



Roj: **STS 2663/2022 - ECLI:ES:TS:2022:2663**

Id Cendoj: **28079120012022100637**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **30/06/2022**

Nº de Recurso: **4115/2020**

Nº de Resolución: **667/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JAVIER HERNANDEZ GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 667/2022**

Fecha de sentencia: 30/06/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 4115/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 29/06/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior Justicia Andalucía, Ceuta y Melilla. sala Civil y Penal

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGC

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 4115/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 667/2022**

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Antonio del Moral García

D.ª Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

En Madrid, a 30 de junio de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma número 4115/2020, interpuesto por **D. Augusto**, representado por el procurador D. Juan Manuel Merino Bravo, bajo la dirección letrada de D. Benjamín Pérez Moreno, contra la sentencia n.º 117/2020 de fecha 18 de mayo de 2020 dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 293/2019 de fecha 28 de junio de 2019 dictada por la Audiencia Provincial de Almería, Sección Segunda en el Procedimiento Sumario 20/18, procedente del Juzgado de Instrucción num. 3 de Almería.

Interviene el **Ministerio Fiscal**

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

## ANTECEDENTES DE HECHO

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción núm. 3 de Almería incoó P. Sumario núm. 3/2018 por delitos de abuso sexual continuado, acoso sexual continuado, apropiación indebida y estafa, contra Augusto; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Almería, cuya Sección Segunda, (Procedimiento Sumario ordinario 20/2018) dictó Sentencia en fecha 28 de junio de 2019 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"El procesado, Augusto, de nacionalidad peruana, con NIE n' NUM012 y sin antecedentes penales, desde el año 2014, viene siendo de hecho el responsable, de la inscripción, recogida, almacenamiento y entrega de alimentos a personas en situación de exclusión social, asumiendo el control de dicha actividad como figura visible de la Iglesia Evangélica DIRECCION002, de la localidad de DIRECCION003 (Almería), trasladando sin autorización del presidente del banco de alimentos de Almería el almacén a una cochera de su propiedad, sita CALLE000 n' NUM013 de la localidad de DIRECCION004, Almería.

El procesado, aprovechando esta situación, de ser el encargado de facto del reparto de alimentos, contactó en el verano de 2014 con Amanda, en manifiesta situación de exclusión y necesidad, a la que inicialmente proporcionó diversos alimentos sin estar inscrita previamente y al margen de la asignación previamente establecida de manera oficial para cada fase de ayuda, con el fin de ganarse su confianza. En el primer encuentro y antes de marcharse la efectuó tocamientos en el glúteo, instándole a ayudarla si ella a su vez mantenía relaciones sexuales con él. Días después, tras insistentes llamadas y al encontrarse a víctima en una situación desesperada, careciendo de alimentos básicos para sus hijos a su cargo, obteniendo de éste modo el consentimiento por la situación crítica de necesidad, accedió a las pretensiones del procesado manteniendo relaciones sexuales con él en diversas ocasiones hasta Octubre de 2014, concretamente en un cortijo en la localidad de DIRECCION003 siempre bajo la promesa por parte del procesado de no faltarle de nada y entregándole en esa ocasión la cantidad de 15 euros, situación que se volvió a reiterar tres semanas después ante la situación de extrema necesidad de la víctima y con pleno conocimiento de que si no accedía a ello no recibiría alimentos básicos ni ningún tipo de ayuda, accediendo entonces a realizarle una felación entre invernaderos a cambio de diversos alimentos y 20 euros, para, días después, y siempre bajo la condición previa de acceder a prácticas sexuales para recibir los alimentos básicos, llevarla hasta el domicilio del procesado, sito en CALLE000 de la Puebla de DIRECCION003, siendo allí cuando la instó a la víctima a practicar sexo anal bajo la promesa de entregarle una mayor cantidad de alimentos, negándose a dicha práctica sexual por lo que el procesado, ante dicha negativa, suspendió la entrega de alimentos que le correspondían por asignación del Banco de Alimentos.

Augusto en algunos casos exigía a las personas inscritas oficialmente en el programa de alimentos y que se encontraban en situación de exclusión social, una cantidad de cinco euros, con la falacia de que era condición previa necesaria para obtener la inscripción en el programa de asignación de alimentos previamente prefijado por el Banco de Alimentos; en otros casos les exigía 2 euros por transporte de los alimentos, haciéndoles creer que era necesario el pago para retirarlos del almacén.

No consta acreditado que Augusto se pusiera en contacto con Brigida, que se encontraba en extrema situación de precariedad y necesidad ni con Catalina, discapacitada con una minusvalía del 50%, para exigirles mantener relaciones sexuales a cambio de alimentos, dinero u otro tipo de ayuda.

No consta que Augusto durante al menos el año 2016 se haya apoderado en su propio beneficio de diversas cantidades de alimentos que estaban asignados a diversas personas beneficiarias de dicha ayuda."

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

"Que debemos **CONDENAR Y CONDENAMOS** al acusado Augusto como autor de un delito de abusos sexuales agravado continuado sin concurrir circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de **OCHO AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN** con accesoria legal de inhabilitación especial para el derecho de



sufragio pasivo. Asimismo procede imponer la prohibición de aproximación y comunicación por cualquier medio respecto de Amanda a distancia inferior a 500 metros por tiempo de 10 años y al pago de 114 parte de las costas-

DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Augusto como autor de un delito leve de estafa a la pena de UN MES MULTA a razón de 10 euros/día y pago de la 1/4 parte de costas

DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS al acusado Augusto de los delitos de acoso sexual continuado, apropiación indebida de los que venía siendo acusado declarando 2/4 partes de las costas de oficio.

Así por esta nuestra sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Notifíquese la presente resolución al Ministerio Fiscal y demás partes personadas, haciéndoles saber que la misma no es firme y que pueden interponer recurso de apelación en el plazo de DIEZ DÍAS a contar de la última notificación practicada a las partes personadas, mediante escrito presentado en este Tribunal.

Así por esta mi sentencia, de la que se unirá certificación al Rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

**TERCERO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Augusto ; dictándose sentencia núm. 117/2020 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Andalucía, Ceuta y Melilla en fecha 18 de mayo de 2020, en el Rollo de Apelación 236/2019, cuyo Fallo es el siguiente:

"Que desestimando el recurso de apelación interpuesto por el procurador Sr. Guirado Almecija, en nombre del acusado Augusto , contra la sentencia dictada el 28 de junio de 2019 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería en el procedimiento ordinario n.o 20 de 2018, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, declarando de oficio las costas de esta segunda instancia.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes a través de su Procurador. Únase certificación al correspondiente Rollo de esta Sala, a las partes en la forma prevenida en el artículo 248.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación, a preparar en plazo de cinco días desde la última notificación ante este mismo tribunal."

**CUARTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por las representación procesal de D. Augusto que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

**QUINTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo primero.- Por infracción de precepto constitucional, al haberse vulnerado dos preceptos básicos de nuestra Carta Magna, artículo 24.1 y 2, que consagra el principio de tutela judicial efectiva, así como el principio de igualdad consagrado en el artículo 14.

Nulidad de transcripciones de audios.

Denegación de pruebas previamente admitidas

Vulneración del principio acusatorio en íntima relación con el derecho a la tutela judicial efectiva.

