial significación, ya que constituye un medio hostil para la ofendida, frente al que posee pocas posibilidades de eludir o sortear la reacción de un funcionario que ocupa una posición ventajosa.

En cualquier caso, ante motivaciones generales, esta Sala tiene dicho, que cuando es posible evitar la remisión de las actuaciones al órgano jurisdiccional de origen, en evitación de dilaciones indebidas, puede y debe completar la Sala de casación las posibles deficiencias, que en el fondo justificarían sobradamente la pena, acudiendo a los hechos probados y demás afirmaciones fácticas de la fundamentación jurídica, que ponen en evidencia los hechos y sus circunstancias como presupuesto de la intensidad de la sanción.

La Sala de origen, impuso con buen criterio la pena en el punto medio entre la mínima y la máxima, por lo que se estima proporcionada y justa.

El motivo ha de rechazarse.

CUARTO.- En el cuarto y último motivo, a través de igual cauce procesal que el anterior (art. 849-1 L.E.Cr.) considera indebidamente aplicado el art. 28 b) C.P. e inaplicado, cuando debió serlo, el 29 del mismo cuerpo legal.

1. En definitiva lo que pretende la recurrente es que su conducta en el delito de abuso sexual no merezca la calificación de cooperación necesaria sino de mera complicidad. La cooperación se caracteriza por la subordinación del colaborador al autor, a cuya conducta incorpora alguna aportación que, sin participar en el acuerdo no supone acto alguno ejecutivo relativo al núcleo del tipo, sino que coadyuva al resultado en cuanto se trata de una aportación relevante. A la hora de diferenciar los grados de colaboración la recurrente entiende que su intervención no fue necesaria, ya que suprimida mentalmente la aportación a la ejecución del hecho enjuiciado la comisión del mismo pudo igualmente haberse llevado a cabo. Por otro lado no consta la existencia de previo acuerdo entre las partes.

2. Discutiéndose en el motivo el grado de participación o colaboración en el delito del autor principal (art. 181.1º y 3º C.P.) la primera exigencia es que para asentar una responsabilidad penal por la participación en el hecho de otro es preciso lógicamente que ese hecho sea delictivo. Sólo después cabrá cuestionarse si el grado de participación fue o no relevante en su auxilio al autor principal.

Pero lo cierto es que los hechos que se declaran probados no constituyen delito alguno de abuso sexual, atribuido a José María. En efecto, no se evidencia en ellos el ejercicio de una superioridad de la que se haya prevalido el sujeto activo, para yacer con la ofendida. La voluntad de ésta siempre fue libre y pudo acceder o no acceder a la solicitud. Por solicitar los favores sexuales el funcionario ya cometió el delito del art. 443.2 C.P., pero para castigar conjuntamente por el delito contra la libertad sexual es preciso que éste exista (art. 444 C.P.), pero lo cierto es que no aparece cometido ninguno. Frida no estuvo constreñida a ningún condicionamiento que le empujara a ceder a las apetencias sexuales del acusado. Si lo hizo por una promesa incumplida, tal circunstancia no convierte la relación sexual en delictiva. El engaño operaría en menores de 16 años, como preceptúa el art. 183 C.P. al regular el estupro, pero no en mayores de edad como Frida.

De ahí, que esta Sala yendo más allá de los argumentos, pero respetuoso con el principio de legalidad de los delitos, ha resuelto declarar la absolución por el de abuso sexual.

A su vez al no haber sido acusada por el delito del art. 443-2, como inductora o cooperadora necesaria (art. 65-3 C.P.), no cabe condena, con infracción del principio acusatorio, por una inducción que no existió pues los requerimientos para yacer los hizo personalmente el acusado. No existe por tanto similitud tipológica, ni de bien jurídico protegido (art. 181-1º y 3º y 443-2 C.P.).

La estimación del motivo favorecerá al acusado José María por la vía del art. 903 L.E.Cr., a pesar de no atacar la sentencia en este punto.

El motivo debe estimarse.

Recurso de José María.

QUINTO.- El primer motivo lo residencia procesalmente en el art. 5-4 LOPJ. denunciando vulneración del derecho a la presunción de inocencia (art. 24-2 C.E.).

