

Tribunal Supremo. Sentencia núm. 1228/2011 de 16 de noviembre.

RESUMEN

Abuso Sexual: Condena de un Policía Nacional acusado de un delito de abusos sexuales con prevalimiento sobre una detenida extranjera que estaba bajo su custodia.

I. ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO

El Juzgado de Instrucción núm. 2 (antiguo mixto nº 7) de Arona, instruyó Sumario 1/2007, contra Jesús; Lucas ; Mariano y Maximiliano y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Tenerife (Sección Quinta) rollo 46/2008 que, con fecha 21 de febrero de 2011, dictó sentencia que contiene los siguientes

HECHOS PROBADOS:

1º.- En fecha 8 de Junio de 2006, sobre las 6:30 horas, la ciudadana británica Soledad fue detenida, en la vía pública de Playa de las Américas (Arona), por agentes de la Policía Nacional de Playa de las Américas por la comisión de un presunto delito de atentado y desobediencia a agentes de la autoridad. Traslada, en calidad de detenida, a la Comisaría de dicho Cuerpo Policial en Playa de las Américas (municipio de Adeje), fue ingresada en los calabozos policiales entre las 7 y las 8 horas del día referido, encontrándose en evidente estado de embriaguez, y que como quiera que llevaba puesto para cubrir su cuerpo un top con largos cordones para agarrarlo al cuello, por la agente de P.N. NUM000, que procedió a su detención, se le retiró por razones de seguridad, entregándole una sudadera con cremallera con que cubrirse su torso, si bien dado su estado de agitación y embriaguez, se abría constantemente la cremallera y exhibía sus senos a los agentes existentes en Comisaría.

En esa misma mañana del día 8 de Junio de 2006, y en el turno de 7.00 a 13#30 horas, el acusado, Maximiliano, inspector de la Policía Nacional y sin antecedentes penales, realizaba funciones de Coordinador en dicha Comisaría, mientras que el acusado, Mariano, agente de la Policía Nacional con número NUM001, mayor de edad y sin antecedentes penales, estaba encargado de la custodia de los calabozos.

En torno a las 11:20 horas, el acusado, SR. Maximiliano, en el cumplimiento de sus funciones, avisó al coche policial en el que patrullaban el acusado, Jesús, agente de la Policía Nacional con número NUM002, mayor de edad y sin antecedentes penales, y el agente Adrian, para que se personasen en las dependencias policiales, asignando el citado coordinador al acusado, Jesús , la tarea de sustituir al acusado, Mariano, en la labor de encargado de custodia de los calabozos policiales, mientras éste debía hacer un recado en la calle. Dicho departamento policial consta de 16 celdas, siendo las dos celdas del fondo múltiples donde se encontraban los inmigrantes llegados en pateras, y estando todos los calabozos individuales en un pasillo alineados, uno a continuación del otro, sin que existan calabozos unos frente a otros.

2° Cuando el acusado, Jesús, se hizo cargo de la custodia de los calabozos de la Comisaría de la Policía Nacional, su amigo, compañero y también acusado, Lucas, agente de la Policía Nacional con número NUM003, mayor de edad y sin antecedentes penales, abandonó, sin estar autorizado para ello, la oficina de denuncias de la dicha Comisaría y acompañó al acusado, Jesús, hasta los calabozos policiales hasta un total de tres veces, hasta que el agente Mariano regresara de hacer sus gestiones entre las 12 y las 12:15 horas; si bien una vez que regresó a la zona de los calabozos policiales, y antes de hacerse cargo nuevamente de la custodia de los detenidos, al ver llorando a la ciudadana británica Elisenda, la cual se encontraba detenida en una celda contigua a la de Soledad, la 2 bis, la sacó de la misma para que fumase con él un pitillo en un cuarto anexo a los calabozos.

En este lapso de tiempo el acusado, **Jesús, que aún estaba encargándose de la custodia de los calabozos, se dirigió hacia la celda 3 bis en la que se encontraba recluida la detenida Soledad, y tras abrirla, penetró en su interior con el fin de mantener relaciones sexuales con la referida detenida.** Una vez dentro, el acusado, Jesús, **de uniforme, portando la pistola, la porra y las esposas, algo que hizo pensar a Soledad que podría hacerle algo más grave, sin que conste el empleo de violencia alguna, sin solución de continuidad y limitada de esta forma Soledad en su capacidad de autodeterminarse en la referida esfera interpersonal, pese a decirle que no quería, accedió a que el procesado, tras desabrocharse el cinturón, y bajarse los pantalones y los calzoncillos hasta medio muslo, se le echase encima y tras subirle la falda, la penetrase eyaculando en su interior, siendo encontrado semen del mismo tanto en la vagina como en las bragas.** Una vez consumada la relación, el acusado, Jesús, se subió los pantalones y salió de la celda.