Motivo segundo.- Por infracción de ley, al amparo del número 1 del artículo 849 de la L.E.Cr., por aplicación indebida del artículo 730 de la L.E.Cr., en cuanto a las declaraciones de la testigo D<sup>a</sup>. Felicidad y del artículo 181 del Código Penal, por faltar el requisito básico del tipo penal.

Motivo tercero.- Por infracción de ley, al amparo del número 2 del artículo 849 L.E.Cr., por error en la apreciación de la prueba.

Motivo cuarto.- Por quebrantamiento de forma al amparo del artículo 850.1 de la L.E.Cr., por denegación de pruebas aún siendo propuestas en tiempo y forma y considerándose pertinentes.

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal solicita la inadmisión de todos los motivos, impugnándolos subsidiariamente. La sala admitió el recurso quedando los autos conclusos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 29 de junio de 2022.

## FUNDAMENTOS DE DERECHO



## OBJETO

El recurrente funda su recurso en múltiples gravámenes no todos encauzados correctamente en los correspondientes motivos. Se incluyen gravámenes probatorios en invocados motivos por infracción de ley y se formulan de manera desdoblada motivos por infracción de precepto constitucional y quebrantamiento de forma a partir de un mismo gravamen. Lo que ha supuesto una notabilísima dificultad para identificar no solo qué se pretende sino también las razones que prestan sustento a lo pretendido.

Los manifiestos errores de formulación obligan, en una interpretación a favor de la efectividad del derecho al recurso, a la recalificación de los motivos cuyo contenido argumental y pretensional no tiene conexión alguna con el cauce invocado. Evitando, de este modo, la inadmisión por improcedencia ex artículo 885.6º LECrim que, en esta fase del recurso, vendría de la mano de la desestimación -vid. STEDH, caso Alburquerque Fernandez c. Portugal, de 12 de enero de 2021 (nº de demanda 50.160/13) en la que se aborda la compatibilidad entre las exigencias formales para la interposición del recurso y el derecho de acceso al doble grado de jurisdicción-.

Reformulación que pasa por abordar primero el motivo que denuncia quebrantamiento de forma por inadmisión probatoria, para continuar con los que se fundan en la vulneración de precepto constitucional -aun cuando mantenemos la fórmula del motivo empleada por el recurrente-, para concluir con el que invoca infracción de ley penal sustantiva.

### **PRIMER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 850.1. 2º LECRIM, POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: INDEBIDA DENEGACIÓN DE DETERMINADOS MEDIOS DE PRUEBA CAUSANTE DE INDEFENSIÓN**

1. El recurrente insiste en que la respuesta dada por el tribunal de apelación a su pretensión rescindente por haberse rechazado en la instancia ocho testificales propuestas mediante adhesión al listado presentado por el Ministerio Fiscal ahonda en el efecto indefensión sufrido. No es de recibo, se afirma, que el tribunal de apelación apunte consideraciones hipotéticas sobre la eficacia probatoria de los medios inadmitidos para confirmar una decisión que a todas luces resulta arbitraria y lesiva de las expectativas de defensa. La entidad de la lesión justifica la nulidad del juicio celebrado en primera instancia y su repetición.

2. El motivo no puede prosperar. Y la razón principal es que lo pretendido ahora no lo fue ante el tribunal de apelación. El recurrente introduce un elemento novatorio incompatible con los límites objetivos de la casación: los gravámenes provocados por la sentencia de apelación.

En efecto, el hoy recurrente en su recurso se limitó a denunciar la indebida denegación de los medios de prueba que propuso haciendo suyos los propuestos, a su vez, por el Ministerio Fiscal y que fueron admitidos por la Audiencia. Nada más.

El Tribunal Superior, con buenas y convincentes razones, reconoció que la renuncia del Ministerio Fiscal no debería haber conllevado la no práctica de los medios que hizo suyos la defensa.

Pero, al tiempo, consideró que el recurrente disponía de un mecanismo de reparación que no activó, como lo era solicitar la práctica de la prueba inadmitida o no practicada en segunda instancia en los términos precisados en el artículo 790.3 LECrim. Falta de activación que impedía identificar el gravamen.

Como anticipábamos, el hoy recurrente no solo no pretendió en apelación la reparación genuina, sino que tampoco pretendió ante el Tribunal Superior, de forma expresa y justificada, la nulidad por la no práctica de prueba.

Es cierto, como mantuvimos en la STS 671/2021, de 9 de septiembre, que de manera excepcional puede ordenarse la nulidad del juicio como solución reparatoria cuando mediante la inadmisión o no práctica de medios que reúnen los marcadores evidentes de pertinencia, adecuación y necesidad se produce, además de la lesión del derecho a la prueba, una estructural e intensa afectación de los derechos de la persona acusada a una defensa eficaz y a participar en el proceso en condiciones igualitarias y contradictorias.

Cuando se deniega en términos graves, cualitativos y cuantitativos, estructurales, la práctica de la prueba de *descargo* sin fundamento sólido para ello, se corre el serio riesgo de reducir también los estrictos estándares de prueba que reclama el enjuiciamiento penal. La alteración de las condiciones del contradictorio en la propia conformación de la información probatoria reduce la calidad cognitiva de la obtenida y estimula la aplicación de estándares de valoración deferente -de autoevidencia, cabría decir- de la *prueba de cargo*. La efectiva garantía en igualdad de armas del derecho a interferir mediante el desarrollo de una defensa eficaz constituye, como nos recuerda el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el núcleo duro del derecho a un proceso equitativo, -vid. STEDH, caso Thiam c. Francia, de 18 de octubre de 2018-.

3. Pero, en el caso, la parte se despreocupó absolutamente en apelación de, por un lado, identificar el potencial informativo de descargo de los medios no practicados, de cómo podrían fortalecer la posición de defensa -



vid. STEDH, Gran Sala, caso Murtazaliyeva c. Rusia, de 18 de diciembre de 2018-. Y, por otro de pretender de manera justificada la nulidad como solución reparatoria.

Lo que impide formularla ahora en casación. Novedosa pretensión que, además, y en todo caso, sigue apareciendo huérfana de las exigentes cargas de justificación antes apuntadas.

La parte se limita a denunciar, de nuevo, una *infracción cuantitativa* del derecho a la prueba. Pero lo cierto es que ni activó la fórmula de reparación genuina, ni pretendió expresamente la nulidad ni justificó, ni ahora justifica, cumplidamente las razones cualitativas que pudieran, en su caso, apreciarla.

La conclusión es clara: no identificamos gravamen.

## **SEGUNDO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: NULIDAD DE LAS TRANSCRIPCIONES DE LAS CONVERSACIONES TELEFÓNICAS UTILIZADAS COMO PRUEBA**

4. El motivo denuncia infracción del derecho a un proceso con todas las garantías al haberse aprovechado como prueba las transcripciones realizadas por la Guardia Civil de determinadas conversaciones grabadas por un tercero sin la debida presencia del hoy recurrente. A su parecer, la falta de contradicción en la práctica de la transcripción obliga a declarar su nulidad que no queda subsanada por el ulterior cotejo realizado por la Sra. Letrada de la Administración de Justicia, pues pese a estar personado no tuvo preciso conocimiento de cuándo se realizaría dicha diligencia, lo que le impidió intervenir. Solo se notificó la providencia por la que el juez de instrucción ordenaba el cotejo, lo que abocó al recurrente a una situación de clara indefensión. Además, no se ha practicado prueba alguna sobre que la voz grabada corresponda al hoy recurrente. Tampoco se reprodujo en el plenario la grabación aportada por la Sra. Mercedes .