1. Del mismo modo y con similar estructura que la otra recurrente viene a desarrollar en el motivo una serie de consideraciones, que en el fondo implican abiertas valoraciones de la prueba, de imposible invocación en motivos de esta naturaleza, en cuanto tal facultad la ostenta el tribunal de instancia.

No obstante, desde la óptica de la estructura racional de tal valoración (art. 9-3 C.E.), cabría responder a las pretensiones un tanto extralimitadas desde las posibilidades del motivo.

El recurrente enuncia un número ilimitado de discrepancias con la valoración del tribunal, muchas de las cuales se examinan en el recurso articulado por Eva Marta. Estas objeciones podemos resumirlas en las siguientes:

- 1) El no haber situado con precisión la ofendida la fecha en que se produjo la relación sexual en el economato. Eso ya fue objeto de explicación.
- 2) Acerca del bofetón que le propinó la perjudicada a la acusada Eva Marta, con plena sinceridad fue reconocido por ella. También se trató tal extremo, afirmando que ese enfrentamiento o fricción se produjo después de los hechos, pues antes era indudable la buena relación existente entre ambas, dado su común origen mexicano.
- 3) Sobre las contradicciones entre el jefe del servicio Enrique Antonio y lo declarado por la acusada, el tribunal ya se pronunció, optando por la versión del director, Sr. C., y del Inspector Bonifacio.
- 4) La circunstancia de que se hallaran en el momento de ocurrir los hechos en el economato muchas reclusas en los alrededores, no impide la realización de estos hechos en su interior, en cuanto la encargada del economato (la otra acusada) realizaba funciones de vigilancia para impedir que ninguna entrase en él. Respecto a la posibilidad de que les vieran entrar o fueran vistos dentro no es descartable, pero lo razonable en el contexto y medio en que se produjeron los hechos era callarlos, si alguna reclusa los había visto. Es lógico que ninguna de ellas se mostrara partidaria de declarar para favorecer la condena de un funcionario.
- 5) La afirmación de la ofendida acerca de las visitas de Eva Marta a José María, han sido corroboradas o no descartadas, en informes del director, inspector y funcionarios

que testimoniaron; también era un hecho notorio la relación entre ambos. Lo que no puede prevalecer frente a la realidad es el horario en que debe desempeñar el trabajo el acusado, que desde luego no garantiza que lo cumpla con absoluto rigor.

6) Respecto a la visita, sobre las 8,10 de la mañana, del acusado José María al módulo de la ofendida, no puede excluirse por un certificado del Centro Penitenciario sobre la coincidencia con el recuento de presos en las celdas en tanto el deber ser no acredita lo que realmente fue.

7) El que Frida entendiera que fue por órdenes de la dirección por lo que se le retiró el aval de Apromar no significa que falte a la verdad, sino que la perjudicada pudo estar convencida de ello en su fuero interno, aunque la decisión perjudicial para ella no proviniera del director. Se trataba de una opinión.

8) Por último, en el apartado de supuestas inveracidades o contradicciones de los acusados, nos dice que D^a Eva Marta le comunicó a la ofendida que el trabajo en la prisión no se lo iban a dar por el informe negativo del maestro de pintura. Pues bien, el haber conocido ese dato antes de terminar el curso pudo obedecer a que D^a Eva Marta tuvo información previa acerca de los términos del informe posteriormente emitido.

2. Junto a las declaraciones de la ofendida examinadas que el recurrente pretende debilitar o tildar de inveraces analiza aspectos que, a su juicio, no han sido tenidos en cuenta por el tribunal. La aseveración es gratuita, pues una cosa es que no los haya conocido y valorado el tribunal y otra distinta que no le ofrecieran credibilidad y no se mencionen por no tener virtualidad para influir en la decisión y su motivación.

Dentro de este aspecto impugnativo, hace referencia:

a) Al informe psicológico de D^a Carmen. Resulta indiferente las entrevistas que pudiera haber concertado la perito, pues la única conclusión que pudo tener relación con la ofendida, que además no influye en su credibilidad, es la afirmación de que era manipuladora, explicando la expresión en el sentido de que exageraba en alguna medida su malestar para obtener una mayor atención hacia ella. Y desde luego se descarta la calificación de fabuladora.

b) El recurrente se sorprende de que nadie viera lo ocurrido el día de autos (martes, poco antes de las once de la mañana de últimos de junio o julio), aspecto que se responde a sí mismo; pudieron verla, pero no declarar que la han visto, ante una situación tan complicada y comprometida, dado el contexto y lugar en donde ocurre, así como posibles responsables del hecho.

