



Roj: **STS 3857/2022 - ECLI:ES:TS:2022:3857**

Id Cendoj: **28079120012022100820**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **03/11/2022**

Nº de Recurso: **5881/2020**

Nº de Resolución: **865/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 865/2022

Fecha de sentencia: 03/11/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5881/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 18/10/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 16

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5881/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Sección 001

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 865/2022

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Antonio del Moral García

D. Vicente Magro Servet

D.^a Susana Polo García

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 3 de noviembre de 2022.



Esta sala ha visto el recurso de casación nº 5881/2020 interpuesto por **Luis Francisco** representado por la Procuradora Sra. D.ª Sonia de la Serna Blázquez y bajo la dirección letrada de D. Luis Francisco contra la sentencia nº 420/2020, de fecha 3 de noviembre de 2020, dictada por la Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Madrid, y recaída en el Proc. Abreviado nº 1630/2019 procedente del Juzgado de Instrucción nº 25 de Madrid (P.A. 5726/2014), **y que acordó la absolución** de la acusada Flor del delito de estafa agravada. Ha sido parte recurrida Flor representada por la procuradora Sra. D.ª. María Concepción Delgado Azqueta. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 25 de Madrid instruyó PA con el nº 5726/2014, contra Flor. Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Madrid (Sección nº 16) que con fecha 3 de noviembre de 2020 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

" Luis Francisco contactó a través de la página web girlsbcn.es con la acusada, Flor, concertando una serie de citas con ella por las que abonaba una determinada cantidad de dinero. La acusada aceptó realizar un viaje previsto para los días 24 a 27 de julio de 2014 con Luis Francisco, que no se llegó a realizar porque la acusada no se presentó en la Estación de Atocha a la hora prevista ni posteriormente.

No se ha acreditado que Luis Francisco entregara a la acusada la noche previa a iniciar el viaje, en un parking de la zona de Aluche, la cantidad de 2000 euros, precio que habría sido fijado por las partes para que la acusada acompañara a Luis Francisco en el citado viaje".

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

"Absolvemos a la acusada, Flor, del delito de estafa agravada que se le imputaba por la acusación particular, con declaración de oficio de las costas de este procedimiento.

Notifíquese esta resolución a las partes y al Ministerio Fiscal, haciéndoles saber que contra la misma cabe recurso de casación ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, al no haber entrado en vigor la Ley 41/2015 a la fecha de incoación del procedimiento. El recurso de casación habrá de prepararse en la Secretaría de esta Sección en el plazo de cinco días a partir de la notificación de la sentencia".

TERCERO.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y vulneración de precepto constitucional, por los recurrentes, que se tuvieron por anunciados; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos alegados por Luis Francisco.

Motivos primero a sexto.- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º LECrim, por existir error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obran en autos. **Motivo séptimo.-** Por infracción de ley, al amparo del art. 849.1º LECrim, por inaplicación de los arts. 248.1, 250.1.1º y 250.1.6º, CP. **Motivo octavo.-** Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1º LECrim. **Motivo noveno.-** Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1º LECrim. **Motivo décimo.-** Por quebrantamiento de forma, con fundamento en el art. 850.1º LECrim, por haberse denegado una diligencia de prueba. **Motivo undécimo.-** Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1º LECrim, por haberse denegado una diligencia de prueba. **Motivo duodécimo.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 24 CE (derecho a un proceso con todas las garantías). **Motivo décimo tercero.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 24 CE (derecho a un proceso con todas las garantías). **Motivo décimo cuarto.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim, por infracción del art. 24 CE (derecho a un proceso con todas las garantías). **Motivo décimo quinto.-** Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim (derecho a un proceso con todas las garantías). **Motivo décimo sexto.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim, por infracción del art. 24 CE, (derecho a un proceso con todas las garantías). **Motivo décimo séptimo.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 24 CE (derecho a un proceso con todas las garantías). **Motivo décimo octavo.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 9.3 CE, en relación con el art. 24 CE, (valoración arbitraria de la prueba). **Motivo décimo noveno.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 9.3 CE, en relación con el art. 24 CE, (valoración arbitraria de la prueba). **Motivo vigésimo.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 9.3 CE, que prohíbe la arbitrariedad de los poderes públicos, en relación con el 24 CE, por valoración arbitraria de la prueba. **Motivo vigésimo**



primero.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 9.3 CE, en relación con el 24 CE (por valoración arbitraria de la prueba). **Motivo vigésimo segundo.**- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 24 CE. **Motivo vigésimo tercero.**- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 24 CE (tutela judicial efectiva). **Motivo vigésimo cuarto.**- Desistido. **Motivo vigésimo quinto.**- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim. **Motivo vigésimo sexto.**- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art 852 LECrim por infracción del art. 24 CE (tutela judicial efectiva). **Motivo vigésimo séptimo.**- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 24 CE (tutela judicial efectiva). **Motivo vigésimo octavo.**- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 24 CE (derecho a un proceso con todas las garantías). **Motivo vigésimo noveno.**- Por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 24 CE (tutela judicial efectiva). **Motivo trigésimo.**- Por quebrantamiento de forma, al amparo del art. 850.1º LECrim, por haberse denegado una diligencia de prueba y **Motivo trigésimo primero.**- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º LECrim, por error en la apreciación de la prueba. **Motivo trigésimo segundo.**- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva). **Motivo trigésimo tercero.**- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 24 CE. **Motivo trigésimo cuarto.**- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 24 CE (tutela judicial efectiva). **Motivo trigésimo quinto.**- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 24 CE. **Motivo trigésimo sexto.**- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 24 CE. **Motivo trigésimo séptimo.**- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim por infracción del art. 24 CE (derecho a la tutela judicial efectiva). **Motivo trigésimo octavo.**- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º LECrim, por error en la apreciación de la prueba. **Motivo trigésimo noveno.**- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2º LECrim, por error en la apreciación de la prueba. **Motivo cuadragésimo.**- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del art. 852 LECrim. por infracción del art. 24 CE.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, impugnando todos sus motivos; la representación legal de Flor no evacuó el trámite de instrucción conferido. La Sala admitió a trámite el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

QUINTO.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 18 de octubre de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Un recurso de casación de cuarenta motivos (aunque en la fase de formalización se ha desistido de alguno), desarrollados en casi setenta folios de apretada caligrafía, no es frecuente. Menos, si comprobamos el objeto procesal: una pretensión de condena por un supuesto delito de estafa muy simple (recepción de dos mil euros como consecuencia de una supuestamente falsa promesa de realización de un viaje en compañía del perjudicado), con sujeto activo y víctima individuales. Menos todavía si advertimos que se trata de una sentencia absolutoria por razones probatorias (no ha quedado acreditado que se produjese la entrega de ese dinero), lo que cercena enormemente las posibilidades impugnativas. Encontrar casi cuarenta razones autónomas para atacar una sentencia que resuelve el asunto en siete páginas, es sencillamente sorprendente.

