



Roj: **STS 4778/2013 - ECLI:ES:TS:2013:4778**

Id Cendoj: **28079120012013100729**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **01/10/2013**

Nº de Recurso: **2294/2012**

Nº de Resolución: **718/2013**

Procedimiento: **PENAL - APELACION PROCEDIMIENTO ABREVIADO**

Ponente: **LUCIANO VARELA CASTRO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP TF 2195/2012,**  
**STS 4778/2013**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **SENTENCIA**

**Sentencia Nº:** 718/2013

**RECURSO CASACION Nº:** **2294/2012**

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Desestimatoria

**Procedencia:** Audiencia Provincial de Tenerife

**Fecha Sentencia :** 01/10/2013

**Ponente Excmo. Sr. D. :** **Luciano Varela Castro**

**Secretaría de Sala :** Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

**Escrito por :** CPB

Delito de torturas

\* Los vigilantes privados de seguridad son funcionarios conforme al art. 24 del CP a los efectos de considerarse autores típicos del delito del art. 174 y siguientes.

\* El art. 176 es un delito de omisión pura.

\* El trato degradante menos grave también es típico.

\* El derecho del menor a no sufrir trato degradante implica el deber de impedirlo exigible a los educadores en un centro de ejecución de medidas impuestas en aplicación de la ley de responsabilidad penal del menor

**Nº:** **2294/2012**

**Ponente Excmo. Sr. D.:** **Luciano Varela Castro**

**Fallo:** 25/09/2013

**Secretaría de Sala:** Ilma. Sra. Dña. Sonsoles de la Cuesta y de Quero

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

**SENTENCIA Nº:** 718/2013



Excmos. Sres.:

D. Joaquín Giménez García

D. Perfecto Andrés Ibáñez

D. José Manuel Maza Martín

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Luciano Varela Castro

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 uno de Octubre de dos mil trece.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto los recursos de casación por infracción de ley, precepto constitucional y quebrantamiento de forma, interpuestos por **Concepción** representada por el Procurador D. Carlos José Navarro Gutiérrez, **Sebastián** representado por el Procurador D. Rafael Palma Crespo, **Juan Antonio** representado por la Procuradora D<sup>a</sup> Soledad Vallés Rodríguez y por el Letrado del Servicio Jurídico de la **ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS**, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la **Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife**, con fecha 19 de octubre de 2012. Ha intervenido el Ministerio Fiscal; y, como parte recurrida **Cayetano y Pilar**, representados por la Procuradora D<sup>a</sup> María Lourdes Amasio Díaz. Ha sido Magistrado Ponente, el Excmo. Sr. D. **Luciano Varela Castro**.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción nº 1 de Santa Cruz de Tenerife, instruyó Procedimiento Abreviado nº 102/2008, contra Juan Antonio, Sebastián, Julio, Concepción, Eliseo, Pedro Francisco y Cipriano, por delitos contra la integridad moral y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife que con fecha 19 de octubre de 2012, en el rollo nº 20/2012, dictó sentencia que contiene los siguientes **hechos probados**:

*"Resultan probados y así se declara los siguientes hechos:*

**1<sup>a</sup>-** El 1 de octubre de 2004, procedente del Centro de Menores "Valle Tabares", ingresó en el Centro de Menores de ejecución de medidas judiciales "Nivaria", sito en Camino del Preventorio s/n, Monte de La Esperanza, del t.m. de El Rosario, en la isla de Tenerife, el menor Olegario, nacido el NUM000 /1988 y por tanto contando 16 años de edad, quien desde los 8 años estaba en tratamiento psiquiátrico por presentar trastornos de conducta (hiperactividad), y respecto del cual la Dirección General del Menor tuvo intervención protectora, pasando a partir del año 2003, y de acuerdo con los padres, D. Cayetano y D<sup>a</sup> Pilar ante la impotencia y carencia de recursos de los mismos para dar adecuado tratamiento multidisciplinar a sus padecimientos y los incidentes de violencia familiar que protagonizaba y que fueron judicializados, a tener que ser declarado por Resolución de 7 de octubre de 2003 en situación de desamparo confirmada por resolución de la citada Dirección General de 23 de diciembre de 2003, quien asumía su tutela, siendo inicialmente sometido a medida de libertad vigilada por *sentencia de 12 de noviembre de 2002 del Juzgado de Menores nº Uno de esta capital en expediente 191/2002, y que tras los quebrantamientos originó la adopción de medida de internamiento en régimen semiabierto en grupo de convivencia, para finalmente, y tras agredir a un educador, adoptarse la medida de internamiento en régimen cerrado. Si bien los padres, en ningún momento se desentendieron del menor al que prestaban su apoyo, visitaban semanalmente, entrevistándose con los técnicos que lo trataban en los distintos centros y se sometieron al apoyo psicológico como unidad familiar a instancias de la Administración ante el empeoramiento real de su salud mental, llegando a sufrir recaídas en su enfermedad, siendo concreta manifestación de ello la activación, cuando se encontraba en el Centro Valle Tabares, en fecha de 28 de septiembre de 2004, del protocolo de suicidio ante la conducta del menor que llevó a cabo varios episodios de autolisis y amenazas de suicidio, el cual pese a ser dado por finalizado, requería a juicio de la psicóloga, seguir su control.*

*Desde el ingreso en el mencionado Centro "Nivaria", el día 1 de octubre, Olegario, que fue destinado inicialmente al módulo 2 (módulo cerrado), tuvo varios enfrentamientos con otros menores, siendo objeto de agresiones, comportamientos de acoso, degradantes, abusivos y vejatorios, si bien en todas las ocasiones -hasta siete- que precisó asistencia médica, negaba Olegario ser objeto de agresión, pese a la incompatibilidad de lo narrado con*



las heridas y/o lesiones observadas por la médico del Centro, sufriendo el día 2 de noviembre, tras un incidente con un menor y al ser sancionado y trasladado al módulo 0, de observación, el destrozo y sustracción de su ropa, pues en aquél modulo 2, los menores habían dispuesto con libertad de las llaves de las celdas, hasta que en fechas recientes fueron cambiadas las cerraduras. Todos estos comportamientos de acoso ininterrumpidos por el resto de los menores del Centro, fueron menoscabando la salud psíquica de Olegario , quién en la última semana de su vida procedió a encerrarse en su habitación, limitando la conversación con otros internos, negándose a bajar al patio o a participar de la realización de cualquier actividad o programa del centro, evitando coincidir con otros internos que, permanentemente, le anunciaban que si coincidían con él le iban a matar, sin que conste, pese a la reciente activación del protocolo de suicidio y su visible deterioro psíquico, que los empleados de Centro (educadores y guardias de seguridad) llevaran a cabo una intervención para ayudar a Olegario y evitar no sólo agresiones de los compañeros del Centro de Menores sino también posibles conductas de autolisis del menor, a pesar de que eran conscientes de su frágil situación psíquica.