La ausencia de contradicción, se afirma, le ha impedido interesar cualquier otra prueba personal o tecnológica para impugnar la fiabilidad de la grabación y su identificación como interlocutor.

5. El motivo en su complejo y en ocasiones confuso desarrollo argumental introduce dos cuestiones muy distintas. Una, la validez de la prueba documental -la transcripción de las grabaciones aportadas por la Sra. Mercedes -. Otra, el valor probatorio que el tribunal de instancia, validado por el de apelación, ha otorgado a los datos que se derivan de dicho medio de prueba. Lo que obliga a un análisis diferenciado.

### **§ Validez de la transcripción de las grabaciones aportadas por un testigo**

6. De forma expresa, el recurrente limita su pretensión de nulidad a la transcripción a texto escrito del contenido del documento de audio. No cuestiona la validez constitucional de la propia grabación ni su aportación al proceso. Y la funda, como indicábamos, en la falta de contradicción tanto en el momento en que se realizó por la Policía como cuando la Sra. Letrada de la Administración de Justicia cotejó dicha transcripción con el documento de audio aportado.

7. Pues bien, la pretensión resulta insostenible.

Tanto las grabaciones como las transcripciones se encontraban a disposición del recurrente desde el momento de su propia inculpación.

El examen de las actuaciones previas nos ha permitido comprobar cómo en su declaración ante el juez de instrucción fue cuestionado de manera directa y expresa sobre el contenido de las grabaciones aportadas por la Sra. Mercedes . No identificamos óbice alguno para que el hoy recurrente hubiera podido contrastar el cotejo realizado por la Letrada de la Administración de Justicia, solicitar la audición o la práctica de cuantas diligencias hubiera tenido por conveniente. Y no sólo renunció a la audición de las cintas, sino que expresamente se opuso a la misma.

La no presencia del recurrente en el momento en que se realizó la transcripción de las grabaciones por la policía o en el posterior cotejo de aquella con la grabación aportada no compromete, en este caso, nuclearmente los derechos defensivos.

Llámesese la atención que lo que se transcribió fue el íntegro documento de audio, dando fe la Letrada de la Administración de Justicia de la absoluta correspondencia entre lo transcrito y lo grabado. No se seleccionaron pasajes ni se destruyeron grabaciones. Supuestos en los que, en efecto, y como fijó el Tribunal Constitucional en la STC 166/99, los derechos de defensa y de contradicción "exigen que, con intervención de los afectados, se incorporen a las actuaciones, como elementos de debate, y eventualmente de prueba, todos aquellos pasajes que se consideren precisos para sustentar las diversas hipótesis -acusatorias, de defensa- que se contraponen en la investigación para así posibilitar equitativamente el debate previo a la apertura del juicio oral y finalmente el desarrollo del propio juicio".



En el caso, insistimos, se reportaron las grabaciones íntegras al Juzgado junto a las transcripciones completas, constando la diligencia de cotejo efectuada por la fedataria pública y su puesta a disposición de las partes, siendo finalmente propuestas, tanto las unas como las otras, como medios de prueba documental por el Ministerio Fiscal en su escrito de conclusiones provisionales.

El cumplimiento, por un lado, de las garantías de control judicial en la recepción de las grabaciones y en el cotejo de sus contenidos y, por otro, el respeto al derecho de defensa, mediante su plena puesta a disposición, permite convertir tanto al documento de audio obtenido fuera del proceso como al documento donde consta su transcripción en medios de prueba válidos para el acto del juicio oral -vid. SSTS 324/2021, de 21 de abril; 466/2022, de 12 de mayo-.

Su acceso al cuadro de probado se ajustó a las exigencias constitucionales, lo que descarta cualquier óbice de utilizabilidad.

### § Valor de las grabaciones y transcripciones incorporadas al cuadro de prueba

8. En términos más sugeridos que pretendidos, al hilo del desarrollo argumental del motivo denunciando la nulidad de la transcripción, el recurrente cuestiona el valor probatorio de las grabaciones pues ni fueron escuchadas en el acto del juicio oral ni se realizó prueba alguna sobre la identidad del interlocutor.

9. Con relación a la primera de las objeciones, cabe recordar la doctrina constitucional relativa a que la audición de las grabaciones no es requisito imprescindible para su validez como prueba.

El contenido de estas puede incorporarse al proceso bien a través de las declaraciones testificales de las personas que escucharon las conversaciones grabadas, bien a través de su transcripción mecanográfica. No siendo tampoco imprescindible para su incorporación al cuadro de prueba en el acto del juicio la lectura del documento donde consten las transcripciones. Resultando admisible que se dé por reproducido si ninguna de las partes pretende su lectura, siempre que dicha prueba se hubiera conformado con las debidas garantías y se haya podido someter a contradicción sin merma del derecho de defensa -vid. SSTC 128/1988, 166/1999, 122/2000, 26/2010, 68/2010-.

Como se precisa en la STC 122/2000, "no habiéndose pedido ni en el juicio oral ni en la apelación la audición de las cintas no puede el querellado quejarse de indefensión. Es cierto que él no tiene que probar su inocencia, pero también lo es que si, conocedor de unas pruebas correctamente aportadas y de cuyo contenido puede derivarse un resultado probatorio perjudicial para él, no se defiende de ellas por falta de diligencia o por haber elegido una determinada estrategia procesal, no puede quejarse de indefensión que, en este caso, ciertamente no se ha producido".

10. Respecto a la segunda, debe recordarse la doctrina de esta Sala relativa a que la atribución a una determinada persona de la conversación grabada no pasa de forma necesaria porque se practique una pericial sobre la coincidencia de voces.

La atribución puede fundarse en otros elementos de prueba como el testimonio de los otros interlocutores, los datos relacionados con el contexto espaciotemporal de producción de la conversación, los términos empleados, la singularidad de su contenido, sin perjuicio, además, de la identificación de voz que pueda realizar de forma directa el tribunal -vid. SSTS 309/2015, de 22 de mayo, 1001/2021, de 16 de diciembre-.

En el caso, además de la información aportada por la Sra. Mercedes, quien afirmó que el hoy recurrente era el interlocutor de las conversaciones grabadas, su contenido altamente singularizante coliga con el propio contexto de producción relatado por la testigo directa, Sra. Amanda. Sin poder obviar que el propio recurrente en su declaración sumarial no negó ser el interlocutor de las conversaciones, limitándose a indicar que no las recordaba.

No identificamos, por tanto, error de valoración.

### TERCER MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM, POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO ACUSATORIO

11. El motivo denuncia vulneración del principio acusatorio que la parte vincula con el derecho a la tutela judicial efectiva. Dos son los subgravámenes que se identifican: primero, el delito leve de estafa no se incluyó en el auto de procesamiento. Para el recurrente, ello impide formular acusación por dicho delito. Segundo, no se interesó por la acusación pena. Omisión que, a su parecer, no puede ser suplida por el tribunal.

Cada uno de los subgravámenes reclama, de nuevo, un análisis diferenciado.