Como lo es la capacidad de detectar en esas siete páginas, aproximadamente dos docenas de infracciones constitucionales.

Revela el recurso un meritorio trabajo, digno probablemente de mejor causa. No puede ser correspondido con el éxito. Ello no será achacable a indolencia del recurrente (el recurso muestra una actitud en las antípodas de ese posicionamiento: una fogosa pasión adornada por un denodado esfuerzo argumentativo), sino a la objetiva dificultad de *tumbar* a través de un recurso devolutivo, una sentencia absolutoria que, por lo demás, está construida de forma sintética pero impecable: aborda todo lo que tenía que abordar y nada de lo que no debía abordar. Y lo hace con literatura elegante, y una concisión que no se presenta como desidia motivadora, sino cualidad puesta al servicio de la claridad de ideas y capacidad de síntesis.

Adelantemos ya que ninguno de los motivos tiene aptitud para prosperar. El recurso va a ser íntegramente desestimado. Esa solución final permite sacudirnos la disciplina legal en cuanto al orden de estudio de los motivos. Las previsiones legales nos llevarían a comenzar analizando los motivos por quebrantamiento de forma (denegación de prueba, falta de imparcialidad) cuya estimación acarrearía la necesidad de reponer las actuaciones para la celebración de un nuevo juicio; seguidos de los motivos por infracción de norma constitucional (art. 852 LECrim) que reclaman devolver las actuaciones para dictado de una nueva sentencia



(v.gr., falta de motivación); para continuar con los que reivindican una revisión de la valoración probatoria a realizar en casación (*error facti*: art. 849.2 LECrim); y finalizar con los motivos por infracción de ley penal sustantiva (art. 849.1º). Pero la respuesta desestimatoria global que vamos a ofrecer permite apartarnos de la *hoja de ruta* legal (arts. 901 bis y 901 bis b) LECrim). Cuando se produce la desestimación de todos los motivos, el *orden de los factores* no alterará el *producto*.

Nos tomaremos, empero, la licencia de resolver los motivos por bloques en cuanto bien usen un mismo formato casacional que permita una refutación conjunta; bien constituyan reiteración de un mismo argumento bajo etiquetas o enfoques diversos. Esa metodología supondrá reordenar el largo listado de motivos al que nos enfrentamos.

SEGUNDO.- Comenzamos con todos los motivos que acuden a la fórmula impugnativa del **error facti** (**art. 849.2 LECrim**): primero a sexto, trigésimo primero, y trigésimo octavo. El motivo trigésimo noveno (que también invocaba el art. 849.2º) no ha sido formalizado al no añadir nada -según se dice- al desarrollado como trigésimo octavo.

Se enarbolan en esos motivos diversos documentos (algunos no merecen esa condición a estos fines, como se razonará) denunciando que la Sala ha hecho caso omiso a lo que se deduce de ellos. Se reclama, en consecuencia, una reformulación del hecho probado que se propone en cada caso respetando en esa exigencia la ortodoxia casacional.

Las peticiones no pueden ser atendidas por dos órdenes de razones: de estricta disciplina legal en tanto no se respetan las exigencias del art. 849.2º LECrim (**i**); y de orden constitucional, en cuanto la estimación supondría desconocer la jurisprudencia constitucional y convencional que veda la revisión del juicio fáctico favorable al reo mediante un recurso devolutivo (**ii**). Las aseveraciones fáctica de la sentencia de instancia favorables a la parte pasiva penal de un proceso (en este caso, que no ha quedado probada la entrega de los dos mil euros) están blindadas frente al Tribunal *ad quem*. Éste podrá anular la sentencia; pero jamás podrá reelaborar el *factum contra reo*.

TERCERO.- Lo que exige un motivo basado en el art. 849.2º LECrim para que sea prosperable, está bien expuesto en el dictamen del Fiscal. A él nos remitimos.

Las alegaciones volcadas en los seis primeros motivos, así como trigésimo primero y trigésimo noveno, solo mediante un esforzado y generoso ejercicio de voluntarismo se podrían examinar desde la óptica del art. 849.2º LECrim que exige, no solo la designación de específicos elementos documentales, sino también que sean documentos en sentido estricto (y no meras manifestaciones personales documentadas); que sean literosuficientes (es decir que prueben algo por sí solos, sin necesidad de deducciones o razonamientos complementarios); que no estén contradichos por otros medios probatorios practicados; y que la modificación fáctica pretendida tenga trascendencia en la subsunción. Solo el cumplimiento confluyente de todas esas exigencias permite que un motivo de esta naturaleza triunfe, siempre y cuando, como se ha anticipado y como corroboraremos *infra*, la modificación no opere *contra reo*.

Es muy frecuente el uso del art. 849.2 LECrim; muy infrecuente su uso correcto. Se explica ese dato estadístico seguramente porque está rodeado de una rígida disciplina procesal apta para provocar no pocos *tropiezos* en quienes echan mano de él, seducidos, quizás, por su etiqueta definidora -*error en la valoración de la prueba*-, pero sin reparar en los requisitos, tremendamente exigentes, que se adosan a esa categorización general. Son precisamente esos estrictos condicionantes los que permiten armonizar un recurso como la casación de naturaleza extraordinaria y el respeto al principio de inmediación con la posibilidad de fiscalización de la valoración probatoria que abre esa norma.

Tal vía - art. 849.2 LECrim- permite excepcionalmente revisar la valoración de la prueba realizada por la Sala de instancia para que el Tribunal Supremo la sustituya por la operada directamente por él. El respeto al principio de inmediación impone dos severas restricciones:

a) Solo respecto de la prueba documental la posición de los Tribunales de casación y de instancia es idéntica en orden a la inmediación. Esa realidad permitió incrustar esta fórmula casacional - *error facti*- ausente en la originaria casación. No es una traición a la inmediación encumbrada, con mayor o menor acierto, como principio estructural en el modelo de nuestra Ley Procesal. El documento está ahí: puede ser percibido en iguales condiciones por ambos órganos jurisdiccionales.

b) Esa idea rectora -inmediación- aboca a una significativa limitación que restringe mucho la operatividad de la norma: lo que se pretende acreditar con el documento no puede estar contradicho por otros elementos de prueba. Es coherente el correctivo: si concurren otros medios de prueba de carácter personal que desmienten lo que se deduce del documento, respecto de ellos el Tribunal de casación carece de inmediación. Por tanto, en



la concepción de la LECrim, está incapacitado para sopesar la fuerza probatoria del documento en contraste con esas otras fuentes probatorias.

No escapa el concreto recurso que ahora analizamos a varios -muchos- de los muy habituales enfoques distorsionados que se empeñan en encajar en este angosto cauce casacional un discurso que encierra una enmienda total a la valoración de la prueba efectuada por la Audiencia.