3°.- Cuando el acusado, Mariano, se acercó hasta la celda ocupada por Soledad, presenció como esta arrojó sus bragas al acusado Lucas, y le increpaba diciéndole en español básico: "mira lo que me ha hecho tu amigo", desconociéndose si Lucas se encontraba presente cuando su amigo y compañero tuvo la relación sexual con la detenida o si acababa de llegar. Y tras preguntar el acusado, Mariano, al acusado, Lucas, lo que había sucedido con la detenida Soledad, el citado acusado le dijo que Jesús, había tenido instantes antes relaciones sexuales con dicha mujer en su celda, lo cual le fue reconocido asimismo minutos después por el propio acusado, Jesús.

4°.- Asimismo, en la tarde del ocho de julio, y mientras el agente Federico desempeñaba sus funciones de custodia en los calabozos policiales, se presentaron en ese lugar los acusados, Jesús y Lucas, vistiendo ambos de paisano y fuera de su jornada laboral, hablando ambos durante unos minutos con la detenida Soledad.

5°.- No consta acreditado que en esa mañana acusado, Mariano, comunicara de forma verbal al coordinador en servicio en esos momentos, el acusado, Sr. Maximiliano, los hechos anteriores, en la creencia de que los mismos no eran delictivos, pues él no evidenció signo alguno de violencia en la chica ni en sus ropas, entendiendo, tal y como le había dicho Jesús, que la relación sexual había sido consentida por la detenida. Siendo así que al incoarse al día siguiente diligencias penales por el Juez de Guardia, el propio acusado, Jesús, comentó al Comisario, que había sido denunciado por violación por una joven que había estado detenida, si bien le hizo creer que tal denuncia no era cierta, aunque sí que había mantenido relaciones sexuales cuando se encontraba de paisano la noche anterior, por lo que dado que la cuestión se encontraba judicializada,

estimó el Comisario que no era preciso mayor indagación, y así se lo hizo saber al inspector Maximiliano , cuando se incorporó al servicio, a quien igualmente le hizo el comentario el acusado Jesús .

6°.- En la mañana del día 9 de Junio de 2006 la detenida Soledad fue puesta a disposición judicial, y una vez en dependencias del Juzgado de Guardia de Arona denunció los hechos que han dado lugar a la incoación del presente procedimiento. Compareciendo en dependencias judiciales esa misma mañana el acusado Jesús, manifestando que la noche anterior a estar detenida, sobre las 2.15 horas había ligado con la referida denunciante y habían mantenido relaciones sexuales en el vehículo, y que fue testigo su amigo, el otro acusado Lucas.

7° La víctima no ha precisado tratamiento psicológico, no teniendo daños físicos ni psicológicos quedando levemente afectada en cuanto a sus relaciones familiares y recuerdos, sin que haya sido indemnizada, ni consta su renuncia a ello" (sic) .

SEGUNDO

La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

FALLAMOS:

Que debemos condenar y condenamos a Jesús, como autor responsable de un delito de abusos sexuales con prevalimiento del art. 182.1 C.P .en relación con el art. 181, apartados 1 y 3 del Código Penal 3 a la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN [...]

Que debemos absolver y absolvemos a Lucas del delito de agresión sexual.

Que debemos absolver y absolvemos a Mariano y Maximiliano del delito contra la Administración Pública del que eran objeto de acusación con todos los pronunciamientos favorables y costas de oficio" (sic).

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO DE INTERÉS

Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por el recurrente, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

RECURSO INTERPUESTO:

[...]

TERCERO.- El segundo de los motivos, al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, sostiene la vulneración de los derechos de defensa y a un proceso con todas las garantías del art. 24.2 de la CE.

La quiebra del derecho de defensa se habría producido -razona el recurrente- por la decisión de la Audiencia Provincial de absolver del delito por el que inicialmente se formulaba acusación -agresión sexual con violencia e intimidación, arts. 178 y 179 CP -

por un delito de abuso sexual por prevalimiento de una situación de superioridad -art. 182.1 en relación con el art. 181.1 y 3 CP -. Reconoce la defensa que no se ha penado por un delito más grave, pero considera que la falta de homogeneidad entre ambas figuras jurídicas ha obligado a los Jueces de instancia a introducir hechos en el juicio histórico que no fueron objeto de acusación. Tampoco fueron objeto de debate el daño psíquico o moral, ni la afectación leve como base para una futura indemnización. El motivo no puede prosperar.
[...]

Nada de esto ha acontecido en el presente recurso de casación. **El supuesto de hecho** que motivó la acusación y ulterior condena del recurrente **está fronterizo entre la intimidación que define el delito de agresión sexual** (art. 178 CP) **y el prevalimiento que caracteriza el abuso sexual** (art. 182.1 CP). Y esta similitud estuvo presente en el interrogatorio al que el acusado fue sometido. Inspiró también el interrogatorio de la víctima. El hoy recurrente pudo discutir en su momento si existió una conducta de contenido sexual, si ésta fue consentida y, en definitiva, si se vulneró o no el bien jurídico tutelado. El examen de la prueba testifical ofrecida es buen ejemplo de la capacidad alegatoria que el imputado tuvo en todo momento a la hora de desvirtuar la concurrencia de violencia o intimidación tal y como propugnaban las acusaciones. Es difícil ahora argumentar que la conclusión de **la Audiencia descartando la existencia de vis física o compulsiva y admitiendo una situación de superioridad que estuvo en el origen de la entrega por parte de la víctima**, fuera el imprevisto fruto de una controversia hasta entonces inexistente. Conviene reparar en que el Tribunal a quo, una vez descartada la concurrencia de violencia o intimidación, ha construido el elemento típico del prevalimiento a partir de datos fácticos que el Fiscal ya había proporcionado en su escrito de conclusiones.