c) La falta de credibilidad del profesor de pintura ya quedó debidamente explicada por la Audiencia.

d) Acerca del anonimato de la funcionaria a la que comentó los hechos ocurridos, constituye una actitud o decisión que se halla dentro de su estrategia procesal

defensiva descubrirla o mantener la discreción prometida. En cualquier caso en nada perjudica al recurrente ese hecho.

e) Sobre la corroboración del acoso a Frida la prueba fundamental la constituye su testimonio, que puede entenderse corroborado por el escrito amenazante de la acusada al que ninguno de los recurrentes hace referencia. De cualquier modo no es lo mismo decir que nadie se percató de los hechos que alguna reclusa pudo percatarse, aunque se cuidó de no manifestar lo que vio u oyó.

f) Tampoco se explica el recurrente que la ofendida no hubiera recurrido a los servicios médicos después de ocurrido el incidente, pero las razones ya las referimos en el recurso de Eva Marta, pues no pensaba denunciar esos hechos, y acudir a los servicios médicos penitenciarios es tanto como ponerlos al descubierto.

3. Las alegaciones hechas por el recurrente no pueden tener acogida, ya que van dirigidas a verificar una interpretación voluntarista contrapuesta a la llevada a cabo en los fundamentos 2º, 3º y 4º por la combatida, en la que con amplitud y exhaustividad se analizan las pruebas habidas y se valora su perfecto acomodo a las leyes de la lógica, ciencia y experiencia.

La prueba fundamental y determinante no cabe duda que está integrada por el testimonio de la ofendida, que se mantiene en lo esencial a través del tiempo, sin ambigüedades ni contradicciones relevantes, que no se realiza desde posiciones o móviles espurios, resentimientos, venganzas, etc. y la declaración para el tribunal se muestra veraz, al hallarse en buena medida corroborada.

El motivo, por todo ello, debe rechazarse.

SEXTO.- En el segundo motivo, con sede procesal en el art. 852 L.E.Cr., estima vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva (art. 24-1).

1. En el motivo analiza las versiones de los acusados y la ofendida, argumentando las razones que le asisten para creer a unos y a otros. Considera que la única prueba de cargo la integra el testimonio de la perjudicada y las declaraciones de la funcionaria 28007.

A continuación y en la misma línea de valorar las declaraciones de otros testigos, examina las declaraciones e informes del director del Centro José Luis, de Bonifacio, subdirector de seguridad, Emilio, monitor de pintura, Matías, capellán y Enrique Antonio, jefe de servicios.

2. La motivación de las sentencias, en particular en el aspecto fáctico-valorativo, obliga al tribunal sentenciador a reseñar detalladamente las pruebas que ha tenido en cuenta para dictar la resolución, debiendo desprenderse con claridad las razones que le asisten para declarar probados unos hechos, muy especialmente cuando han sido controvertidos. La exigencia de motivación no pretende, como tiene dicho el Tribunal

Constitucional y esta Sala, satisfacer necesidades de orden puramente formal, sino permitir al justiciable y a la sociedad en general conocer las razones de las decisiones de los órganos jurisdiccionales y facilitar el control de la racionalidad y corrección técnica de la resolución dictada merced a la revisión por vía de recurso.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de fijar la finalidad, alcance y límites de la motivación, afirmando en tal sentido que deberá tener la extensión e intensidad suficiente para cubrir la esencial finalidad de la misma, esto es, que el juez explique suficientemente el proceso intelectual que le condujo a decidir de una determinada manera, sin asomo de arbitrariedad, sin que sea necesario explicitar lo que resulta obvio.

3. Sobre esa base jurisprudencial el derecho a la tutela judicial efectiva abarcará, como derecho fundamental, la exigencia de que las pretensiones del justiciable sean resueltas motivadamente en tiempo oportuno, se le facilite la interposición de recursos y con posterioridad se ampare en la ejecución de lo resuelto definitivamente.

En nuestro caso no puede tildarse a la sentencia dictada de no motivada, sino al contrario, en los fundamentos jurídicos 2º, 3º y 4º se razona con amplitud los medios probatorios de que se ha valido el tribunal y su valoración, que en tanto no se aparte de las leyes de la lógica o la experiencia, no admite interpretaciones alternativas de las partes, lógicamente parciales e interesadas.