Es necesario, según el art. 849.2 LECrim, que el razonamiento tome como base genuina prueba documental. No lo son las pruebas personales documentadas: por tanto, ningún papel pueden jugar las declaraciones de testigos o terceros, sean procesales o extraprocesales a las que aluden algunos de los motivos. En su caso podrían servir para acreditar que alguien dijo algo en unas coordenadas espacio temporales determinadas; pero no la realidad ni la veracidad de lo que dijo.

Por otra parte, no basta con citar documentos como mera excusa para discutir sin limitación alguna. Es necesario (i) que los documentos sean literosuficientes, es decir demostrativos por sí mismos de lo que se quiere acreditar; (ii) que se hayan designado tanto los documentos como sus particulares concretos relevantes; (iii) que las aseveraciones que quieren extraerse de ellos no estén contradichas por otros elementos probatorios; y, por fin, (iv) que se consigne la redacción alternativa del hecho probado que se propone (requisito este muchas veces obviado por los recurrentes, pero en este caso, como se ha dicho, escrupulosamente cumplimentado).

De todos esos requisitos el recurrente solo respeta la designación de documentos (aunque no totalmente en algún caso); y la propuesta de reelaboración del hecho probado. Pero no tiene en cuenta ni la presencia de elementos de prueba contradictorios, ni la falta de autarquía probatoria de los documentos.

En cuanto a lo primero basta comprobar que la acusada ha negado la recepción del metálico para que se venga abajo todo el edificio argumental del recurrente. Acrediten lo que acrediten los documentos, se estrellan contra una prueba personal divergente (declaraciones de la acusada) que cierra absolutamente la viabilidad de los distintos motivos.

Por otra parte, el tipo de razonamiento desplegado en estos motivos no se atiene, ni de lejos, a la disciplina del art. 849.2º LECrim. Salta enseguida a la vista. Los documentos no resultan auto evidentes respecto de lo que se quiere probar; no lo demuestran por sí solos. Solo a través de deducciones que el recurrente va efectuando voluntariosamente, se arriba a las realidades que pretende dar como probadas: que se recibió el dinero, la fecha de inicio del viaje previsto, etc...

Los documentos han de mostrar por sí mismos y sin complemento probatorio o argumental alguno el error del Tribunal; no constituir la base de un razonamiento, más o menos acertado o persuasivo, para tratar de desacreditar la valoración del Tribunal.

Por lo demás, algunos de los motivos van encaminados a justificar algún dato fáctico (cronología) que carece de trascendencia sustantiva. Es indiferente que la Sala haya podido errar al señalar algunas fechas. Lo relevante para la absolución es que no ha reputado probada la recepción del dinero. Sin ese elemento el delito de estafa por el que se pretendía la condena se desvanece, sea cual sea la cronología exacta.

Ni los mensajes transcritos, ni la existencia de llamadas desde un determinado número telefónico, ni el resto de elementos documentales aducidos, demuestran la realidad de los hechos narrados por el recurrente que quiere, de manera inviable, que sean asumidos por este Tribunal para corregir y completar el *factum*.

CUARTO.- Amén de de las fisuras señaladas cumple referirnos a la doctrina del TEDH sobre las limitaciones que rodean la posibilidad de revocar en contra del reo una sentencia por razones probatorias. Esa doctrina ha trastocado radicalmente el eventual juego *contra reo* de un motivo de casación por *error facti*, máxime si, como en este caso, concurren pruebas personales (las declaraciones de la acusada) que militan en favor de la tesis absolutoria acogida en la sentencia.

Las excepciones a la doctrina general (imposibilidad de revocar sentencias absolutorias por motivos probatorios) basadas en prueba documental que en unos primeros momentos llegaron a admitirse, al menos en la doctrina constitucional nacional, han sido abolidas definitivamente por la jurisprudencia posterior.

En efecto, la conocida y ya afianzada doctrina del TEDH, TC y de esta misma Sala anatematizando cualquier variación fáctica *contra reo* a través de un recurso devolutivo (menos si es de carácter extraordinario y no permite conferir audiencia a los afectados), se erige en obstáculo insalvable para el éxito de los motivos analizados. Lo corrobora, entre muchas, la STS 146/2014, de 14 de febrero, de la que tomamos prestadas algunas de las consideraciones que siguen y que recogen la evolución de tal doctrina y su recepción por esta Sala Segunda (vid. también, entre muchas otras, STS 363/2017, de 19 de mayo).



La doctrina constitucional minimizando la revisabilidad de sentencias absolutorias por vía de recurso arranca de la STC 167/2002, de 18 de septiembre. Se ha reiterado en pronunciamientos posteriores que se cuentan ya por decenas (junto a muchas otras, SSTC 21/2009, de 26 de enero, o 24/2009, de 26 de enero, hasta las 80/2013, 120/2013 ó 191/2014, de 17 de noviembre: mucho más de un centenar en la actualidad). El eje de la argumentación, vertida habitualmente al hilo de sentencias que en apelación dictaban una condena *ex novo*, gira en torno al respeto a los principios de publicidad, inmediación y contradicción, integrantes del contenido esencial del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE). Una condena, si quiere guardar fidelidad plena a esos principios, debe fundarse en una actividad probatoria examinada directa y personalmente por el Tribunal que la dicta en un debate público en el que se dé oportunidad para contradecir la totalidad del acervo probatorio. Por tanto, cuando en un recurso devolutivo se suscitan cuestiones de hecho relacionadas directa o indirectamente con la valoración de pruebas de las que depende la condena *ex novo* del acusado, resulta imprescindible la celebración de vista pública en segunda instancia para que el órgano de apelación pueda resolver tomando conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas. Los principios de publicidad, inmediación y contradicción exigen que el Tribunal *ad quem* oiga directa y personalmente a los testigos, peritos y acusados, a fin de llevar a cabo su propia valoración y ponderación y poder corregir la efectuada por el órgano de instancia. El Tribunal de apelación no puede modificar los hechos probados para propiciar una condena que revierta la absolución o conduzca a una agravación de la condena recaída, si tal mutación no viene precedida del examen directo y personal de acusados y testigos en un debate público con posibilidad de contradicción. Confluye igualmente en apoyo de tal conclusión el derecho de defensa que aconseja conferir al acusado la posibilidad de dirigirse personal y directamente al Tribunal.

Estas pautas, elaboradas inicialmente alrededor de la apelación, han de proyectarse también a la casación.