### § No reflejo del delito de estafa en el auto de procesamiento



**12.** Al hilo del primero, debe recordarse que el auto de procesamiento no constituye la acusación, sino que delimita el marco fáctico-normativo posible en el que esta puede formularse. Delimitación que, si bien no comporta cargas de vinculación estrictas para las partes con relación a los concretos tipos inculpativos, sí debe garantizar el derecho de la persona inculpada a conocer de qué y por qué, en su caso, puede ser acusado.

Dicha información constituye uno de los presupuestos objetivos que permiten satisfacer el derecho a conocer previamente la acusación, en el sentido amplio sugerido por la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos - SSTDH, caso Pèllisier contra Francia, de 30 de enero de 2001; caso Varela Geis contra España, de 5 de marzo de 2013- y que ha sido reafirmado de manera contundente por la Unión Europea mediante su Directiva 2012/13 del Parlamento Europeo y del Comité de Ministros relativa al derecho a la información en los procesos penales.

En efecto, como de forma muy precisa se establece en el artículo 6 de la Directiva, la persona contra la que se dirige la acción penal ostenta durante todo el curso del proceso, pero muy en particular cuando la imputación se delimita formalmente por la autoridad judicial, el derecho a conocer con el mayor grado de detalle necesario, no incompatible con la concisión, las razones fácticas y jurídicas sobre las que se sostiene el proceso inculpativo. Y ello con la doble finalidad de salvaguardar la equidad del proceso y el efectivo ejercicio del derecho de defensa.

Información inculpativa que posibilita la apertura de la fase preparatoria en la que, con la plena irrupción del principio acusatorio, las partes que ostentan la legitimación activa asumen la responsabilidad de formular acusación provisional respecto a los hechos delimitados en la fase instructora -a "los hechos punibles que resulten del sumario" se refiere el artículo 650 LECrim- con la concreción puntual que se reclama para garantizar el derecho a conocer la acusación.

Concreción de la acusación que, insistimos, no viene vinculada a la calificación provisoria que se contenga en el auto de procesamiento, si bien no podrá traspasar su objeto en los términos y con el alcance al que antes nos hemos referido -vid. SSTS 78/2016, de 10 de febrero; 311/2019, de 24 de julio; 211/2020, de 21 de mayo-.

**13.** En el caso, tiene razón el recurrente sobre que el auto de procesamiento no incluyó referencia fáctica y normativa alguna al delito leve de estafa que fue objeto de posterior acusación por el Ministerio Fiscal. Pero dicha omisión no comprometió el derecho del hoy recurrente a conocer la acusación y a poder desarrollar una estrategia de defensa respecto a dicho subhecho punible.

**14.** Compartimos las buenas razones ofrecidas por el tribunal de apelación relativas a que la ley procesal, tanto en el artículo 742 como en el artículo 781, ambos, LECrim, no impone que las respectivas decisiones inculpativas que se previenen para el procedimiento sumario y abreviado incorporen de manera expresa los presupuestos fáctico-normativos de los delitos leves de naturaleza incidental. Aquellos, como se precisa en el artículo 781.1 LECrim, cuya "comisión o su prueba estuviera relacionada con el delito".

Y, en efecto, como bien destaca el Tribunal Superior, el delito leve de estafa, objeto de acusación, es claramente incidental a los delitos principales que conforman el objeto procesal, no identificándose ningún criterio de conexión material del artículo 17 LECrim que obligara a su precisa descripción en la previa resolución inculpativa.

**15.** Lo que, por otro lado, coliga con la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que modula el *derecho a conocer de la acusación* en el ámbito del procedimiento por delito leve -vid. STC 54/94; ATC de 18 de noviembre de 1999-.

En efecto, el Tribunal Constitucional, de manera reiterada, ha mantenido que la vigencia del acusatorio en el juicio por delito leve se desgrana en una serie de consecuencias: primera, no cabe admitir la acusación implícita, o presumir que ha habido acusación porque haya habido condena; segunda, la acusación debe ser, por tanto, previa, cierta y expresa; tercera, la pretensión punitiva o acusación debe constar exteriorizada y ser previamente formulada y conocida para ofrecer al imputado la posibilidad de contestarla, rechazarla o desvirtuarla.

Si bien, al tiempo, ha reafirmado que dichas garantías estructurales del derecho a conocer la acusación en ese tipo de procesos son compatibles con el empleo de mecanismos informativos no formalizados siempre que posibiliten el efectivo conocimiento de la persona inculpada -por ejemplo, mediante el simple traslado de la denuncia inicial o, incluso, ya en el propio acto del juicio oral cuando las partes precisen los hechos que constituyen el objeto del proceso-.

Dicha modulación, en contraste con los procedimientos que se siguen por los otros tipos de delito, se justifica por el especial impacto, en su estructura y desarrollo, de los principios de oralidad, concentración y rapidez, "lo que dificulta su sometimiento a formas concretas de acusación, amén de versar en ocasiones sobre hechos



que por su propia naturaleza presuponen confluencia de distintas posibles responsabilidades para cualquiera de las personas que intervengan en ellos" - STC 54/94 -.

**16.** Doctrina constitucional que permite descartar en el caso que nos ocupa todo riesgo de indefensión para el recurrente derivado de la falta de mención en el auto de procesamiento del marco fáctico-normativo relativo al delito leve de estafa que fue objeto de acusación. El Sr. Augusto no solo conoció con suficiente antelación al acto del juicio la acusación por tal delito, formulada en el escrito de conclusiones provisionales del Ministerio Fiscal, sino que también fue informado de la base fáctica de dicha acusación en su primera comparecencia ante el juez de instrucción.

Basta examinar el acta de la declaración prestada en fase previa -vid. folio 185 de las actuaciones- para comprobar cómo, a instancias del propio letrado de la defensa, se le cuestionó sobre si pedía o recibía dinero por la entrega de alimentos.

**17.** Las garantías materiales de información y defensa a las que sirve el acusatorio aparecen adecuadamente satisfechas.

No tenemos duda alguna de que el hoy recurrente pudo defenderse eficazmente de la acusación formulada contra él como autor de un delito leve de estafa.

### § Ausencia de pretensión de pena con relación al delito leve de estafa

**18.** La segunda vulneración del acusatorio denunciada introduce una cuestión de particular relevancia para cuyo análisis, de forma necesaria, debemos partir de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el alcance "punitivo" del principio acusatorio perfilado en la STC 47/2020 -vid. también STC 122/21-.

En efecto, el mandato de la vinculación entre la pretensión punitiva sostenida por las partes acusadoras y el fallo de la sentencia judicial, como contenido propio del principio acusatorio, implica que el órgano de enjuiciamiento debe dictar una resolución congruente con lo solicitado por aquellas. Lo cual responde a la necesidad no solo de garantizar las posibilidades de contradicción y defensa, sino también de respetar la distribución de funciones entre los distintos participantes en el proceso penal ( arts. 117 y 124 CE). De este modo, el análisis del respeto a la garantía del deber de congruencia entre acusación y fallo, por parte de una resolución judicial, debe venir dado no solo por la comprobación de que el condenado ha tenido la oportunidad de debatir contradictoriamente los elementos de la acusación, sino también por la comprobación de que el órgano de enjuiciamiento no ha comprometido su imparcialidad asumiendo funciones acusatorias que constitucionalmente no le corresponden -vid. STC 155/2009, 123/2005-.