Es obvio que las pruebas habidas, desde una óptica de parte admiten otras explicaciones o interpretaciones alternativas, pero no son más fundadas que las de la sentencia, que además están adornadas de objetividad e imparcialidad.

El motivo ha de decaer.

SÉPTIMO.- El motivo tercero se formaliza al amparo del art. 849-2 L.E.Cr. por error en la apreciación de la prueba derivada de la improcedente valoración de documentos.

1. En el motivo se invocan una serie de documentos o escritos en los que se pretende alterar el factum. Estos son:

a) Certificado del Centro penitenciario que acredita el control de la asistencia de Frida a las clases de pintura durante los meses de febrero a octubre de 2006 impartidas por Don Emilio.

b) Certificado del Centro penitenciario que acredita las funciones desempeñadas por el recurrente.

c) Certificados de los horarios de apertura y cierre de los módulos.

d) Certificado de los días y horas trabajadas por el recurrente en el Centro.

e) Carta remitida por la testigo funcionaria ...07 a la Directora General de Instituciones Penitenciarias (folio 96).

f) Informe psicológico de D^a Carmen (folio 504).

2. El planteamiento del motivo choca con la doctrina establecida por esta Sala sobre el error facti, que el Fiscal recuerda, y no es ocioso reflejarla de nuevo.

Las exigencias para la prosperabilidad de un motivo por "error facti" se resumen en los siguientes:

1) Que se hayan incluido en el relato histórico hechos no acontecidos o inexactos.

2) Que la acreditación de tal inexactitud tiene que estar evidenciada por documentos en el preciso entendimiento que dicho término tiene en sede casacional. En tal sentido podemos recordar la STS de 10 de noviembre de 1995 en la que se precisa por tal "... aquellas representaciones gráficas del pensamiento, generalmente por escrito, creadas con fines de preconstitución probatoria y destinadas a surtir efectos en el tráfico jurídico, originados o producidos fuera de la causa e incorporados a la misma....", quedan fuera de este concepto las pruebas de naturaleza personal aunque estén documentadas por escrito generalmente, tales como declaraciones de imputados o testigos, el atestado policial y acta del plenario, entre otras STS 220/2000 de 17 de febrero, 1553/2000 de 10 de octubre y las en ella citadas. De manera excepcional se ha admitido como tal el informe pericial según la doctrina de esta Sala -SSTS núm. 1643/98 de 23 de diciembre; núm. 372/99 de 23 de febrero, sentencia de 30 de enero de 2004 y núm. 1046/2004 de 5 de octubre.

La posibilidad de alterar el factum en virtud de prueba documental -y sólo esa- estriba en que respecto a dicha prueba el Tribunal casacional se encuentra en iguales posibilidades de valoración que el de instancia, en la medida que el documento o, en su caso la pericial, permite un examen directo e inmediato como lo tuvo el Tribunal sentenciador, al margen de los principios de inmediación y contradicción.

3) Que el documento por sí mismo sea demostrativo del error que se denuncia cometido por el Tribunal sentenciador al valorar las pruebas, error que debe aparecer de forma clara y patente del examen del documento en cuestión, sin necesidad de acudir a otras pruebas ni razonamientos, conjeturas o hipótesis. Es lo que la doctrina de esta Sala define como literosuficiencia.

4) Que el supuesto error patentizado por el documento no esté a su vez desvirtuado por otras pruebas de igual consistencia y fiabilidad. Al respecto debe recordarse que la ley no concede ninguna preferencia a la prueba documental sobre cualquier otra, antes bien, todas ellas quedan sometidas al cedazo de la crítica y de la valoración -razonada- en conciencia de conformidad con el art. 741 L.E.Cr. Tratándose de varios informes de la misma naturaleza, se exige que todos sean coincidentes o que siendo uno sólo el tribunal sentenciador, de forma inmotivada o arbitraria se haya separado de las

conclusiones de aquéllos no estando fundada su decisión en otros medios de prueba o haya alterado de forma relevante su sentido originario o llegando a conclusiones divergentes con las de los citados informes sin explicación alguna -SSTS 158/2000 y 1860/2002 de 11 de noviembre-.