La doctrina del TC hunde sus raíces en una jurisprudencia más lejana del TEDH. La primera decisión que abordó esta materia data de 1988. Resolvía el caso *Ekbatani contra Suecia* (STEDH de 26 de mayo de 1988). Le seguirán otras tres SS TEDH que comparten fecha: 29 de octubre de 1991 (caso *Helmerts contra Suecia* , caso *Jan-Ake Anderson contra Suecia* y caso *Fejde contra Suecia*). La doctrina se consolidó con pronunciamientos posteriores: SSTEDH de 8 de febrero de 2000 (caso *Cooke contra Austria* y caso *Stefanelli contra San Marino*); STEDH 27 de junio de 2000 (caso *Constantinescu contra Rumania*) y STEDH 25 de julio de 2000 (caso *Tierce y otros contra San Marino*). Cuando el Tribunal de apelación ha de conocer tanto de cuestiones de hecho como de derecho, y en especial, cuando ha de estudiar en su conjunto la culpabilidad o inocencia del acusado, no se puede resolver sin un examen directo y personal del acusado que niega haber cometido la infracción punible, so pena de sacrificar exigencias irrenunciables del derecho a un juicio justo.

El TEDH ha ido más lejos de lo que sostuvo nuestro Tribunal Constitucional en los primeros años de recepción: impone la audiencia directa del acusado por el Tribunal *ad quem* antes de resolver aunque la decisión del recurso se base en prueba documental o pericial, o en una revisión de inferencias. Las modulaciones y precauciones que el TC manejó al iniciar en 2002 esta senda interpretativa han acabado por evaporarse avasalladas por la casi ausencia de todo matiz en el TEDH. Éste deja a salvo solo lo que es valoración de estrictas cuestiones jurídicas que se mantengan totalmente al margen de la valoración probatoria.

Contrastemos estas premisas con el camino casacional que intenta la acusación particular ex art. 849.2º LECrim.

QUINTO.- Una serie de pronunciamientos del TEDH referidos precisamente a España hacen inviable la perdurabilidad de una interpretación amplia del art. 849.2 LECrim en el sentido de mantener su capacidad de operar *contra reo* en materia penal. Particularmente significativa, por ser pionera en este punto, es la STEDH de 16 de noviembre de 2010 (asunto *García Hernández c . España*). La sentencia absolutoria fue revocada en apelación por la Audiencia Provincial -era un supuesto de mala praxis médica-, basándose en pruebas periciales. El Tribunal Constitucional desestimó el recurso de amparo: cabía esa revaloración al apoyarse en informes documentados que el Tribunal *ad quem*, podía consultar. Para la Corte supranacional con sede en Estrasburgo se vulneró el art. 6.1 del Convenio. Conclusiones idénticas se desprenden de la posterior STEDH de 29 de marzo de 2016 (asunto *Gómez Olmedo c. España*).

Nuestra práctica judicial no había cuestionado abiertamente la capacidad del art. 849.2º LECrim para mutar en condena una absolución hasta el acuerdo del Pleno no Jurisdiccional de esta Sala Segunda de 19 de diciembre de 2012 que proclamó la imposibilidad de habilitar un trámite en casación para oír al acusado ante la eventualidad de la revocación de una sentencia absolutoria por razones probatorias. Esa audiencia sería incompatible con la naturaleza de la casación. El camino innovador (audiencia del acusado o reproducción de la prueba personal) que en algún momento ha sugerido la jurisprudencia constitucional (STEDH de 20 de septiembre de 2016 asunto *Hernández Ray o c. España*), solo cabe implantarlo en apelación y siempre con previsión legislativa; nunca en la casación.



Con ese acuerdo esta Sala Segunda, indirectamente, cercenó drásticamente la viabilidad del art. 849.2º LECrim en perjuicio del reo. La doctrina del TEDH no deja ningún portillo abierto. O, al menos, cancela su viabilidad salvo correctivos interpretativos.

A esa conclusión llegaba la STS 976/2013, de 30 diciembre :

"El examen de toda impugnación casacional que, por la vía del art. 849.2 de la LECrim , tenga por objeto dejar sin efecto una sentencia absolutoria y sustituirla por un pronunciamiento de condena, topa con el obstáculo de una jurisprudencia del TEDH, constitucional y de esta misma Sala, que ha contribuido a una ruptura histórica con el entendimiento tradicional del error de hecho en la valoración de las pruebas, cuando aquél se deriva de documentos que obran en la causa y que demuestran la equivocación del órgano decisorio...

*...Los pronunciamientos que, con uno u otro matiz, definen el actual estado de cosas en el ámbito del recurso de casación, permiten algunas conclusiones que cuentan con un alto grado de aceptación y que inspiran buena parte de las resoluciones más recientes de esta misma Sala y del Tribunal Constitucional. **La primera, que el carácter extraordinario del recurso de casación descarta arbitrar un trámite de audiencia del acusado absuelto, que carece de cobertura legal y que se concilia mal con el significado procesal de la impugnación ante el Tribunal Supremo (cfr. STC 201/2012, 12 de noviembre ; 21/2009, 20 de abril y 29/2008, de 20 de febrero , entre otras).** Así lo hemos proclamado en el reciente acuerdo de Pleno no jurisdiccional de fecha 10 de enero de 2013. En segundo lugar, que la revocación de un pronunciamiento absolutorio sin haber presenciado las pruebas personales practicadas durante el plenario contraviene elementales exigencias asociadas al principio de inmediación y puede menoscabar, en determinados casos, el contenido material de los derechos de defensa, a la presunción de inocencia y a un proceso con todas las garantías. A partir de esas dos premisas, las consecuencias en el ámbito de la casación penal se proyectan de manera obligada sobre los motivos por infracción de ley que contempla el art. 849 de la LECrim .*

(...)

*Cuando la infracción de ley hecha valer por el recurrente invoque como cobertura el apartado 2º del art. 849 de la LECrim , esto es, cuando se atribuya a la sentencia de instancia que ha absuelto al acusado un error en la valoración de la prueba, la cuestión ofrece otros matices. En efecto, la posibilidad de rectificar el hecho probado con adiciones o supresiones que tengan por fundamento algunos de los documentos que obran en la causa y que "...demuestran la equivocación del juzgador", ha sido consustancial al significado del recurso de casación. Sin embargo, conviene tener presente que la valoración de documentos por esa vía impugnativa no puede entenderse sin el inciso final del mencionado art. 849.2 de la LECrim . En él se exige que esos documentos no resulten "...contradichos por otros elementos probatorios". Quiere ello decir que la aproximación del Tribunal de casación a la valoración del documento en el que se pretende fundar el error sufrido en la instancia, no puede realizarse sin el contraste con otros elementos probatorios, entre los que se incluye, como no podía ser de otro modo, el resultado arrojado por las pruebas personales practicadas en el plenario . **Se entra así de lleno en el terreno de la prohibición ya consolidada en la jurisprudencia constitucional y del TEDH de valorar pruebas personales - aunque sean de simple contraste para concluir acerca de la suficiencia probatoria del documento invocado- que no han sido presenciadas por el órgano jurisdiccional que va a dejar sin efecto un pronunciamiento absolutorio".***

Todo indica, por tanto, que sólo en aquellos casos en los que la valoración probatoria asumida en la instancia resulte absolutamente arbitraria, ajena a las máximas de experiencia, las reglas de la lógica y, en fin, alejada del canon constitucional de valoración racional de la prueba, el pronunciamiento absolutorio podrá ser impugnado con fundamento en el derecho a la tutela judicial efectiva, logrando así el reconocimiento de la vulneración de un derecho constitucional y la reparación adecuada mediante la anulación del pronunciamiento absolutorio".