De otra parte, en cuanto al alcance del deber de congruencia respecto a la pretensión punitiva, el juzgador queda constitucionalmente sometido a un doble condicionamiento: fáctico y jurídico. El condicionamiento fáctico viene determinado por los hechos objeto de acusación, de modo que ningún hecho o acontecimiento esencial que no haya sido delimitado por la acusación podrá ser utilizado para el juicio de subsunción. El condicionamiento jurídico alcanza la calificación que de esos hechos realice la acusación y la consiguiente petición sancionadora. Si bien ello no impide, atendiendo a las propias facultades de pronunciamiento de oficio que tiene el juzgador penal, por las cuestiones de orden público implicadas en el ejercicio del "ius puniendi", que el juez pueda condenar por un delito distinto del solicitado por la acusación siempre que sea homogéneo con él y no implique una pena de superior gravedad.

En cuanto al deber de congruencia entre la acusación y el fallo en lo que respecta a la posible pena a imponer, la STC 155/2009 estableció que el órgano judicial no puede imponer pena que exceda, por su gravedad, naturaleza o cuantía, de la pedida por las acusaciones, cualquiera que sea el tipo de procedimiento por el que se sustancia la causa, aunque la pena en cuestión no transgreda los márgenes de la legalmente prevista para el tipo penal que resulte de la calificación de los hechos formulada en la acusación y debatida en el proceso.

Para la doctrina constitucional, "de este modo se refuerzan y garantizan, en su debida dimensión constitucional, los derechos de defensa del acusado. La pena concreta solicitada por la acusación para el delito formalmente imputado constituye -al igual que el relato fáctico y la calificación jurídica en la que aquella se sustenta- un elemento esencial y nuclear de la pretensión punitiva, determinante por ello de la actitud procesal y de la posible línea de defensa del imputado. Obviamente a este ha de informársele ex art. 24.2 CE no solo de los hechos imputados por la acusación y de su calificación jurídica, sino también de las reales y concretas consecuencias penológicas que aquella pretende por la comisión de dichos hechos; esto es, la pena cuya imposición se solicita. El acusado, ejerce el derecho constitucional de defensa sobre la concreta pena solicitada por la acusación, por los hechos imputados y la calificación jurídica que estos le merecen, y no sobre otra pretensión punitiva distinta, sin que en modo alguno le sea exigible vaticinar y defenderse de hipotéticas y futuribles penas que pudiera decidir el órgano judicial, y que excedan por su gravedad, naturaleza o cuantía de las solicitadas por la acusación" -vid. STC 47/2020-.





Pero no solo se optimiza mejor el derecho de defensa. Para el Tribunal Constitucional también se preserva de manera más adecuada "la garantía de la imparcialidad judicial en el seno del proceso penal, que constituye uno de los fundamentos de la exigencia de aquel deber de congruencia como manifestación del principio acusatorio. Ciertamente, aquella garantía resulta mejor protegida si el órgano judicial no asume la iniciativa de imponer *ex officio* una pena que exceda en su gravedad, naturaleza o cuantía de la solicitada por la acusación, asumiendo un protagonismo no muy propio de un sistema configurado de acuerdo con el principio acusatorio, como el que informa la fase de plenario en el proceso penal" - vid. STC 47/2020-.

Ahora bien, como también destaca el Tribunal Constitucional, " *debe tenerse especial cuidado en no confundir la inexistencia de acusación con la calificación jurídica errónea que hayan podido efectuar el Ministerio Fiscal u otras acusaciones, puesto que el órgano judicial, si así la considera, no estaría vinculado por la tipificación o imputación que en ella se efectúe*" -vid. SSTC 163/1986, 47/1991, 11/1992, 47/2020-.

19. En el caso, tanto el tribunal de instancia como el de apelación identificaron en la ausencia de petición de pena por parte del Ministerio Fiscal una simple omisión, producto del error, lo que habilitaba para la subsanación, fijándose la pena en la mínima imponible.

Fórmula que no compromete la imparcialidad judicial al anudar, a la luz de los hechos declarados probados, la pena correspondiente al delito que fue objeto de expresa pretensión de condena formulada.

Supuesto que se separa en mucho del analizado en la STC 47/2020 en el que la parte apelante se limitó a pretender la revocación de la sentencia absolutoria y que se adoptara la medida civil de restitución posesoria del inmueble ocupado, pero sin formular ninguna pretensión de condena penal. El Tribunal concedió el amparo al identificar en este caso vulneración del acusatorio e indebida suplencia por parte del órgano jurisdiccional del rol que le correspondía a la acusación.

Como se precisa en la mencionada sentencia, "No existiendo en segunda instancia quien sostuviera una pretensión punitiva, siquiera en su grado mínimo (en similares términos, STC 47/1991, de 28 de febrero, FFJJ 2 y 3), el órgano judicial no estaba habilitado para suplir un vacío que además, en este caso, cabe entender consciente. La simple subsunción jurídica de los hechos probados en el tipo penal, no permite extraer una consecuencia sancionadora obtenida no solo en quiebra de las reglas de contradicción y defensa que le deben preceder, sino también de la imparcialidad que ha de presidir la labor del órgano judicial llamado a decidir. Al condenar a quien hoy es recurrente en amparo la audiencia provincial vulneró el deber de congruencia entre acusación y fallo, a la par que el deber de imparcialidad que le incumbía".

#### **CUARTO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL MECANISMO DEL ARTÍCULO 730 LECRIM**

20. Mediante un cauce casacional no ajustado a lo que se pretende, se interesa la "nulidad" por aplicación indebida del artículo 730 LECrim. Si bien no logramos identificar con claridad el alcance de lo pretendido. En efecto, si acudimos al suplico del recurso cabe observar que al tiempo en que se invocan distintos quebrantamientos de forma, lo que se pretende, como "fórmula reparatoria", no es la nulidad del juicio sino la absolucón del recurrente.

Lo que sugiere que mediante el confuso motivo se impetra la aplicación de una suerte de regla de prohibición de valoración probatoria de las informaciones sumariales tomadas en cuenta por el tribunal de instancia al considerar que no se daban las condiciones de acceso al cuadro de prueba por la vía del artículo 730 LECrim. Lo que conecta el gravamen con el derecho a un proceso con todas las garantías y, por tanto, a la vía casacional que ofrece el artículo 852 LECrim desde cuya perspectiva lo abordaremos.

Para el recurrente, el esfuerzo de citación de la testigo incomparecida, la Sra. Mercedes , no fue suficiente. El órgano de instancia prescindió injustificadamente de acudir a la Guardia civil para su localización y citación. Además de contar con más medios, los agentes encargados de la investigación localizaron a la testigo sin dificultad en dos ocasiones previas. La intervención de la Policía Local de Roquetas no puede considerarse suficientemente idónea a los fines pretendidos.

La no presencia en el juicio de la testigo lesionó, se afirma en el recurso, el derecho a la contradicción defensiva del Sr. Augusto .

21. El motivo introduce una cuestión de alta densidad constitucional que obliga a determinar si, en el caso, el recurrente gozó de los derechos de defensa y, en particular, del derecho a participar, mediante el método contradictorio, en la formación de la prueba personal a la que accedió el tribunal y cuyos resultados sirvieron para fundar la condena.

Ciertamente, la contradicción es un presupuesto no sólo epistémico de producción sino también una condición constitucional que dota al medio de prueba de idoneidad para que sobre el resultado probatorio que arroje



pueda destruirse la presunción de inocencia de la persona acusada. Contradicción cuyo escenario propio es el juicio oral, donde, como principio general, debe desarrollarse la producción de los distintos medios de prueba propuestos por las partes y admitidos por el tribunal.