5) Que los documentos en cuestión han de obrar en la causa, en el sumario o en el rollo de la Audiencia, sin que puedan cumplir esa función impugnativa los incorporados con posterioridad a la sentencia.

6) Finalmente, el error denunciado ha de ser trascendente y con valor causal en relación al resultado o fallo del asunto, por lo que no cabe la estimación del motivo si éste sólo tiene incidencia en aspectos accesorios o irrelevantes. Hay que recordar que el recurso se da contra el fallo, no contra los argumentos que de hecho o de derecho no tengan capacidad de modificarlo (SS.TS. 496/99, 765/04 de 11 de junio).

A los anteriores debemos añadir desde una perspectiva estrictamente procesal la obligación que le compete al recurrente de citar expresamente el documento de manera clara, cita que si bien debe efectuarse en el escrito de anuncio del motivo -art. 855 LECr.- esta Sala ha flexibilizado el formalismo permitiendo que tal designación se efectúe en el escrito de formalización del recurso (STS. 3-4-02), pero en todo caso y como ya recuerda, entre otras la sentencia de esta Sala 332/04 de 11 de marzo, es obligación del recurrente además de individualizar el documento acreditativo del error, precisar los concretos extremos del mismo que acrediten claramente el error en el que se dice cayó el Tribunal, no siendo competencia de esta Sala de casación "adivinar" o buscar tales extremos -SSTS 465/2004 de 6 de abril y 1345/2005 de 14 de octubre-.

3. El motivo, como puede apreciarse de su simple lectura no se acomoda a estos condicionamientos. El M^o Fiscal expone con precisión las deficiencias notables en que incurren los documentos que se descalifican como tales a efectos de modificar el factum, cuyos aspectos erróneos o susceptibles de modificación o los aspectos que deben completarse no se mencionan en el motivo.

Así, los certificados que se invocan no son literosuficientes para acoger sus pretensiones y vienen contradichos con otras pruebas, como la testifical de la funcionaria núm. 28007 y los propios razonamientos de la Sala de instancia acerca de la imposibilidad material de que el funcionario Emilio pudiera controlar tan rigurosamente a las 20 internas a su cargo. Una cosa es lo que manifiesta un certificado de estas características y otra su aplicación práctica. La Sala de instancia ha sentado el factum desde la realidad práctica y no desde el marco teórico que aportan las certificaciones, razonando su convicción en el extenso fundamento de derecho cuarto, que damos aquí por reproducido. Las declaraciones testificales entre las que se encuentra la del director del Centro Sr. C., carecen de relevancia a efectos de este motivo, ya que como es sabido es una simple prueba personal documentada y no un documento a efectos casacionales.

Por último, en relación con algunas imprecisiones que puedan detectarse en las referencias al número de entrevistas que la víctima mantuvo con la psicóloga D^a Carmen, resultan indiferentes, pues lo bien cierto es que el informe de esta psicóloga que se cita obrante al folio 504 no ha sido tergiversado por la Sala de instancia, ya que en el fundamento de derecho tercero se refleja claramente una de las conclusiones del mismo, cual es, la conducta manipuladora de la víctima, de la cual los juzgadores no extraen las conclusiones que pretende el recurrente en su motivo, a la vista del conjunto de las pruebas a las que ya hemos hecho referencia y que se expresan en el fundamento de derecho cuarto.

Las demás supuestas inexactitudes del factum, tales como el carácter o no del Jefe de mantenimiento del recurrente, carecen de virtualidad a los efectos de este motivo, ya que lo importante no es tanto que ostentara formalmente una jefatura de servicio sino su capacidad de influir en la asignación de un puesto de trabajo en dicho servicio para favorecer a la víctima.

En consecuencia, el motivo es inadmisibile.

OCTAVO.- En el cuarto y último motivo el recurrente considera infringido el art. 74 C.P. en relación al 443-2 del mismo Cuerpo legal.

1. Los argumentos que toma como base el motivo son la ausencia de prueba, ya que a su juicio el tribunal únicamente contó con la declaración de la víctima.

El tribunal parece que ha partido de la inversión de la carga de la prueba. Le parece inexplicable que durante tanto tiempo la acusada haya sido receptora de tantos requerimientos y nadie lo haya visto.