Estimar el recurso con el alcance tradicional y legal de este motivo (modificación del hecho probado y dictado de una segunda sentencia condenatoria) supondría violentar la doctrina que se acaba de exponer.

La capacidad revisora del art. 849.2º LECrim ha de entenderse extremadamente reducida cuando se utiliza *contra reo*; salvo que reinterpretemos el art. 902 LECrim privándole de operatividad en esos casos. No cabe por vía de principio dictar segunda sentencia condenatoria o agravatoria como consecuencia de la estimación de un motivo apoyado en el art. 849.2º LECrim.

SEXTO.- Como sugiere la citada STS 976/2013, es factible reenfocar una petición basada en el art. 849.2º hacia metas diferentes. No puede esta Sala *ex novo* dictar una segunda sentencia de signo inculpativo; pero sí está facultada, cuando aprecie un apartamiento irrazonado y arbitrario del resultado de una prueba documental, para anular la sentencia y devolver el conocimiento al Tribunal de instancia a efectos de una valoración racional de ese documento que puede haber sido injustificadamente ignorado, minusvalorado o despreciado.

Esa salida concuerda más con el motivo de casación previsto en el art. 852 LECrim amparado en una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Un recurso basado en el art. 849.2º LECrim *contra reo*,



salvo casos muy excepcionales si es que es imaginable alguno, solo podrá llevar a la anulación de la sentencia. Nunca al dictado de segunda sentencia de condena salvo que exista una previa condena dictada en anteriores instancias que se rehabilita. Podría prosperar cuando el error en la valoración del documento constituya algo más que una mera discrepancia. Ha de ser una arbitrariedad, un error (advertido o inadvertido) de entidad suficiente como para constituir una vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. De esa forma los motivos *contra reo* canalizables por el cauce del art. 849.2º vendrían a confundirse con un motivo invocando el derecho a la tutela judicial efectiva y cobijado en el art 852. Es aventurado generalizar absolutamente cerrando el paso a toda excepción (v.gr., el error en la percepción de la hoja penal). Pero como premisa general sí pueden sentarse estos postulados.

En uno u otro camino (art. 849.2º ó art. 852) la respuesta habrá de ser la misma: anulación de la sentencia y reenvío al Tribunal de instancia; nunca pronunciar una segunda sentencia, como se venía haciendo de acuerdo con la normativa casacional (con alguna excepción) ante la estimación de cualquier motivo por infracción de ley.

La acusación, intuyendo probablemente esas dificultades, elabora también varios motivos con ese otro formato: vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, a usar los medios de prueba pertinentes y a una resolución motivada (lo que conectaría con el derecho a la tutela judicial efectiva): motivos duodécimo, décimo tercero y décimo quinto que vienen a ser los correlativos a los motivos primero, segundo y quinto respectivamente. No se habrían valorado correctamente los medios de prueba documentales referidos en los motivos por *error facti*; o se habrían valorado de forma irracional.

La voluntariosa argumentación del recurrente en esos motivos no consigue mostrar irracionalidad o falta de lógica en la escueta pero precisa y contundente motivación fáctica de la sentencia:

" En cuanto a la valoración de las pruebas practicadas en el juicio oral, hemos de recordar cuál es el objeto de este proceso, a saber, la supuesta entrega de 2000 euros por parte del testigo a la acusada la noche previa a realizar un viaje como pago por dicho servicio, sin que el viaje se llegara a realizar porque la acusada no se presentó en la Estación de Atocha antes de la salida del tren.

Es decir, la acusación particular cifra el engaño en el hecho de haber recibido el dinero con carácter previo a la prestación del servicio y no haberlo realizado, sabiendo con anterioridad que no se iba a prestar.

La acusada niega haber recibido dinero alguno por ese servicio y ha manifestado que no acudió a la cita porque no quiso, porque los viajes necesitan un grado de confianza que no tenía, y por ello, aunque pensaba realizar el viaje, no acudió, sin que hubiera recibido dinero alguno por dicho servicio.

Se trata de versiones contradictorias, pues una parte afirma lo que otra niega, sin que exista documento alguno o testigo de los hechos que acredite que efectivamente la entrega del dinero se realizó en las condiciones que dice el denunciante. Este manifiesta que no estaba muy convencido del viaje y estuvo a punto de anularlo debido al comportamiento de la acusada en los días previos, pero ella lo convenció para que no anulara el viaje, insistiéndole ella que quedaran antes de realizarlo para que le diera los 2000 euros, lo que hizo la noche anterior en un parking cercano a su domicilio, en el mismo vehículo de ella. La acusada niega la entrevista y manifiesta que quedaron en la Estación de Atocha y no acudió por los motivos que creyó convenientes para no hacerlo.

La acusación particular aporta, como pruebas para acreditar los hechos, las grabaciones que realizó de las conversaciones mantenidas con el testigo Eliseo , resaltando en negrita en la transcripción los párrafos que cree que son llamativos en este sentido. Pues bien, tanto de la audición de las citadas conversaciones como de la lectura del cotejo no se puede deducir que el testigo asevere que la acusada le haya dicho que recibió el dinero y que no realizó el viaje. El testigo, en primer lugar, no está presente en el supuesto momento de entrega del dinero. En segundo lugar, no conocía al denunciante antes de la primera entrevista, pasados los hechos. En tercer lugar, las veces que habla de "lío" o palabras similares son siempre en hipótesis sin aseverar nada más. Y, por último, en el folio 33, minuto 24:56, cuando habla Luis Francisco , dice en contestación a lo que le manifiesta su interlocutor: "ya bueno pero el dinero lo puede cobrar si hace el viaje, si, o sea, el problema es que si no hace el viaje no se lo cobra", frase confusa que puede dar a entender que si no hacía el viaje no cobraba, por lo que si no lo hizo, no debió cobrar.

Se trata de unas conversaciones grabadas por el denunciante con desconocimiento de su interlocutor, por lo que la conversación, como ocurre en estos casos, es guiada e interpretada por quien realiza la grabación. Lo cierto es que del desarrollo de las entrevistas grabadas no se deduce que Eliseo conociera y aseverara que Flor había cobrado el dinero. Por otro lado, el denunciante insiste en querer ver a Flor e incluso en un segundo viaje en Navidad.

De todo ello se deduce que dichas conversaciones no son indicio suficiente para considerar acreditado que efectivamente el dinero fue entregado por el denunciante la noche previa al viaje.