**22.** Ahora bien, la contradicción entendida como método de producción y presupuesto de la valoración probatoria no se agota ni se manifiesta exclusivamente en el plenario.

Existen diversos supuestos o situaciones previas al juicio oral en las que el acceso a la fuente de prueba se ha realizado también en condiciones contradictorias adecuadas. Lo que abre la puerta al potencial aprovechamiento probatorio de la información así obtenida siempre que, además, se satisfagan las otras condiciones de introducción plenaria -vid. SSTC 217/89, 36/95, 49/98, 97/99, 141/2001-.

Aprovechamiento que se condiciona a un doble examen: primero, de las circunstancias que han impedido la práctica del medio de prueba en el acto del juicio y, segundo, de las condiciones en que se practicó la diligencia sumarial. En particular, si la persona acusada tuvo la oportunidad de participar en su producción de manera defensivamente eficaz.

Ponderadas ambas circunstancias de manera cumulativa, y solo si se descarta afectación del derecho de las partes a un proceso justo y equitativo, cabrá la valoración probatoria del testimonio por parte del Tribunal.

### **§ Condiciones de producción de la declaración testifical de la Sra. Mercedes en la fase previa**

**23.** Iniciemos nuestro análisis por las condiciones en que se obtuvo la información probatoria testifical en la fase previa, introducida en el cuadro de prueba por la vía del artículo 730 LECrim.

Como es sabido, dicho mecanismo constituye una fórmula subrogada, y subsidiaria, de producción probatoria por la que cabe desplazar el principio general de práctica plenaria de la prueba en pos de la eficacia del proceso y su plena sustanciación.

Pero el hecho de que sea un mecanismo subrogado de producción probatoria no significa que el contenido probatorio obtenido en la fase previa resulte, siempre y en todo caso, equivalente al que pudiera haberse obtenido mediante la producción plenaria del medio de prueba.

Cada momento procesal genera condiciones contradictorias diferentes, por lo que a la hora de valorar si la activación del artículo 730 LECrim ha respetado los derechos de defensa no bastará solo comprobar si el abogado defensor estuvo presente en la declaración del testigo incomparecido a juicio.

Deberá también valorarse, situacionalmente, si por el momento procesal en el que se produjo dicha declaración el objeto procesal sobre el que giraba la imputación estaba suficientemente delimitado y si la persona acusada y su defensa pudieron acceder sin limitaciones al conjunto de las actuaciones hasta ese momento practicadas. Si por las condiciones de producción de las fórmulas de preconstitución probatoria o anticipada empleadas en la fase previa se obtuvieron condiciones, *prima facie*, de contradicción defensiva equivalentes a las que se darían en el juicio. Pues es dicha equivalencia lo que justifica materialmente desplazar, ex artículo 730 LECrim, la práctica de la prueba en el acto del juicio oral como condición de acceso a su contenido.

**24.** En el caso, ni el recurso revela déficits defensivos en el momento en que prestó declaración la Sra. Mercedes en la fase previa ni nosotros los identificamos, después del examen de las actuaciones para lo que nos habilita el artículo 899 LECrim.

No consta que el hoy recurrente sufriera limitación alguna para el acceso al contenido íntegro de las actuaciones, en los términos exigidos por el artículo 6 de la Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, *relativa al derecho a la información en los procesos penales* ni que al tiempo de la declaración sumarial de la Sra. Mercedes el objeto procesal estuviera poco perfilado o que con posterioridad se ampliara significativamente impidiéndole, por tanto, desarrollar una estrategia de intervención defensiva eficaz.

El interrogatorio defensivo, en los términos que se decantan del acta de la declaración, fue exhaustivo -se formularon, al hilo de las respuestas recogidas, al menos doce preguntas por la defensa del hoy recurrente-. No consta, tampoco, que se inadmitiera alguna de las dirigidas por la defensa a la testigo.

**25.** Identificamos, por ello, equivalencia en términos de contradicción defensiva entre las condiciones de producción en las que se obtuvo la información testifical de la Sra. Mercedes y las que hubieran concurrido en el acto del juicio oral. Sin que la parte en su recurso apunte un mínimo pronóstico de afectación significativa de sus intereses defensivos derivados de la no presencia de la Sra. Mercedes en el acto del juicio.

### **§ Incomparecencia de la testigo en el juicio**



26. Sentado lo anterior, debemos valorar, no obstante, si concurría una seria causa impeditiva de la práctica plenaria, que, independiente a la voluntad de las partes, justificara activar el mecanismo subrogado del artículo 730 LECrim.

No debe insistirse en exceso que cuando la prueba del hecho justiciable descansa de forma esencial en el potencial testimonio que pueda ofrecer un testigo, los esfuerzos de citación deben ser particularmente cualificados. Siendo los resultados que arrojen los que permitirán evaluar de forma consistente el grado de dificultad que concurre para que una prueba personal pueda practicarse en juicio. Y, con ello, la oportunidad, o no, de activar el mecanismo subrogado del artículo 730 LECrim.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha tenido oportunidad de pronunciarse de manera reiterada en el sentido que la ausencia de razones consistentes para justificar la no comparecencia de un testigo de cargo es causa suficiente para declarar vulnerado el artículo 6. 1 y 3 d) CEDH -vid. SSTEDH, caso Rudnichenko c. Rusia, Nº 27100/03, párrafos 45 a 50, 25 de abril de 2013; caso Y c. Rumania, Nº 33882/05, párrafos 62 a 70, 15 de octubre de 2013; caso Schatschaschwili c. Alemania, nº 9154/10, de 15 de diciembre de 2015-. Si bien debe llamarse la atención que en los supuestos referidos analizados por el Tribunal los testigos incomparecidos, y por distintas razones, habían declarado en las respectivas fases previas en condiciones no contradictorias.

Lo anterior permite identificar un estándar de actuación: cuanto más relevante pueda resultar el testimonio de la persona llamada a declarar más exigente deberá ser la actividad tendente a asegurar su presencia en el juicio para garantizar el contradictorio genuino. De tal modo, una gestión indiligente o manifiestamente insuficiente en orden a la localización y citación del testigo impedirá activar el mecanismo subrogado del artículo 730 LECrim.

27. En el caso, el tribunal de instancia ordenó a la Policía Local de Roquetas que practicara la citación personal de la testigo Sra. Mercedes . Intentándose en dos direcciones de dicha población, arrojando resultado negativo "por ser desconocida en ambos domicilios". A la vista de ello, por la Secretaría del Tribunal se dispuso la publicación de la citación en forma de edicto en el Boletín Oficial de la Provincia, publicándose finalmente seis días antes de la fecha señalada para el juicio.

No cabe ocultar que ante la respuesta ofrecida por el jefe de la Policía Local de Roquetas en su oficio de 11 de junio de 2019 se podrían haber ordenado actuaciones de localización de la testigo, potencialmente más eficaces que la publicación de la citación por edictos en el BOP.

Pero ello no quiere decir que la actividad desarrollada pueda calificarse de negligente o manifiestamente descuidada. Esta no se limitó a enviar por correo la citación. Lejos de ello, se intentó su práctica presencial en dos domicilios, comprobándose por los agentes comisionados que la Sra. Mercedes era "desconocida" en los mismos.