2. Realmente el motivo lo es por presunción de inocencia, ya que por corriente infracción de ley está absolutamente abocado a fracaso, al estar condicionada una pretensión de tal naturaleza procesal a aceptar y asumir los hechos declarados probados en todo su contenido, orden y significación (art. 884-3 L.E.Cr.), y en hechos probados se declara paladinamente la existencia de tales requerimientos.

Respecto a la prueba, existe la única posible, que en estos casos ordinariamente suele mediar, que no es otra que el testimonio de la destinataria de las solicitudes sexuales. La declaración de la ofendida, corroborada por otras pruebas, le ha merecido plena credibilidad al tribunal y ha sido suficiente para estimar acreditada la actividad delictiva, confirmada por la carta amenazante recibida de su antigua amiga, ahora acusada.

Tales requerimientos no se hacen o suelen hacerse en público y de forma notoria, sino que se hallan revestidos de la máxima discreción y reserva. No es extraño que no existan testigos de ello. Pero aunque existieran, no se excluye, bien fueran funcionarios o reclusos, las reticencias para declarar en autos contra un funcionario, pues no resulta ni mucho menos recomendable colaborar en el esclarecimiento de los hechos cuando ello podría acarrear problemas al testigo.

3. Lo dicho hasta el momento permite rechazar todos cuantos ataques ha recibido la sentencia en orden a la modificación de los hechos probados. Sin embargo, no se ha reparado que, aceptándolos en sus propios términos, no aparecen en él los presupuestos típicos del delito de abuso sexual (art. 181.1 y 3º C.P.), lo que permite, por mor de la admisión del motivo 4º formulado por la otra acusada, extender los efectos favorables al recurrente (art. 903 L.E.Cr.) Por todo lo expuesto el motivo se desestima.

NOVENO.- Se declaran de oficio las costas respecto de la recurrente Eva Marta y se imponen al otro recurrente José María, todo ello de conformidad con lo dispuesto en el art. 901 L.E.Cr.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación de la procesada Eva Marta por estimación de su motivo Cuarto y con desestimación del resto de los alegados por la misma y en su virtud casamos y anulamos la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª con fecha tres de diciembre de dos mil diez, en ese particular aspecto y con declaración de oficio de las costas causadas en su recurso.

Y debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación del procesado José María, contra la sentencia anteriormente mencionada de fecha tres de diciembre de dos mil diez, y con expresa imposición a dicho recurrente de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicte a la mencionada Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andrés Martínez Arrieta.- José Ramón Soriano Soriano.- José Manuel Maza Martín.- Luciano Varela Castro.- Siro-Francisco García Pérez.

SEGUNDA SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a seis de octubre de dos mil once. En el sumario incoado por el Juzgado de instrucción núm. 5 de Alcalá de Henares con el número 1/2008 y fallado posteriormente por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, contra los procesados José María, nacido en Ávila, el día 24 de septiembre de 1948, hijo de Marcelino y de María, con DNI ..., sin antecedentes penales, solvente y Eva Marta, nacida en Méjico el día 7 de marzo de 1959, hijo de Israel y de Viola, insolvente, con antecedentes penales; y en cuya causa se dictó sentencia por la mencionada Audiencia Provincial, que ha sido casada y anulada por la pronunciada por esta Sala

Segunda del Tribunal Supremo en el día de la fecha, bajo la Presidencia del primero de los indicados y Ponencia del Excmo. Sr. D. José Ramón Soriano Soriano, hace constar lo siguiente:

ANTECEDENTES

ÚNICO.- Se admiten y dan por reproducidos los que se contienen en la sentencia revocada y anulada dictada por la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 23ª, con fecha tres de diciembre de dos mil diez, incluso su relato de hechos probados.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Los de la mencionada sentencia de instancia, salvo en aquello que contradiga los argumentos de este Tribunal, en los concretos extremos relacionados con el motivo que se estima.

SEGUNDO.- La absolución por un delito hace que las costas de la instancia se impongan en su mitad a ambos acusados.

FALLO

Que debemos absolver y absolvemos libremente a ambos acusados José María y Eva Marta, del delito de abuso sexual, con todas las consecuencias favorables, declarando de oficio la mitad de las costas de la instancia.

Se mantienen las demás condenas y sus consecuencias impuestas a los recurrentes en la sentencia de instancia.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Andrés Martínez Arrieta.- José Ramón Soriano Soriano.- José Manuel Maza Martín.- Luciano Varela Castro.- Siro Francisco García Pérez.

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