En relación con la conversación obrante al folio 376 y siguientes de las actuaciones, grabación que se produce en la calle donde está situado el colegio de la hija de la acusada, no existe ningún indicio que corrobore la versión de la acusación particular pues la manifestación del acompañante de la acusada que dice que "otra vez no pague por adelantado" se encuadra en una actuación que los propios agentes que acuden a la llamada de la acusada califican de acoso, pues la repiten en varias ocasiones dicha palabra y sus derivados. Puede interpretarse como una manifestación del acompañante de la acusada para intentar que la dejara en paz, pues la presencia del denunciante en la puerta del colegio supone una invasión de la intimidad que va más allá de una reclamación de dinero o de la imputación de un delito de estafa.

Por otro lado, cuando al denunciante se le requiere para que aporte la acreditación de tener en su poder los 2000 euros para abonarlos la noche del 24 de julio de 2014, aporta unos reintegros de cajero obrantes a los folios 208 y siguientes de las actuaciones de 300 euros cada vez, pero de fechas anteriores al viaje como el mes de mayo de 2014, que poca o nula relación puede tener con el pago de los 2000 euros a finales de julio. La extracción de ese dinero pudo ser debida a múltiples causas, cuya relación de causalidad con el viaje no ha quedado acreditada,

De lo anterior se deduce que los hechos objeto de imputación no han quedado probados, más allá de toda duda razonable, por lo que procede absolver a la acusada del delito de estafa agravada que se le imputaba, ya que no ha quedado probada la entrega del dinero, y por ende, tampoco el engaño previo, como tampoco las agravantes específicas del artículo 250 CP.

No procede deducir testimonio contra el acusador particular por un delito de denuncia falsa, tal y como ha solicitado el Ministerio Fiscal, porque los hechos no han quedado probados en aplicación del principio *in dubio pro reo*.

El recurrente ofrece su propia interpretación de los mensajes. Pero la Audiencia, después de analizarlos, es contundente y clara: no ha alcanzado certeza de esa entrega. Y es que, en verdad, no hay pruebas concluyentes, lo que justifica la aplicación del principio *in dubio*, pieza irrenunciable de un sistema de valoración probatoria en un moderno modelo de proceso penal. Lo que propone la parte a través de estos motivos es sustituir la valoración de la Audiencia por la propia, e imponer por encima de la convicción -o falta de convicción- del Tribunal su tesis acusatoria. Ese debate es propio de la instancia pero no de la casación.

La valoración de la Sala es racional y se ajusta a parámetros de lógica.

El razonamiento del recurrente puede ser también coherente. Pero no lo es menos la argumentación de la Sala de instancia. No puede tacharse la motivación fáctica contenida en la sentencia de irracional; o sesgada; o arbitraria. Explica de forma suasoria por qué no se han disipado sus dudas en cuanto las manifestaciones de la supuesta víctima no quedan apuntaladas de forma concluyente por otros elementos accesorios. En esa situación la ley obliga a un pronunciamiento absolutorio. Lo que hace en último término la Audiencia es inclinarse por la hipótesis, de las posibles, más beneficiosa para la acusada (*in dubio*).

El razonamiento de la sentencia de instancia escapa de lo fiscalizable o censurable a través de la tutela judicial efectiva.

SÉPTIMO.- El derecho a la tutela judicial efectiva, en efecto, tal y como viene siendo perfilado en la jurisprudencia constitucional, permite anular decisiones judiciales basadas en criterios no racionales o apartados de toda lógica, o ajenas a todo parámetro de interpretación sostenible en derecho; pero no permite corregir cualquier supuesta deficiencia en la aplicación del derecho o en la valoración de la prueba. Otorgar al derecho a la tutela judicial efectiva mayores dimensiones significaría convertir el recurso de casación y, lo que todavía sería más disfuncional desde la perspectiva del reparto de funciones constitucionales, también el recurso de amparo, en un medio ordinario de impugnación. El derecho a la tutela judicial efectiva no garantiza el acierto en la decisión judicial, aunque sí repele aquellas respuestas ofrecidas por los órganos jurisdiccionales que se aparten de unos estándares mínimos de "razonabilidad". De esa manera el enunciado enfático y cuasi-sacramental de ese derecho no queda en mera proclamación retórica. Cobra perfiles concretos y adquiere un definible contenido esencial del que pueden derivarse consecuencias específicas en relación con asuntos singulares. Tal derecho queda satisfecho con la obtención de una respuesta judicial fundada en derecho, aunque se rechace la pretensión que se reclamaba del Tribunal y a la que se aspiraba. No cualquier respuesta judicial colma las exigencias de ese derecho: sólo aquéllas razonadas que se muevan dentro de ciertos cánones elementales de razonabilidad. La desviación frente a otras eventuales valoraciones será un tema no fiscalizable en casación.

Si no estableciéramos esa auto restricción, la tutela judicial efectiva se convertiría en una ancha puerta por la que accederían a la casación (y, por ende, al recurso de amparo) todas aquellas cuestiones que no



habrían podido ser introducidas por las más estrechas ventanas de los arts. 849 a 851 LECrim, demoliendo la tradicional arquitectura del recurso de casación.

Una postrera precisión: el nivel de motivación de las sentencias absolutorias es menos intenso que el de las condenatorias. Las sentencias absolutorias, en relación con la constatación de la inexistencia de arbitrariedad o error patente, precisan de una motivación con estándares menos exigentes que los que reclama un pronunciamiento condenatorio. En éste es imprescindible que el razonamiento sobre la prueba conduzca como conclusión a la derrota de la presunción de inocencia.

Las sentencias absolutorias precisan de una motivación razonable (STS 1547/2005, de 7 de diciembre) " *de un lado porque la obligación constitucional de motivar las sentencias contenida en los artículos 24.2 y 120.3 de la Constitución , así como en las Leyes que los desarrollan, no excluyen las sentencias absolutorias. De otro, porque la tutela judicial efectiva también corresponde a las acusaciones en cuanto al derecho a una resolución fundada. Y de otro, porque la interdicción de la arbitrariedad afecta a todas las decisiones del poder judicial, tanto a las condenatorias como a las absolutorias, y la inexistencia de tal arbitrariedad puede ponerse de manifiesto a través de una suficiente fundamentación de la decisión.*

Sin embargo, no puede dejarse de lado que las sentencias absolutorias no necesitan motivar la valoración de pruebas que enerven una presunción existente a favor del acusado, contraria a su culpabilidad. Antes al contrario, cuentan con dicha presunción, de modo que en principio, para considerar suficientemente justificada una absolución debería bastar con la expresión de la duda acerca de si los hechos ocurrieron como sostiene la acusación. O, si se quiere, para ser más exactos, de una forma que resulte comprendida en el relato acusatorio. Pues de no ser así, no sería posible la condena por esos hechos" (STS 2051/2002, de 11 de diciembre) .