Siendo así que el citado Centro de Menores " Nivaria", encargado de la ejecución judicial de las medidas de internamiento en régimen cerrado y semicerrado, presentaba un claro déficit en su funcionamiento, desarrollando la seguridad un grupo de veinticinco vigilantes de seguridad, de los cuales la mayoría (dieciocho) carecía de habilitación así como de la más mínima formación y experiencia, en cuanto que habían sido contratados por la empresa de Seguridad Integral Canarias SA hacía escasos días, siendo quienes impartían la mayoría de las veces directamente castigos corporales y aplicaban medidas de contención física y psiquiátrica, y cuyo cuerpo de educadores igualmente carecía de experiencia, por lo que imperaba una situación caótica y deplorable en el desarrollo diario de la convivencia, estando las citadas medidas judiciales controladas en manos, ya de personal inexperto, ya de personal sin la más mínima formación, que ejercían su labor con constantes irregularidades, campando los menores con libertad en el módulo cerrado con connivencia de vigilantes y educadores, de todo lo cual era sabedora la Dirección General del Menor y la Familia, pues recientemente, en agosto de ese año tuvo que cesar a la anterior Fundación que lo gestionaba, pese a lo cual no ejercitaba en necesario control.

2ª.- Encontrándose el menor **Olegario** en el módulo 0, módulo "de observación", donde -ante la precariedad de medios- convivían, por disposición de la propia Administración en las seis celdas, los sancionados y los refugiados, y ante la situación de acoso y hostigamiento que sufría por el resto de los menores, especialmente por parte del menor Evaristo , quien era uno de los cabecillas del centro, efectúa la petición de Refugio a las 12.00 horas P.M. del día 5 de noviembre, en base a que: "quería estar sólo", procediéndose de forma inmediata por la Dirección del Centro y ante los incidentes protagonizados, a acceder a la misma, consistiendo dicho estado de refugio "en realizar actividades obligatorias con otro menor que se encuentre en su misma situación pero por otros motivos, con orientación psicosocial, e intervención paralela del grupo de convivencia", imponiéndosele no obstante desde la Dirección del centro, la convivencia, primero con Hacinar, y posteriormente con Samuel hasta el día 11 de noviembre de 2004 en que éste último solicitó que lo sacaran de la celda que compartía con Olegario , pues según decían era un chivato, sufriendo Olegario esa tarde amenazas de muerte e insultos por los menores del citado módulo 0, que sabían de su estado psíquico y el tratamiento con transxilium 50 mg que llevaba, y que era conocido por los menores y acusados en su intención de hacer insostenible la estancia del menor en el Centro, lo que provocó un estado de pánico, sin querer salir de la celda ni siquiera a orinar. El menor Evaristo , en el expediente no NUM001 incoado por la Fiscalía de Menores a raíz de la muerte de Olegario , sería condenado por el Juzgado de Menores de S/C de Tenerife en virtud de sentencia 27 de junio de 2008 por la comisión de un delito de amenazas de muerte vertidas ese mismo día 12 de noviembre.

3ª.- Ante tal situación de permanente acoso al que el citado menor se veía sometido por otros internos, especialmente por Evaristo , el acusado, Juan Antonio , mayor de edad y con antecedentes penales no susceptibles de computarse a efectos de reincidencia, vigilante de seguridad del centro (empleado de la mercantil Seguridad Integral Canaria S.A.), pese a carecer de la más mínima formación para ello, y ni tan siquiera estar habilitado legalmente para actuar como vigilante de seguridad, habiendo visto como aquel menor le llegaba a agredir físicamente a Olegario , no sólo no intervenía conscientemente en ningún instante en auxilio del menor a pesar de estar obligado a ello, precisamente por ser el agresor uno de los cabecillas del centro, sino que con la finalidad de vengarse por haber propiciado el traslado de un compañero a Las Palmas, a sabiendas de su débil fortaleza psíquica, le sometió a un estado continuo de humillación y temor llamándole chivato e hijo de puta, a la vez que le agredía y menospreciaba, creando en el mismo un sentimiento de angustia e inferioridad, quebrándole su resistencia física y moral, y anulando su autoestima, todo ello ejecutado desde una posición de abuso de poder que le daba desarrollar en el interior del centro su función de vigilante de seguridad y ser el menor un interno sometido a una medida judicial en régimen cerrado.

Así pues, de esta forma y concretamente, en fecha indeterminada, pero en todo caso muy **próxima al 12 de noviembre de 2004**, en que Olegario ya se encontraba en el módulo 0, el acusado **Juan Antonio** , de enorme corpulencia física y cuyo aspecto era claramente intimidador, en compañía de otro acusado, **Sebastián** , mayor de edad y con antecedentes penales no susceptibles de computarse a efectos de reincidencia, e igualmente



vigilante de seguridad del centro (contratado por Seguridad Integral canaria S.A.), pese a carecer igualmente de la mínima formación para ello, y no estando tampoco habilitado legalmente para actuar como vigilante de seguridad, abusando de su cargo, pues no podían abrir la celda sin autorización de los educadores, se dirigieron a Olegario que se encontraba en la celda compartiéndola con Samuel, con el mismo fin de venganza por su actuación para con otro compañero que "por su culpa trasladaron a Las Palmas, y tras lograr el primer acusado mediante el uso de la fuerza que éste cayera al suelo, le puso un pie encima de la cabeza al tiempo que le insultaba llamándole "chivata", todo ello ante la atenta mirada de Sebastián que asentía al "espectáculo que se estaba produciendo" sin hacer ninguna intervención para evitarlo, pues junto a aquél abrió la celda, pudiendo hacerlo y llegando a apoyarlo verbalmente y a reírse.