En su acta acusatoria ya se hacía alusión a que **Jesús "... portaba la pistola, la porra y las esposas, algo que hizo pensar a Soledad que podría hacerle algo más grave"**. La Sala hace suyas las palabras del Fiscal del Tribunal Supremo que, en su escrito de impugnación, señala que existe una total y esencial identidad fáctica entre el hecho objeto de acusación y el hecho declarado probado, pues la acusación provisional, luego elevada a definitiva, se refería a una **situación de intimidación que**, a juicio del Fiscal, **anulaba el consentimiento de la víctima al encontrarse detenida, ser extranjera, acudir el agente uniformado y, además, agarrarla con fuerza para conseguir el acceso carnal, mientras que la sentencia se refiere a un consentimiento viciado por la situación de superioridad manifiesta determinada por la condición de extranjera, detenida y afectada por las bebidas alcohólicas ingeridas horas antes, así como por la condición de policía uniformado, con sus armas reglamentarias y encargado de la custodia de los detenidos, de la que se aprovechó el acusado para satisfacer sus lascivos deseos**, hechos de los que tuvo conocimiento el recurrente y de los que pudo defenderse sin cortapisas. Existe homogeneidad entre el delito de agresión sexual con intimidación y el delito de abuso sexual con prevalimiento en cuanto afectan al mismo bien jurídico y, por último, la pena señalada al delito de abuso sexual es menor que la establecida para el delito de agresión sexual [...]

La queja ha de ser desestimada (art. 885.1 y 2 LECrim) [...].

QUINTO.- El quinto motivo -primero de los que se formalizan al amparo del art. 849.1 de la LECrim – considera que la sentencia incurre en un error jurídico en la calificación de los hechos, por aplicación indebida de los arts. 182.1 y 181.1 y 3 del CP.

Argumenta la defensa que la situación de superioridad a que se refieren los preceptos aplicados **exige que ésta sea manifiesta, eficaz, objetivamente apreciable y no sólo percibida por una de las partes.** A la vista de las circunstancias que concurrieron -en las que Soledad exhibía sus pechos y pedía insistentemente tener sexo, no cabe otra conclusión que la relación sexual fue libremente consentida. El dolo del sujeto activo no abarcó todos los elementos del tipo, dado que el mensaje que emitía la víctima era, cuando menos, confuso, no siendo ajeno a pautas de seducción normalmente extendidas.

El motivo no puede ser acogido [...]

La situación descrita en el factum evidencia una situación de superioridad aprovechada de modo expreso por el acusado. Se trata de una mujer detenida, extranjera, que no habla el idioma español, sometida a su custodia, aturdida como consecuencia de la excesiva ingesta de bebidas alcohólicas, que es requerida para la prestación de un consentimiento por parte de quien aparece uniformado, portando su pistola reglamentaria, la porra y los grilletes. Como precisa el Fiscal, todo ello conforma una situación de asimetría de posiciones tan clara, que pocas explicaciones más cabe dar para justificar la situación de superioridad, mando o dominio que controlaba y de la que se prevaleció Jesús.

La STS 227/2003, 19 de febrero, presenta llamativas coincidencias con el supuesto de hecho que ahora es objeto de enjuiciamiento. Se trataba de un policía local que después de una intervención oficial motivada por razón de su cargo, vistiendo el uniforme reglamentario y portando prendida su arma, propuso abiertamente a una joven detenida mantener relaciones sexuales, "... propuesta que aún no aceptada explícitamente por la chica y ante la presencia de un agente provisto de su indumentaria oficial motivó que sin solución de continuidad y atenazada en su capacidad de autodeterminarse en la referida esfera interpersonal accediera a desvestirse y auxiliar al policía a hacer lo propio, de tal suerte que en la breve cronología en la que se concretase el encuentro analizado", el agente penetró por vía vaginal a la víctima. El Ministerio Fiscal había formulado acusación por un delito de agresión sexual con intimidación y un delito de solicitud de favores sexuales por funcionario público, rechazando la Audiencia esa calificación de los hechos y condenando al acusado como autor de un delito de abusos sexuales con prevalimiento.

En definitiva, no existe error alguno en el juicio de subsunción y el motivo ha de ser desestimado (art. 884.3 y 4 y 885.1 LECrim) [...].

III. FALLO

SENTENCIA

Que **debemos declarar y declaramos NO HABER LUGAR** al recurso de casación, interpuesto por la representación legal de Jesús contra la sentencia de fecha 21 de febrero de 2011, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Tenerife, en la causa seguida por el delito de abusos sexuales y condenamos al recurrente al pago de las costas causadas. [...].