No tener motivos suficientes para condenar es un buen motivo para absolver.

La sentencia del Tribunal atacada ahora en casación, en conclusión, es racional. Aplica el principio *in dubio* en términos que no pueden tildarse de contrarios a la racionalidad o arbitrarios y, por tanto, vulneradores del derecho a la tutela judicial efectiva. La lectura de la sentencia pone de manifiesto que, habiendo sido ponderados todos los elementos probatorios, no alcanzó el Tribunal certeza.

El destino de los motivos no puede ser otro que su **desestimación**. El meritorio esfuerzo dialéctico realizado por el recurrente, deteniéndose en cada elemento y dato, desborda los contornos de lo argumentable bajo el manto de los derechos fundamentales invocados. No podemos adentrarnos sin restricciones en el debate propuesto por el recurso so pena de traspasar las funciones que la ley residencia en este Tribunal en detrimento de las correspondientes a otros órganos jurisdiccionales. No es tarea propia de la casación volver a discutir sobre cada dato probatorio para refutar la tesis del impugnante. Ya lo hizo la Audiencia cuya decisión, si es, como aquí, argumentada y razonable, pone punto final a ese debate.

OCTAVO.- El motivo séptimo toma como sustento legal el art. 849.1º LECrim quejándose por la inaplicación de los arts. 248 (tipo de estafa: existencia de engaño), 250.1.1ª (cosas de primera necesidad) y 250.1.6º (abuso de confianza) CP.

El motivo resulta superfluo, amén de no respetar el hecho probado (art. 884.3º LECrim), ni la forma en que tales preceptos penales son entendidos por la jurisprudencia

Si se niega la presencia de un desplazamiento patrimonial (ni realizado, ni pretendido), es imposible aplicar el art. 248 CP, por mucho que intentemos justificar que se produjo una acción engañosa, que, por otra parte, no tiene reflejo en el hecho probado (art. 884.3º LECrim).

Igualmente, si no es aplicable el delito de estafa, por definición resultarán también inaplicables las agravaciones consistentes en versar la estafa sobre cosa de primera necesidad (precepto que, aunque se reconociese la estafa, no podría activarse: el objeto de la estafa es el metálico, no la relación afectiva, por mucho que ese tipo de relaciones puedan reputarse imprescindibles en la vida de cualquiera; *item* más, *afecto comprado* es casi un oxímoron); o el abuso de una relación de confianza (también de difícil admisibilidad en la estafa si no media un plus respecto del aprovechamiento de confianza inherente a toda estafa).

De cualquier forma debatir sobre esas cuestiones es entretenimiento superfluo a la vista de la ausencia de uno de los elementos esenciales del tipo básico de estafa.

NOVENO.- Los motivos octavo a undécimo, además del cuadragésimo, denuncian denegación de medios probatorios. El contenido del motivo décimo será reiterado a través de otra vía casacional en el motivo décimo cuarto.

La STS 948/2013, de 10 de diciembre aborda *in extenso* el marco que hay que manejar para analizar quejas por denegación de prueba. También en el asunto allí examinado, como se hace aquí en un concreto punto, se



acudía a la dualidad de vías casacionales (art 852 LECrim, en relación con el art 24 CE, por vulneración del derecho a utilizar los medios necesarios para la defensa y quebrantamiento de forma, al amparo del art 850 1º por denegación de prueba).

La facultad de proponer y aportar pruebas constituye uno de los derechos procesales básicos de una parte:

"En relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) -se expresa en la citada resolución- la doctrina del Tribunal Constitucional puede ser resumida en los siguientes términos (STC 86/2008, de 21 de julio y STC 80/2011, de 6 de junio):

a) Se trata de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el Legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda [por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio,].

b) Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o supongan una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (SSTC 1/1996, de 15 de enero, y 70/2002, de 3 de abril, por todas); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre y 219/1998, de 16 de noviembre).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio; 359/2006, de 18 de diciembre; y 77/2007, de 16 de abril).

Finalmente, ha venido señalando también el Tribunal Constitucional que el art. 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia (SSTC 37/2000, de 14 de febrero; 19/2001, de 29 de enero; 73/2001, de 26 de marzo; 4/2005, de 17 de enero; 308/2005, de 12 de diciembre; 42/2007, de 26 de febrero y 174/2008, de 22 de diciembre).

Asimismo, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva del derecho a un juicio sin indefensión, que garantiza nuestra Constitución (Sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de Octubre de 1.995), y también ha señalado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional, que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado a que se admitan y practiquen todas las pruebas propuestas por las partes con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad.

Como señala entre otras, la Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012, la facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles así como indebidas dilaciones, no vulnera



el derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiese generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba.

A los efectos de esta revisión **es determinante, como señalan la STC 308/2005, de 12 de diciembre y la Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012, que la parte recurrente argumente, de modo convincente, que la resolución final del proceso "a quo" podría haberle sido favorable en caso de haberse aceptado y practicado las pruebas objeto de controversia, es decir que se ponga de relieve la trascendencia de la prueba en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo** (SSTC 73/2001, de 26 de marzo, 168/2002, de 30 de septiembre y 71/2003, de 9 de abril, entre otras)". (énfasis añadido).

El empleo de una vía oblicua (art. 852 LECrim y 24.2 CE en lugar del art. 850.1) no dispensa del cumplimiento de los requisitos externos -petición tempestiva, protesta- (vocablo éste preferible a "formales"; el calificativo "formal" parece condicionar la efectividad de un derecho fundamental procesal a requisitos "burocráticos").

El motivo previsto en el art. 850.1, según la tradicional jurisprudencia de esta Sala, exige en ese ámbito periférico, una serie de presupuestos que condicionan su prosperabilidad: **i)** Que la prueba se haya planteado tempestivamente, es decir en el momento procesal adecuado; y **ii)** que frente a la denegación se haya formulado la oportuna protesta razonando en su caso la pertinencia de la prueba y su objeto.

En este caso esos presupuestos están cumplidos: las pruebas fueron propuestas bien en el escrito de acusación (reiterándose luego), bien al inicio del juicio oral.

Distintas son las cosas en cuanto al fondo, es decir en lo que respecta a los requisitos materiales: necesidad, utilidad y pertinencia de la prueba; así como posibilidad.

Veamos:

a) En cuanto a la petición de información a una compañía aérea, (motivo octavo), que había sido reiteradamente denegada en fase de instrucción y finalmente fue admitida, aunque no practicada (para evitar dilaciones: se exigía emitir un orden europea de investigación), la sentencia se pronuncia indicando que los viajes a Tenerife de la acusada no tendrían incidencia en la cuestión clave determinante de la absolución: no estar acreditado el desplazamiento patrimonial (fundamento de derecho primero de la sentencia). Y es que, en efecto, aún en la hipótesis de que tal prueba hubiese confirmado lo que el recurrente aduce, nada sustancial habría variado en la valoración probatoria. Así lo confirma el denodado pero infructuoso esfuerzo dialéctico que vuelca el recurrente tratando de justificar que la confirmación de la emisión de esos billetes podría reforzar colateralmente la versión del acusado. Hay que insistir en que la Audiencia no es que haya estimado acreditada la versión de la acusada. Es que no ha considerado totalmente acreditada la manifestación del recurrente en cuanto a la entrega de un dinero.