Del mismo modo, el día 12 de noviembre de 2004, Juan Antonio, quien esa noche estaba desempeñando sus funciones de vigilante en el módulo 2, en la planta superior, se personó sin justificación ni autorización en el módulo de observación de la planta baja al menos en siete ocasiones, y al menos en dos de ellas, una sobre las 20.30 horas y otra sobre las 22 horas, al pasar por fuera de la celda no 6 y a través de la rendija de la puerta, con igual abuso de su función, se dirigió de forma muy agresiva a Olegario, profiriéndole numerosos insultos y expresiones intimidatorias, llegando a decirle que era una "chivata de mierda", "un hijo de puta y que le iba a matar", al mismo tiempo que le recriminaba que por su culpa hubieran trasladado a Las Palmas a un compañero, teniendo origen sus acusaciones al menor en comentarios que había hecho Olegario en los que relataba que por algunos empleados del centro se suministraba sustancias prohibidas a los internos.

En este caso, tales hechos fueron presenciados por la acusada, Concepción, educadora del centro, coordinadora y con funciones de asistencia y acompañamiento de los menores en todo momento, la cual pese a tener encomendado legalmente el mantenimiento del orden interno así como el pleno respeto de los derechos de los menores, entre los que destaca el derecho a la integridad personal, esa tarde-noche ya en el momento de incorporarse a su puesto en el módulo 0, sobre las 20.30 horas presenció una primera actuación abusiva e intimidatoria del vigilante de seguridad Juan Antonio hacia el menor Olegario, que se encontraba en situación de refugio, y demandaba especial protección, y a sabiendas de que le tenía amenazado por ser un chivato y que le maltrataba verbalmente por venganza, no sólo no la evitó, sino que no hizo absolutamente nada, permitiendo las sucesivas amenazas y humillaciones de dicho vigilante al citado menor esa noche sobre las 22.00 horas pese hallarse presente, como las del resto de los menores, especialmente por parte de Evaristo, ni tomó medidas para que no volviese a ocurrir, ni prohibió al acusado Juan Antonio su bajada a dicho módulo a lo largo de la noche, ni le amonestó ni hizo que le amonestaran cuando podía hacerlo, ya poniendo los hechos en inmediato conocimiento de la Directora del centro, ya del Director de Seguridad, ni solicitó el auxilio de los miembros de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad ante la comisión de dichas amenazas de muerte.

La acusada Concepción, educadora, pese al estado de intranquilidad del menor, y sabiendo de su trastorno psíquico e intranquilidad en se encontraba, no volvió en toda la noche a preocuparse del mismo, quien incluso llegó a tapar la rejilla de la celda con un trapo para no ser observado, lo que no está permitido, como tampoco hizo constar en parte de incidencia alguno, que Eliseo abandonó su servicio entorno las 23,30 horas para subirse a dormir al módulo 2, y que sobre las 00,49 entrarían de la calle cuatro vigilantes de seguridad, entre ellos el acusado Pedro Francisco, jefe de seguridad, que no se encontraban de servicio al Centro, y se había ido a cenar con tres vigilantes más al salir del servicio, portando copas en las manos y dando gritos de alegría, marchándose al cabo de hora y media.

Todos estos acusados, sabedores de los padecimientos mentales del menor, y a quien todas las noches, sobre las 20,30 horas le era suministrado por la ATS del Centro, Sra. Ángeles, transxilum 50 mg., así como de las humillaciones, acosos y hostigamientos de que era objeto por otros menores, ejercían en el marco de sus respectivas responsabilidades, por disposición legal y bajo el control y supervisión de la Dirección General del Menor y de la Familia, funciones en ese centro y en desenvolvimiento del servicio legalmente establecido para que los menores cumplieran las medidas judiciales que le eran impuestas.

3º.- Ante tal estado de máxima angustia, temor, anulación de autoestima y abandono se dejó por parte de los acusados al menor Olegario esa noche, que sería hallado, entorno las 08,30 horas, del día del día 13 de noviembre de 2004, muerto en la celda nº NUM002, con una bolsa de plástico en la cabeza que le provocó una sofocación, generando una parada cardiorrespiratoria secundaria a un edema agudo de pulmón, produciéndose el fallecimiento entre las 0 y las 4 horas del día señalado.

4º.- Igualmente esa tarde-noche, se encontraban en el centro los vigilantes de seguridad Julio y Eliseo, mayores de edad y sin antecedentes penales, también acusados, si bien no ha quedado acreditado que estuvieran presentes cuando Juan Antonio profirió las amenazas ni que les fuera solicitado auxilio por parte de la educadora que los presenció, como tampoco consta que se encontrara presente el acusado Pedro Francisco, jefe de seguridad y superior inmediato de aquellos dos, ni que el vigilante Cipriano, mayor de edad y sin



antecedentes penales, estuviera presente y consintiera tales agresiones y acosos, ni que llegara a agredirlo de forma reiterada durante esos días.

5º.- El Centro de Menores "Nivaria", es un organismo dependiente de la Dirección General de Protección del Menor y la Familia de la Consejería de Empleo y Asuntos Sociales del Gobierno de Canarias, y estaba gestionado a través de la Fundación Canaria de Juventud "Ideo", siendo encomendada por dicha Administración Pública su seguridad y vigilancia a la entidad "Protección Integral Canaria S.A."

La Fundación "Ideo" a la fecha de los hechos tenía contratada una póliza colectiva de responsabilidad civil por accidentes con la entidad aseguradora "Ocaso S.A." (sic)

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

**"FALLAMOS.-** Que **condenamos** a **Juan Antonio** como autor responsable de un delito de torturas del art. 174.2 C.P. de menor gravedad, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 C. . a la pena de UN AÑO Y SEIS MESES de PRISIÓN e inhabilitación absoluta durante ocho años y costas en proporción.

Que condenamos a **Sebastián** y a **Concepción** como autores responsables criminalmente de un delito de torturas del art. 176 en relación con el art. 174.2 C.P. de menor gravedad, concurriendo la atenuante de dilaciones indebidas del art. 21.6 C.P. a las penas de UN AÑO de PRISIÓN e inhabilitación absoluta por tiempo de ocho años y costas en proporción.

Que absolvemos a los acusados **Pedro Francisco** , **Eliseo** , **Cipriano** y **Julio** del delito de torturas que del cual eran objeto de acusación con todos los pronunciamientos favorables y costas de oficio.