Por otro lado, no puede obviarse que la información que la testigo Sra. Mercedes aportó en la fase previa tenía esencialmente un valor corroborativo indirecto de la información aportada de la testigo principal, la Sra. Amanda , sin que su presencia en el juicio fuera tampoco condición necesaria para autentificar, en parte al menos, el documento aportado por aquella en la fase previa.

28. De tal modo, atendidas las adecuadas condiciones defensivas y contradictorias en las que se produjo la declaración sumarial de la testigo, equivalentes a las que se habrían dado en el acto del juicio, y la concurrencia de una contrastada situación de imposibilidad de práctica plenaria -la ilocalización- cabe concluir que la activación del artículo 730 LECrim, cuestionada por el recurrente, no lesionó su derecho constitucional a un proceso con todas las garantías.

#### **QUINTO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

29. También bajo la equivocada invocación de la infracción de ley, el recurrente cuestiona la suficiencia probatoria. En particular, la atendibilidad del relato de la testigo Sra. Amanda .

Para el recurrente, resulta inverosímil que una persona en la España de 2018 se vea obligada a vender su cuerpo para obtener alimentos. La testigo es nacional española por lo que le resultaba fácil acceder a las ayudas tanto estatales como locales para ella y sus hijos. Además, estaba inscrita como receptora en el programa del Banco de Alimentos de Almería. Como afirmó su presidente, el Sr. Ernesto , durante el tiempo en que se afirma se produjeron los hechos justiciables no se detectaron irregularidades en la distribución de los alimentos entre los beneficiarios. Se insiste en el recurso que lo supuestamente obtenido por la Sra. Amanda del recurrente no era vital, eran medios absolutamente renunciables. Podía haber acudido a otras ONG's o incluso a los servicios sociales de su localidad.



**30.** El motivo nos impone, en atención al alcance pretendido, diferentes planos de control que van desde la verificación de la validez constitucional y legal de las pruebas practicadas y la consistencia de los razonamientos probatorios. Determinando, por un lado, si las razones por las que se atribuye valor a las informaciones probatorias responden a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica de lo razonable y al conocimiento científico -vid. SSTS 617/2013, 310/2019- Y, por otro, si el método valorativo empleado se ajusta a las exigencias constitucionales de completitud y de expresa identificación en la sentencia de los criterios de atribución de valor con relación, primero, a cada uno de los medios de prueba practicados y, segundo, al cuadro probatorio observado en su conjunto, tal como exige el Tribunal Constitucional -vid. 340/2006, 105/2016- y esta propia sala -vid. entre muchas, SSTS 544/2015, 822/2015, 474/2016, 447/2021-.

Si bien, debemos precisar que esta función de control y de verificación no podemos abordarla como órgano de segunda instancia. En el caso, el derecho al recurso plenamente devolutivo se ha sustanciado mediante la interposición de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Siendo la sentencia dictada en este grado contra la que se plantea el recurso de casación. Lo que comporta que los motivos de disidencia -como principio general y, sobre todo, en relación con las cuestiones más íntimamente vinculadas a la valoración probatoria- no pueden limitarse a la simple reiteración del contenido de la impugnación desarrollada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la primera instancia -vid. por todas, STS 682/2020, de 11 de diciembre-.

De tal modo, el espacio del control casacional se reconfigura. En especial, cuando se invoca lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación se contrae al examen de la racionalidad de la decisión a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Siendo este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

La casación actúa, por tanto, como una tercera instancia de revisión que, si bien no ha de descuidar la protección del núcleo esencial de la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, no puede hacerlo subrogándose en la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio. Esta función le corresponde realizarla, en primer lugar, al tribunal de instancia y, por vía de la apelación plenamente devolutiva, al Tribunal Superior - vid STC 184/2013-.

El control casacional en tercera instancia es, por ello, más normativo que conformador del hecho. Nos corresponde controlar que tanto los procesos de validación de los medios de prueba como de valoración de los resultados informativos que arrojan se ajustan, por un lado, a reglas de producción y metodológicas y, por otro, a reglas epistémicas basadas en la racionalidad. No somos los llamados, sin embargo, a decantar las informaciones probatorias y valorarlas al margen de los procesos y estándares valorativos empleados por los tribunales de primera y segunda instancia.

**31.** Partiendo de lo anterior, el motivo debe ser desestimado. Y ello porque consideramos que la conclusión de culpabilidad a la que llegó el tribunal de instancia y que convalidó el Tribunal Superior se basó en prueba suficiente, racionalmente valorada.

El cuadro se integró por medios primarios y medios secundarios de reconstrucción. Entre los primeros, se encuentran las declaraciones de la Sra. Amanda y del propio acusado. Dentro del segundo grupo, debe hacerse referencia a la prueba testifical referencial e indirecta propuesta.

Dicha clasificación responde, en esencia, a un criterio cualitativo de potencialidad probatoria. Atendiendo a los hechos justiciables introducidos en el escrito de acusación, resulta evidente que su prueba depende, en gran medida, del valor acreditativo que otorguemos al testimonio de aquellos que de manera directa afirman o niegan la realidad de tales hechos. Los medios secundarios vendrían a suministrar información relevante para la corroboración de los testimonios directos, pero carecerían de idoneidad acreditativa para fundar, exclusivamente, sobre sus resultados la declaración de condena pretendida por las acusaciones.

**32.** En el caso, el testimonio ofrecido por la Sra. Amanda se convierte en elemento nuclear del cuadro probatorio. Y lo cierto es que ofreció informaciones altamente fiables sin que se identifique, tampoco, ningún déficit de credibilidad subjetiva derivado de una mala relación con el recurrente o por la concurrencia de fines espurios.

Las informaciones aportadas por la Sra. Amanda sobre el contexto en que se produjeron los accesos sexuales nos resultan, como le resultaron al tribunal de apelación validando la conclusión alcanzada por el tribunal de instancia, altamente fiables sin que identifiquemos ni contradicciones ni imprecisiones mínimamente significativas.

Además, no apreciamos que lo narrado carezca de consistencia interna, como denuncia el recurrente.



Poco más podemos aportar a las buenas razones ofrecidas por el Tribunal Superior sobre la atendibilidad del relato de la víctima. Sobre la situación de intensa necesidad en la que se encontraban la Sra. Amanda y sus dos hijos pequeños -sin trabajo, separada, sin percepción de ayudas públicas, con problemas de adicción a las drogas-. Y cómo, en efecto, como destaca el Tribunal Superior, el marco asistencial que le ofrecía el hoy recurrente se convirtió en el mecanismo de aseguramiento del mínimo sustento. Lo que ahondaba en la vulnerabilidad socio-personal de la víctima derivada de dicha extrema situación vital.

**33.** Pero, además, la información, goza de un nivel significativo de corroboración por informaciones testificales, no solo periféricas, de notable relevancia.

En efecto, el testimonio de la testigo Sra. Mercedes ofreció datos muy significativos sobre la existencia de una suerte de modelo de aprovechamiento de la necesidad vital de algunas personas que acudían al banco de alimentos, en particular de mujeres, desarrollado por el recurrente, reconociendo, además, que le puso en contacto con la Sra. Amanda .