Igualmente condenamos a los acusados a **Juan Antonio** , **Concepción** y **Sebastián** , en la proporción y cuota indicada en el correspondiente fundamento, a que indemnicen a los padres del menor **Olegario** , **D. Cayetano** y **Dª Pilar** , en la cuantía de 60.000 euros por los perjuicios sufridos por su hijo con ocasión del delito de torturas, siendo responsables civiles subsidiarios la entidad **Protección Integral Canaria**, **Fundación Ideo** y la **Dirección General de Protección del menor y la Familia del Gobierno de Canarias**, con los intereses legales del art. 576 LEC , absolviendo de la pretensión civil a la Cía aseguradora **Ocaso**." (sic)

**TERCERO.-** Con fecha 30 de octubre de 2012, se dictó auto de aclaración con la siguiente parte dispositiva:

**"LA SALA RESUELVE:** Aclarar de esta Sala de fecha el FALLO de la sentencia debiendo afirmarse que la condena en costas incluye las de la acusación particular, así como sustituir la mención de la entidad **Protección Integral canaria** por la de "**Seguridad Integral Canaria S.A.**", integrándose el ENCABEZAMIENTO con el nombre de la citada **Letrada**, **Dª Vanessa García Ortilés**." (sic)

**CUARTO.-** Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación, por **Concepción** , **Sebastián** , **Juan Antonio** , **la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias** y **la Fundación Canaria de Juventud "IDEO"** , que se tuvieron por anunciados, habiéndose declarado desierto por decreto dictado el 4 de marzo de 2013, el recurso anunciado por la Fundación "Ideo", remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**QUINTO.-** Las representaciones de los recurrentes, basa sus recurso en los siguientes motivos:

Recurso de **Juan Antonio**

1º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por aplicación indebida del tipo del delito de tortura.

2º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim al revestir a los agentes de seguridad de carácter de autoridad o funcionario público.

Recurso de **Sebastián**

1º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim por infracción de ley, por aplicación indebida del tipo de la tortura.

2º.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por infracción de ley, por la consideración legal del acusado como autoridad.

Recurso de **Concepción**

1º.- Por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva y a la presunción de inocencia, del art. 24 de la CE , en base a los arts. 852 de la LECrim . y 5.4 de la LOPJ .

2º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1 de la LECrim . por aplicación indebida del art. 176 en relación con el art. 174.2 ambos del CP .



3º.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 de la LECrim . por error en la valoración de la prueba.

### **Recurso de la Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias**

**Único.**- Al amparo del art. 849 de la LECrim . por indebida aplicación de los arts. 109 y 115 del CP .

**SEXTO.**- Instruido el Ministerio Fiscal y las demás partes de los recursos interpuestos, la Sala los admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.**- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 25 de septiembre de 2013.

## **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Recurso de Juan Antonio

**PRIMERO.- 1.-** En el primero de los motivos se denuncia como infracción de ley la subsunción en el tipo penal de los hechos tal como han sido declarados. Pero en realidad el motivo lo que hace es cuestionar la misma declaración de hechos como probados antes que su calificación jurídica. Así, discrepa, para fundar su impugnación, de lo afirmado por la sentencia en cuanto a la afirmación de que conocía las condiciones del menor, o la realidad de los insultos y acosos. Y, para avalar esa discrepancia, critica los testimonios depuestos en el juicio y considerados creíbles por la sentencia.

Lo que, por sí solo, llevaría a la desestimación del motivo, al no haber esa estrategia en el cauce del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En todo caso, protesta la calificación jurídica de los hechos declarados probados discrepando del juicio de valor que lleva a considerar su comportamiento como **degradante**, a los efectos del artículo 174.2 por el que fue penado. Y ello so pretexto de que tal comportamiento fue meramente puntual y extraño.

**2.-** En nuestra Sentencia TS de 10 de mayo de 2007, recurso 3281/2007 , establecimos que, por lo que respecta a los tipos penales de tortura del artículo 174 y ss, y en cuanto a *la acción* , que el *sujeto activo tiene que abusar de su cargo* , lo que significa un comportamiento extralimitativo, prevaleciendo de su condición pública, lo que produce una cierta intimidación para la consecución de sus fines y de sensación de impunidad en su comportamiento, y en cuanto al *resultado*, que consiste en atentar contra la integridad moral de una persona. El derecho a la integridad moral está reconocido constitucionalmente en el art. 15 de nuestra Carta Magna , que proscribía con carácter general los *tratos degradantes* , y que se conecta directamente con la dignidad de la persona, cuyo artículo 10º atribuye a la misma ser el fundamento del orden político y de la paz social.

Conviene recordar una precisión, que ya hicimos en nuestra Sentencia TS nº 5846/2009 de 28 de septiembre , al advertir que la cuestión de la *gravedad* es resuelta de manera diferenciada cuando el sujeto activo es funcionario público, cual es el caso de los artículos 174 y siguientes del Código Penal , porque, en este caso, a diferencia de los supuestos del artículo 173 del mismo Código Penal , **el delito existe incluso cuando el atentado no fuere grave**. La sentencia, en cualquier caso ya tipificó lo imputado como menos grave.

Como deriva del artículo 177 del Código Penal , tampoco se requiere otro resultado añadido al atentado a la integridad moral.

Basta la lectura de los hechos probados para constatar que los actos atribuidos al recurrente: golpes, insultos y amenazas al menor en situación de "refugio" como interno, sólo con indudable laxitud puede calificarse de atentado no grave a la dignidad de dicho menor.

Por otra parte, apenas merece discusión, que la *finalidad* del comportamiento imputado era la venganza del autor contra el menor víctima a causa de la convicción de aquél respecto al protagonismo del menor en el despido de un compañero del recurrente.

Dado que, como veremos en el siguiente fundamento jurídico, el recurrente reúne la condición de *funcionario público* a los efectos penales, concurren todos los elementos del tipo penal imputado.

El motivo se rechaza.

**SEGUNDO.-** También como infracción de ley, se impugna la tipificación de los hechos probados como constitutivos del delito del artículo 174 del Código Penal . Ahora lo cuestionado es la **condición del recurrente como posible sujeto típico de dicho delito** al no concurrir, según el recurrente, la **condición de funcionario público** en el mismo.

En efecto, el delito del artículo 174 difiere del tipo penal previsto en el artículo 173 en la condición típica del autor que debe acomodarse a la definición del artículo 24 del Código Penal . Y tal condición, dice el recurrente,



no concurre en el mismo, que era un vigilante de seguridad, lo que le sitúa entre los meros "auxiliares" de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, conforme a la Ley 23/1992 de 30 de julio.

Olvida el recurrente que es precisamente esa condición la que lleva a que los vigilantes de seguridad se deban clasificar entre los sujetos a que se refiere el artículo 24.2 del Código Penal, en cuanto que, conforme a la citada Ley, y habiendo sido legalmente investido de esa condición, la función que desempeña tiene, a los efectos penales, la consideración de funcionario, lo que, como en el caso de la Sentencia nº TS 850/2006 de 12 de julio, le reportaría la exención de responsabilidad penal, si se adecua al ejercicio proporcionado de la misma.

El artículo 24 del Código Penal caracteriza como funcionario a los efectos penales, no solamente a quienes tienen tal condición conforme al estatuto regulado en leyes administrativas, sino a todo el que, incluso sin tal condición, **participe** en el ejercicio de funciones que sean públicas. Y no cabe duda de que la seguridad lo es y "auxiliar" es una forma de participar.

El motivo se rechaza

*Recurso de Sebastián*

**TERCERO.-** En el primero de los motivos, con notorio error, al afirmar que la declaración de hechos probados *infringe (sic)* precepto penal porque la conducta descrita no constituye el tipo penal, aplicado. Tan desafortunada expresión podría querer decir que es la subsunción de ese hecho en el tipo invocado la que resulta contraria a norma penal.

Lo que el motivo pretende es que se tenga por probado: **a)** que sólo asiste *pasivamente* a lo que el anterior recurrente hace; **b)** que *nada* sabía sobre las demás circunstancias concurrentes en la víctima y en el citado anterior recurrente, ya que solamente coincidió con ambos en una ocasión y **c)** que no son creíbles las *manifestaciones de los testigos* menores Samuel y Evaristo.

En consecuencia, estima, su presencia pasiva no es equiparable a "asentimiento" respecto de los actos del otro anterior recurrente.

Finalmente, considera que, incluso de darse por adecuadamente probado el hecho que se imputa, éste no sería constitutivo del delito del artículo 174.2 del Código Penal.

**2.-** El único fundamento que cabe para el motivo que se ampara en el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que no en el 859 erróneamente invocado por el recurrente, es la inadecuada calificación jurídica del hecho tal como éste viene declarado probado en la sentencia de instancia.

No obstante, la exposición del motivo, lejos de circunscribirse a esos márgenes del cauce procesal, lo que cuestiona no es la subsunción del hecho o su calificación, sino la pertinencia de que sea declarado como probado, debate que es ajeno al que autoriza el citado precepto.

Sería ello suficiente para rechazar el motivo. Pero, en la medida que la argumentación del recurrente alcanza también a juicios de valor determinantes de la calificación jurídica combatida por el recurso, procede entrar en el examen de éstas.

En lo relativo a la atipicidad de la *mera pasividad* que se le atribuye, conviene hacer la advertencia de que el recurrente, pese a que solamente dirige su refutación a la aplicación del artículo 174.2 del Código Penal, viene condenado ex artículo 176, de suerte que el 174.2 tipifica en la sentencia de instancia el comportamiento del otro coacusado anterior recurrente, Sr. Juan Antonio.

Reiterando lo que dejamos dicho sobre la correcta tipificación de la conducta de éste, advertimos ahora que el verbo típico del delito del artículo 176 es el de **permitir**, en referencia precisamente al comportamiento de otro, tipificado, ese sí, conforme al artículo 174.2 todos ellos del Código Penal. Y permitir, según el Diccionario RAE, cuando no se refiere a Autoridad, significa, en su segunda acepción *No impedir lo que se pudiera y debiera evitar*. Es decir es un comportamiento pasivo, de omisión siquiera de omisión de aquello que era *debido hacer* y no se hizo.

El tipo penal del artículo 176 se configura como un tipo de omisión pura. Sin duda la decisión del legislador parte del juicio de equivalencia a que se refiere el artículo 11 del Código Penal. Pero no lo remite al momento de aplicación de la norma al caso. De ahí que no sea exigible en el enjuiciamiento la constatación de una determinada posición de garante. El legislador la subsume implícitamente al describir la situación típica del delito omisivo: *otras personas*, diversas del sujeto activo del delito del artículo 176, llevan a cabo *los hechos previstos en los artículos anteriores*, en este caso la del artículo 174.2, del Código Penal.



En cuanto al sujeto activo del delito del artículo 176 se tipifica por su condición de funcionario, concepto que se especifica en el artículo 24 del Código Penal y respecto del cual damos por reproducido lo dicho en cuanto al recurso del otro coacusado.

Desde el punto de vista subjetivo basta el conocimiento concreto del acto típico del otro autor para dar por concurrente el dolo exigible. Cualquiera que fuera el conocimiento que el recurrente tuviera de otros momentos de la relación entre el Sr. Juan Antonio y el menor víctima, el hecho que presencia, tal como se describe probado, constituye por sí solo aquella situación típica constitutiva de la infracción del artículo 174.2 del Código Penal.

Finalmente, como elemento del tipo omisivo, concurre también la *posibilidad y exigibilidad de un comportamiento obstativo como acción debida y esperada*. En efecto interferir la acción del Sr. Juan Antonio en protección de la víctima menor era de su específica incumbencia en cuanto vigilante, sin que conste que, cuando menos, interponerse e interpelar al agresor fuera conducta que implicara un riesgo que no le fuera exigible por razón de su cargo.

Por todo ello el motivo debe ser rechazado.

**CUARTO.-** El segundo de los motivos se contrae a la refutación de su condición como potencial sujeto activo típico del delito por no estar revestido de la condición de funcionario.

Damos aquí por reproducido lo dicho al respecto al rechazar idéntica argumentación del otro recurrente también vigilante de seguridad en el centro escenario del delito.

El motivo se rechaza.

*Recurso de Concepción*

**QUINTO.-** Con la habilitación del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal la penada impugna la sentencia reprochándole la vulneración de la garantía constitucional de **presunción de inocencia** protestando falta de prueba suficiente para estimar probado que fuera **consciente de la situación de acoso** padecida por el menor víctima por parte del coacusado Sr. Juan Antonio.

Afirma que solamente presencié el hecho ocurrido el día 12 de noviembre. Y, como indicios de la falta de la consciencia que se le atribuye, indica que había comenzado a trabajar el siete de septiembre anterior, y que lo hacía en horario nocturno, no habiendo sido nombrada "responsable de educadores" hasta un mes antes de los hechos.

También resalta que la jurisdicción social declaró la impertinencia de su despido por estimar que **no había incumplido ninguna de sus obligaciones profesionales**. Ninguno de los menores le atribuye comportamiento reprochable.

**Tampoco** es compatible con la garantía invocada la imputación de que la recurrente "**permitió**" los actos agresivos con el menor. Afirma haberse probado que llamó al orden al vigilante coacusado y le ordenó volver a su módulo. Precisamente fruto de su denuncia del hecho a la Dirección derivó el despido del coacusado Sr. Juan Antonio, por más que dejara o no constancia en un "parte de incidencia". Esto se debió a la falta, al tiempo de los hechos de clara norma que impusiera tal obligación a quienes tenía al responsabilidad que ostentaba la recurrente.