A ello hemos de sumar el contenido de los audios aportados por dicha testigo en los que se revela con meridiana claridad cómo el hoy recurrente planeaba aprovechar su posición en el Banco de Alimentos para obtener favores sexuales de algunas de las mujeres con las que contactaría. Y la información aportada por diferentes testigos que precisaron -Sra. Julieta, Sra. Magdalena - cómo el recurrente les pidió dinero a cambio de entregas de alimentos a pesar de que estas debían ser gratuitas. Además, varios testigos manifestaron que les constaba cómo, en algunos casos, la entrega se condicionaba a mantener relaciones sexuales con la solicitante de la ayuda.

**34.** El saldo acreditativo de la hipótesis acusatoria que arroja el conjunto de los medios de prueba practicados es manifiestamente positivo.

Lo que confirma la idea-fuerte relativa a que el cuadro probatorio no puede analizarse por trazos. Que los medios probatorios no conforman subsecuencias aisladas, debiendo ser abordados desde una unidad lógico-cognitiva. En un supuesto tan delicado como el que nos ocupa, el valor, la solidez, de la convicción del Tribunal depende, en buena medida, no de la hipertrófica asignación de valor reconstructivo a un medio probatorio concreto sino a la construcción de un discurso racional conformado por todos los medios de prueba. La fuerza acreditativa se anuda a la compatibilidad de los diferentes resultados, de su encaje, del valor añadido que respecto a cada uno de los medios producidos se desprende de la práctica de los otros medios de prueba.

#### **SEXTO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º, POR INFRACCIÓN DE LEY: INDEBIDA APLICACIÓN DEL TIPO DE ABUSOS SEXUALES DEL ARTÍCULO 181.3 CP**

**35.** En términos no particularmente claros, se combate el juicio de tipicidad pues al parecer del recurrente no habría una situación de prevalimiento que condicionara o modalizara el consentimiento de la Sra. Amanda para mantener relaciones sexuales. La propuesta de entrega de comida no reúne la idoneidad necesaria para explicar el comportamiento de la víctima, cuyo estado de necesidad se aproxima al de cualquier persona que ejerza la prostitución.

**36.** El motivo no puede prosperar.

Debe recordarse que cuando lo que se cuestiona es exclusivamente el juicio normativo debe hacerse desde el respeto a los hechos que se declaran probados. Estos identifican el punto de partida del razonamiento decisorio, delimitando el campo de juego del análisis casacional. Constituyen el primer y fundamental elemento de la precomprensión necesaria para la identificación e interpretación de la norma aplicable al caso.

Y lo cierto es que los hechos que se delimitan en la sentencia recurrida permiten identificar con toda claridad los elementos del delito de abuso sexual por prevalimiento que ha servido de título de condena.

Como esta sala ha mantenido reiteradamente "el prevalimiento no limita su aplicación a los abusos sobre personas menores de edad, sino que se configura genéricamente como un supuesto de desnivel notorio entre las posiciones de ambas partes, en las que una de ellas se encuentra en una manifiesta situación de inferioridad que restringe de modo relevante su capacidad de decidir libremente (consentimiento viciado), y la otra se aprovecha deliberadamente de su posición de superioridad, bien sea laboral, docente, familiar, económica, de edad o de otra índole, consciente de que la víctima no cuenta con libertad para decidir sobre una actividad sexual impuesta. De esta forma, la especial situación de la víctima debe tomarse en consideración para valorar la existencia de la desproporción o asimetría que define el abuso de superioridad ínsito en el prevalimiento"- vid. SSTS 544/2022, de 1 de junio; 187/2020, de 20 de mayo-.

**37.** En el caso, y como se declara probado, la Sra. Amanda se encontraba en una situación desesperada, careciendo de alimentos básicos para sus hijos de corta edad a su cargo, lo que era conocido por el recurrente, quien después de insistentes llamadas se ofreció a ayudarla con la entrega de los alimentos si ella a su



vez mantenía relaciones sexuales con él. También se considera acreditado que, por la situación crítica de necesidad, el recurrente obtuvo el consentimiento de la Sra. Amanda para mantener las relaciones sexuales que se describen. Siendo consciente la Sra. Amanda que si no accedía no recibiría alimentos básicos ni ningún tipo de ayuda. Como en efecto aconteció cuando se negó a practicar sexo anal con el recurrente.

**38.** No creemos que pueda cuestionarse que la pobreza severa, la falta de los más elementos recursos, cuando además afecta a niños de muy corta edad, constituye un factor que extrema la vulnerabilidad de quien la sufre y, como una suerte de vaso comunicante, aumenta la superioridad de quien busca aprovecharse de dicha situación

Como se recoge en los *Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos*, aprobados por el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 27 de septiembre de 2012 -Resolución 21/11- "la pobreza no es solo una cuestión económica. Es un fenómeno multidimensional que comprende la falta tanto de ingresos como de las capacidades básicas para vivir con dignidad. Las personas que viven en la pobreza tropiezan con enormes obstáculos, de índole física, económica, cultural y social, para ejercer sus derechos. En consecuencia, sufren muchas privaciones que se relacionan entre si y se refuerzan mutuamente -como las condiciones de trabajo peligrosas, la insalubridad de la vivienda, la falta de alimentos nutritivos, el acceso desigual a la justicia, la falta de poder político y el limitado acceso a la atención de salud-, que les impiden hacer realidad sus derechos y perpetúan su pobreza.

(...) Las personas sumidas en la extrema pobreza viven en un círculo vicioso de impotencia, estigmatización, discriminación, exclusión y privación (...) las personas que viven en la pobreza se ven enfrentadas a diario a violaciones de sus derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales, que interactúan entre si y se refuerzan mutuamente, con efectos devastadores".

El contexto de producción declarado probado muestra con manifiesta claridad: primero, la situación de superioridad, de marcada asimetría social y personal, en la que se encontraba el recurrente respecto a una víctima en situación de extremada necesidad y en consecuencia también de intensa vulnerabilidad; segundo, su proyección altamente limitativa en la libertad de la Sra. Amanda para consentir las propuestas condicionadas que aquel le formuló; tercero, la plena consciencia del hoy recurrente tanto de la situación de superioridad como de los efectos inhibidores sobre la libertad de decisión de la víctima, lo que determinó el plan de autor.

Elementos todos ellos que se decantan de los hechos declarados probados y que satisfacen sobradamente las exigencias de tipicidad del artículo 181.3 CP.

#### **SÉPTIMO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM , POR ERROR EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA**

**39.** El motivo carece de toda sustantividad propia. El recurrente se limita a reproducir, sin desarrollo argumental, la pretensión de inutilizabilidad probatoria de las transcripciones de las grabaciones aportadas por la testigo Sr. Mercedes sobre la que se fundaba el segundo de los motivos. Nos remitimos a las razones allí expuestas para fundar su rechazo.

#### **CLÁUSULA DE COSTAS**

**40.** En los términos prevenidos en el artículo 901 LECrim, procede la condena del recurrente al pago de las costas de esta instancia casacional.

#### **CLÁUSULA DE NOTIFICACIÓN**

**41.** Tal como disponen los artículos 109 LECrim y 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento europeo y del Consejo *sobre normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal de la Sra. Amanda .

### **FALLO**

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

**No haber lugar al recurso de casación** interpuesto por la representación del Sr. Augusto contra la sentencia de 18 de mayo de 2020 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.

Condenamos al recurrente al pago de las costas de esta instancia.

Notifíquese esta resolución a las partes y también de manera personal a la Sra. Amanda haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso, e insértese en la colección legislativa.



Así se acuerda y firma.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