**2.-** La doctrina del Tribunal Constitucional ha delimitado el contenido de la garantía de presunción de inocencia señalando como elementos del mismo:

**1º)** que exista una **mínima actividad probatoria** ;

**2º)** la exigencia de **validez en los medios de prueba** que justifican la conclusión probatoria ratificando la imputación de la acusación. Así pues la convicción del Juzgador debe atenerse al método legalmente establecido para obtenerla, lo que ocurre si los medios de prueba pueden ser considerados válidos y el debate se somete a las condiciones de contradicción, igualdad y publicidad;

**3º)** que de la misma quepa **inferir razonablemente** los hechos y la participación del acusado en los mismos. Y eso en relación a los elementos esenciales del delito, tanto objetivos como subjetivos, y, entre ellos, a la participación del acusado;

**4º)** la **motivación del iter** que ha conducido de las pruebas al relato de hechos probados de signo incriminatorio;

**5º)** a falta de prueba directa, la prueba de cargo sobre la concurrencia de los elementos objetivos y subjetivos del delito **puede ser indiciaria**, siempre que se parta de hechos plenamente probados y que los hechos





constitutivos de delito se deduzcan de esos indicios a través de un proceso mental razonado y acorde con las reglas del criterio humano.

Así lo han recordado las Sentencias Tribunal Constitucional nº 22/2013 de 31 de enero, citando la doctrina que arranca ya de la STC nº 31/1981 de 28 de julio y la STC nº 142/2012 de 2 de julio que recuerda la sentencia Tribunal Constitucional nº 128/2011.

Tal general doctrina ha de completarse con alguna precisión de esos no del todo determinados parámetros del canon constitucional.

a) Así, en cuanto al *control de la razonabilidad de la motivación* con la que se pretende justificar, más que demostrar, la conclusión probatoria, hemos resaltado que, más que a la convicción subjetiva del juzgador, ha de acreditarse que **pueda asumirse objetivamente la veracidad de las afirmaciones de la imputación**. Para predicar tal objetividad debe constatarse la *inexistencia de vacío probatorio*, porque se haya practicado medios de prueba que hayan aportado un contenido incriminador. Pero, además, la revisión de la valoración hecha por el juzgador de instancia de tales medios y contenidos debe permitir predicar de la acusación una veracidad que se justifique por adecuación al canon de *coherencia lógica* que excluya la mendacidad de la imputación, partiendo de proposiciones tenidas por una generalidad indiscutidamente por *premisas correctas*.

b) Aunque aquella objetividad no implique exigencia de que las conclusiones sean absolutamente incuestionables, sí que se estimará que *no concurre cuando existen alternativas razonables* a la hipótesis que justificó la condena. Y éstas concurren cuando, aún no acreditando sin más la falsedad de la imputación, las *objeciones* a ésta se fundan en motivos que para la generalidad susciten *dudas razonables* sobre la veracidad de la acusación, más allá de la inevitable mera posibilidad de dudar, nunca excluible.

Suele decirse que no corresponde a este Tribunal seleccionar entre inferencias o conclusiones valorativas alternativas. Y que la de instancia debe ratificarse si es razonable. Incluso si lo fuere la alternativa. Sin embargo esa hipótesis resulta conceptualmente imposible desde la perspectiva de la garantía constitucional. Porque si la hipótesis alternativa a la imputación es razonable, las objeciones a la afirmación acusadora lo son también. Y entonces falta la certeza objetiva. El Tribunal, cualquiera que sea su convicción subjetiva, está en ese caso obligado constitucionalmente a dudar.

Puede decirse, finalmente, que, cuando existe una **duda objetiva**, debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado.

Sin que aquella duda sea paragonable tampoco a la duda subjetiva del juzgador, que puede asaltarle pese al colmado probatorio que justificaría la condena. Esta duda también debe acarrear la absolución, pero fuera ya del marco normativo de exigencias contenidas en el derecho fundamental a la presunción de inocencia. Y

c) El *control de la inferencia en el caso de prueba indiciaria* implica la constatación de que el **hecho o los hechos bases (o indicios) están plenamente probados** y los **hechos constitutivos del delito deben deducirse** precisamente de estos hechos bases completamente probados.

La **razonabilidad de esta inferencia** exige, a su vez, que se adecue al canon de su lógica o **coherencia**, siendo irrazonable cuando los **indicios** constatados excluyan el hecho que de ellos se hace derivar o no conduzcan naturalmente a él, y también al canon de la **suficiencia o carácter concluyente**, excluyéndose la razonabilidad por el carácter excesivamente abierto, débil o indeterminado de la inferencia (STC nº 117/2007).

El control de la motivación ha de valorar si el razonamiento expuesto en la resolución recurrida está asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común o, **"en una comprensión razonable de la realidad normalmente vivida y apreciada conforme a los criterios colectivos vigentes"**.

(Sentencias TS núms. 762/12 de 26 septiembre, 638/12 de 16 de julio y 648/12 de 17 de julio, reiterando lo dicho en la núm. 542/12 de 21 de junio, resolviendo el recurso nº 1358/2011 y SSTs núms. 122/2012 de 22 de febrero, 103/12 y 99/12 de 27 de febrero, 1342/11 de 14 de diciembre, 1370/11 y 1432/11 de 16 de diciembre, 1385/11 de 22 de diciembre, 1270/2011 de 21 de noviembre, 1276/11 de 28 de noviembre, 1198/11 de 16 de noviembre, 1192/2011 de 16 de noviembre, 1159/11 de 7 de noviembre).

3.- En el presente caso la sentencia de instancia fundamentó sus conclusiones sobre la imputación a la recurrente comenzando por describir el **contexto** de su comportamiento constituido por la manera lamentable de desenvolverse el funcionamiento del centro. Esta descripción no es objeto de debate siendo admitida como verídica.

Tal situación había alcanzado cotas groseras de degradación en el servicio, que era público, por más que no asumido para gestión directa por la Administración Autonómica, que lo había confiado, con evidente escaso acierto y fatales resultados, a entidades externas. La evidencia de la **frustración de elementales debidas**



**garantías de los menores internos no podía ser ajena a nadie de los que allí debían desempeñar las tareas para la que habían sido contratados.**

Y particularmente los aconteces **res que sucedían en relación al menor Philip tampoco podían ser ignorados por quien desempeñaba las funciones de coordinadora de educadores**, aunque sólo fuera porque aquél había sido situado en las condiciones de "refugiado", dato éste que una elemental lógica lleva a inferir con objetiva certeza que la acusada conocía. Cualquiera que fuese la escasez del tiempo en que esa función se desempeñara. Bastante era en cualquier caso para que aquella peculiar condición del interno le llevase a tomar conocimiento de los antecedentes que habían conducido a su instauración. Si, como impone el Decreto 36/2002 de Canarias, cada menor debe ser objeto de un proyecto educativo personalizado no es concebible que la coordinadora de educadores no conociera el del Olegario . Basta al respecto la lectura del artículo 20 de dicho Decreto. Para inferir el conocimiento por la recurrente se añade la relación que mantenía con los vigilantes, fluida potencial fuente informativa, que pone de manifiesto la grabación por cámara de vídeo, que detecta como comparte desenfadada a la llegada al centro a las 6.40 horas de la mañana incluso con posterioridad a presenciar la conducta del coacusado Sr. Juan Antonio , según da cuenta la sentencia, partiendo del informe testifical policial sobre aquella grabación.

La otra referencia que combate la recurrente es la que concierne a la actitud de la misma en relación con el contenido obligatorio de su **función** .

En cuanto a este último, la impugnación admite la asunción de cargo de **coordinadora de educadores**, pero protesta que pueda determinarse cuales eran las concretas funciones y responsabilidades que ello implicaba atendiendo a **normas** de ulterior publicación y vigencia. lo que es razonable. Ciertamente, no obstante la minuciosa y bien articulada impugnación al recurso que hace el Ministerio Fiscal, no podemos compartir con éste, ni con la sentencia de instancia, que la recurrente se integrara en lo que denomina Equipo Técnico el Decreto 36/2002 de 8 de abril, que regula centros para ejecución de medidas judiciales relativas a menores ya que no consta que reúna alguna de las condiciones profesionales de Técnicos en Derecho, Psicología, Pedagogía o Trabajo Social que exige aquella norma para formar parte de dicho Equipo. Tampoco resulta aplicable sin matices el Decreto 40/2000 de Canarias que se refiere a otro tipo de centros, de carácter asistencial y no de ejecución de medidas judiciales.

No obstante en su declaración en juicio oral la Directora del centro manifestó que los vigilantes, además de a las órdenes de su jefe inmediato, estaban también **a la orden de los educadores**, si se solicitaba la intervención de dichos vigilantes. Obviamente con más razón si la intervención del vigilante era oficiosa e innecesaria y solamente debida a una espuria iniciativa personal. Ejemplo de esa superioridad en las situaciones de relación directa con el menor era la exigencia de la presencia de un educador si se abría la puerta de la celda.

En cuanto a la no actuación obstativa del comportamiento del otro penado por parte de la recurrente es significativo el contenido de su propia declaración en juicio oral. Allí dijo que no dio parte del incidente del menor con el otro penado porque **"le restó importancia"**. En dicha declaración se contradice diciendo, por un lado, que su turno era de noche, período en el que los que se "encargaban" eran los de seguridad, a quienes no era su función vigilarles. Pero, por otro lado, intenta exculparse diciendo que puso el incidente en conocimiento de Pedro Francisco , su jefe, y reconoció que ante cualquier incidente tenía que "haber un educador presente".

No obstante el Tribunal contó con el testimonio de D. Jose Carlos , al que otorga una credibilidad que no podemos cuestionar, quien afirma que cuando ocurrieron los incidentes del otro penado con el menor el día 12, estaba presente la aquí recurrente con otros. Y, precisa, no sólo no hicieron nada sino que **"los que lo vieron se reían"**. También el menor testigo Samuel manifiesta creer que estaba presente la educadora, dato que ésta no niega, afirmando que desde luego, ésta **"no hizo nada para que se solucionara la situación"**.

En conclusión, el triple componente histórico combatido en el recurso conciencia de la situación de agresión a derechos del menor interno, contenido funcional del empleo de la recurrente e inhibición ante aquélla aparece debidamente justificado de tal suerte que, desde las declaraciones de la propia recurrente hasta el testimonio dispuesto en el juicio oral, conduce, desde la lógica y la experiencia a la certeza que, en cuanto generalmente asumible, calificamos de objetiva, más allá de la subjetividad del juzgador.

Por ello desechamos la vulneración de la garantía constitucional de presunción de inocencia y rechazamos el motivo.

**SEXTO.-** En el segundo de los motivos denuncia la vulneración de precepto legal en referencia a la indebida subsunción del hecho probado en el artículo 176 del Código Penal .

En primer lugar porque no estima probado que conociera la situación de humillación y acoso al menor. Tal aspecto del motivo debemos rechazarlo porque en este cauce del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal no cabe cuestionar el hecho probado, sino que la queja ha de referirse a una consideración de



mera calificación jurídica de lo que la sentencia ha declarado como tal hecho probado. Y también porque, en cualquier caso, hemos dejado rechazado el intento de modificación de tal premisa de hechos al desestimar el motivo anterior.

El segundo argumento del motivo tampoco es aceptable. Pretende la recurrente que la situación que presencia el día 12 no puede valorarse como "degradante". No alcanzamos a entender donde coloca la recurrente la línea que separa lo que debe considerarse degradante. Para el Tribunal de instancia, y para este Tribunal "proferir numerosos insultos y expresiones intimidatorias, llegando a decirle (al menor interno) que era una chivata (sic) de mierda, un hijo de puta y que le iba a matar" constituye en la más benévola de las evaluaciones posibles una degradación del destinatario, tanto más repugnante, además de muestra de cobardía, cuanto que se trata de un menor, privado de libertad, bajo dependencia del que dispensa el trato y en situación, no solo contextual, sino personal, de refugiado dentro del régimen del centro. Constituye algo más que la mera infracción formal de lo dispuesto en el artículo 56.2 a) de la Ley de responsabilidad penal del menor que proclama el: *Derecho a que la entidad pública de la que depende el centro vele por su vida, su integridad física y su salud, sin que puedan, en ningún caso, ser sometidos a tratos degradantes o a malos tratos de palabra o de obra, ni ser objeto de un rigor arbitrario o innecesario en la aplicación de las normas*.

Finalmente entiende la recurrente que no incumplió con su actitud deber alguno de su cargo como si ese derecho del menor no le afectara a ella. Alega la recurrente que "no es cierto" que no tratara de impedir lo que estaba presenciando. Añade que, aceptando la posibilidad de que efectivamente se inhibiera, a lo que, reconoce, le obliga el cauce procesal elegido, no existía el deber de velar por la integridad de los menores internos.

Tal aspecto es doblemente aludido en el recurso. Desde una vertiente fáctica en referencia a la "existencia" de una norma que imponga ese deber. Y desde una perspectiva jurídica de "interpretación" de la regulación del contenido de su empleo. Ya hemos dejado el primer aspecto en el anterior fundamento al rechazar el primero de los motivos. En cuanto a la interpretación del contenido de la función desempeñada, aún no compartiendo la calificación de su puesto como integrante del Equipo Técnico en el sentido que al mismo confiere la norma canaria de 2002 antes citada, ni la aplicación del estatuto de educador propio de centros asistenciales, regulado por Decreto 40/2000 de Canarias, debemos partir de los principios básicos de actuación que impone la norma de 2002 en sus artículos 3 y 4. Toda la actividad de los centros para la ejecución de medidas de internamiento se ajustará a los criterios rectores previstos en la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores. Y, tanto en la organización como en el funcionamiento de los centros para la ejecución de medidas de internamiento se **garantizará el respeto a los derechos** que la Ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal de los menores reconoce específicamente a los menores o jóvenes internados.

Tampoco cabe olvidar que ese Decreto de 2002 impone la existencia de reglamentos internos de cada centro. Y que la prueba practicada, antes examinada, ha dejado claro cual es la relación entre educadores y vigilantes en lo relativo a actuaciones directas con los menores.

En todo caso, en cuanto personal integrado en el centro debe asumir la función que para la entidad impone la ley de responsabilidad penal del menor en su artículo 56.2. a) que acabamos de transcribir.

Y esta valoración en el orden penal es diversa de la que se consideró en el orden jurisdiccional social, ante el cual lo sometido a debate era la "transgresión" contractual y desobediencia en el trabajo, en el contexto de la relación de la recurrente con la empresa, se trataba de debatir la procedencia de un despido que no con el menor.

**SÉPTIMO.-** De ahí que tampoco podamos estimar el tercero de los motivos en el que se invoca como documento que acredite el protestado supuesto error valorativo de la prueba la sentencia dictada en el orden social.

Dicha sentencia no pone de manifiesto un dato de hecho relevante para la calificación penal de los que aquí se declaran probados que, por otra parte no son incompatibles con los que constituyeron premisa de la sentencia social.

#### **Recurso de La Administración de la Comunidad Autónoma de Canarias**

**OCTAVO.- 1.-** Invocando el cauce procesal autorizado por el artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal se denuncia en el único motivo de casación que la sentencia vulnera lo dispuesto en los artículos 109 y 115 del Código Penal.

Entiende la parte recurrente que la indemnización no debe abarcar más daño que el causado precisamente por el hecho que justifica la condena. Y que la sentencia alude a consecuencias dañosas para el menor como



resultado de una situación que abarca otros hechos que no son los que fundan la condena penal. Y que serían los que configuran, con más amplio espectro, la "situación del centro", que no es objeto de enjuiciamiento.

Menos aún el posterior fallecimiento del menor víctima.

Entiende la parte recurrente que la sentencia, según "parece" desprenderse de su exposición al respecto, estaría fijando la indemnización atendiendo a aquella situación excedente del hecho objeto de este proceso. Aún más, la sentencia fijaría el importe de la reparación atendiendo a hechos contradictorios. Como sería atender por un lado al menor como perjudicado y a la paternidad como legitimación de su reclamación, cuando, de ser el menor víctima el perjudicado, la reparación correspondería al heredero, condición que puede no tener quien es progenitor. Y subraya que las partes que ejercitaron la acción civil solicitaron la indemnización "a los herederos" y no a los padres del menor.

2.- En primer lugar debe recordarse que, como dijimos en la Sentencia nº 562/2013 de 26 de junio, que: *Es criterio consolidado de esta Sala que la cuantificación de la indemnización ex delicto corresponde al Tribunal sentenciador, correspondiendo solo a esta Sala Casacional la revisión de las bases sobre las que se hubiese fijado en garantía de la interdicción de toda decisión arbitraria ex art. 9-3º C.E. -- SSTS de 7 de Abril 1990 ; 2 de Octubre 2000 ; 25 de Septiembre 2001 y 89/2003 de 22 de Enero--.*

Y en concreta referencia al daño moral decíamos también en dicha sentencia que *El daño moral solo puede ser objeto del control casacional cuando resulte manifiestamente arbitrario y desproporcionado -- STS 105/2005 --*, como consecuencia de la interdicción de toda decisión arbitraria, como antes de ha dicho, ex art. 9-3º de la Constitución.

En cuanto a la queja del recurrente sobre el hecho atendido para fijar la indemnización, no justifica la parte recurrente que, aquello que dice que le "parece", sea en realidad el fundamento del contenido de la decisión que impugna. Al contrario, las referencias a la situación de contexto e incluso al fallecimiento de la víctima, no son utilizadas en la sentencia como "razón de deber" que justifica el importe, sino referencias para medir la entidad del daño que, dado ese contexto, infiere la sentencia sufrió moralmente el menor víctima.

Finalmente en lo que concierne a la legitimación de los padres para el percibo de la indemnización, aunque ciertamente la reclamación de quienes ejercitaron la acción vil interesaba que fueran destinatarios los herederos de la víctima, es lo cierto que ni la edad de ésta, ni la ausencia de la más mínima alusión a la existencia de otros herederos diversos de los legitimarios forzosos, que son los padres, permite creer que éstos no reúnen dicha condición, debiendo en todo caso interpretarse el fallo de la recurrida en el sentido de que recibirán la indemnización en la medida que sean efectivamente herederos únicos. Por lo que procede rechazar el motivo también en este particular.

**NOVENO.-** De conformidad con el art. 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal deben imponerse a los recurrentes las costas derivadas de sus respectivos recursos.

### III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **NO HABER LUGAR** a los recursos de casación interpuestos por Concepción, Sebastián, Juan Antonio y la **ADMINISTRACIÓN DE LA COMUNIDAD AUTÓNOMA DE CANARIAS**, contra la sentencia dictada por la Sección Quinta de la **Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife**, con fecha 19 de octubre de 2012. Con expresa imposición de las costas causadas en los presentes recursos de casación.

Comuníquese dicha resolución a la mencionada Audiencia, 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

**PUBLICACION** .- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D **Luciano Varela Castro**, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.