En casación no se trata tanto de ventilar si la denegación de la prueba era la decisión más ajustada a derecho o más procedente (que aquí parece serlo); sino si, en el momento en que se ventila este recurso, en un juicio *ex post*, esa prueba se revela como indispensable para el debido enjuiciamiento de los hechos y encerraba virtualidad potencial para modificar el fallo en algún punto relevante. A la vista del bagaje probatorio acopiado, nada aportaría ese detalle que no incide en el hecho clave no acreditado.

b) La petición de indagar en las cuentas bancarias de los familiares de la acusada (motivo noveno) fue denegada con razones que podemos suscribir íntegramente:

"Respecto a la investigación de las cuentas corrientes de la madre, la hija y la hermana de la acusada para conocer si efectivamente pudo haber ingresado los 2000 euros que dice el testigo que le entregó en mano la noche anterior al 24 de julio de 2014, ya se expusieron los motivos por los cuales no procedía admitir dicha prueba que reiteramos aquí, recordando que no se trata de iniciar una investigación prospectiva respecto de todos los familiares de la acusada, lo que significaría una instrucción que iría más allá del objeto de este proceso, que afectaría a terceros que nada tiene que ver con la causa, afectando su derecho a la intimidad en cuanto que el contenido de las cuentas corrientes pertenece al ámbito particular y privado de la persona.

Además, dicha prueba se considera innecesaria habida cuenta que una persona que cobra en efectivo un servicio -no nos estamos refiriendo a la acusada ni al hecho concreto- es ilógico pensar que lo va a acabar ingresando en una cuenta que además no le pertenece, siendo, como es, una cantidad que puede perfectamente ser gastada en el día a día. Lo lógico es que, si el cobro se hubiera realizado, el dinero no habría acabado en una cuenta de un familiar sino en el gasto diario.

La justificación que ofrece la Audiencia es más que razonable. No esgrimía la acusación el más mínimo dato que permitiese suponer esa conducta tan poco natural (ingresar el dinero recibido en metálico en una cuenta ajena). De admitirse su tesis, habría que investigar todas las cuentas corrientes de amistades o personas



vinculadas con la acusada que, en la imaginación del recurrente, podrían haber sido utilizadas para ese anómalo ingreso. Ninguna necesidad tenía la acusada de depositar en un banco ese supuesto dinero recibido.

c) Igual falta de fundamento se aprecia en la infundada petición de un nuevo cotejo de una grabación (motivo décimo): "Y, por último, la solicitud de que se realice de nuevo el cotejo de las conversaciones aportadas porque faltan 75 segundos de una de ellas que debido al ruido exterior no se pudo escuchar bien, lo cierto es que el cotejo consta en las actuaciones y han sido escuchadas en el juicio oral las conversaciones que ha indicado la acusación particular sin que se haya observado ese déficit al que hace referencia en su alegato. Las especulaciones que se vierten en el motivo catorce no pasan de ser voluntariosas elucubraciones.

d) El denegado *autointerrogatorio* del denunciante que asumía su propia defensa como letrado, no ocasiona indefensión alguna en tanto se le indicó por el Tribunal que podría exponer su versión de los hechos, al margen de las preguntas dirigidas por defensa y acusación, en el momento de su informe. Los puntos que con rica imaginación se destacan para señalar que no es lo mismo esa exposición que la realizada contestando preguntas autoformuladas a través de alguien que le auxiliase, no convencen en absoluto. El motivo décimo séptimo, por otra vía (art. 852 LECrim), vuelve sobre esta materia. Se habrían sustraído las declaraciones del propio denunciante al principio de contradicción. Curioso alegato: eso, en todo caso, redundaría en perjuicio de la defensa en tanto era prueba de cargo. Además no es así: la defensa pudo preguntar al denunciante. El cambio de orden de las declaraciones (primero denunciante, después acusada, para evitar que aquél conociese las declaraciones de ésta como testigo) no supone indefensión. Es más, se va generalizando un orden semejante que es acogido expresamente en el derecho procesal penal proyectado: el acusado declara tras la práctica del resto de la prueba. La parte acusadora tenía derecho desde luego a transmitir su relato: es una testifical. Quizás era mejor fórmula invitarle a exponer los datos fácticos en el momento de la testifical, para, a continuación, someterle a las preguntas de las restantes partes (fiscal y defensa). De esa forma se separaban nítidamente las alegaciones y valoraciones de lo que es un medio de prueba personal. Pero en la medida en que la Sala le permitió en vía de informe exponer su versión con el valor probatorio que le otorgó, no hay indefensión.

e) Por fin, el motivo cuadragésimo se refiere a un medio de prueba no propuesto cuya pertinencia habría surgido, ya precluido de ese trámite (en el transcurso del juicio, aunque solo fue advertida al visionar la grabación posteriormente), es inviable. Cuando se pronuncia el ritual "*visto para sentencia*", ya deviene imposible la realización de pruebas no propuestas (con alguna modulación solo en sede de apelación, no de casación). Hasta ese momento se podrá introducir material probatorio a través del art. 729 LECrim e incluso mediante el incidente que regula el art. 746.6 LECrim. Pero no cabe casar una sentencia por la no práctica de una prueba que no fue propuesta y, por tanto, no fue denegada, sean cuales sean las razones que motivaron esa no práctica (art. 850 LECrim). La aparición de nuevos elementos probatorios tras el juicio solo puede beneficiar a la defensa a través de un recurso de revisión.

La petición es inacogible. Ni siquiera en la forma en que se plantea: el Tribunal no valoró esa incidencia. Tampoco lo hizo la acusación. Amén de que el valor que quiere otorgar el recurso al gesto de la persona que presenciaba como público el juicio está sobredimensionado.

Todos estos motivos están igualmente abocados al fracaso.

DÉCIMO.- El motivo décimo sexto también cobijado en el art. 852 LECrim aduce que la Sala ha valorado disgregadamente los indicios con metodología reprobada por la doctrina jurisprudencial.

Se cuestiona a través de esa retorcida vía la valoración probatoria deformando los contornos de la casación. La Audiencia ha valorado toda la prueba y ha llegado a la conclusión de que las declaraciones del acusador, unidas a los indicios aducidos, resultaran insuficientes para provocar la convicción que exige una sentencia condenatoria. Esa aseveración, siendo razonable y estando razonada, es inmune a un recurso de casación. No existe un régimen de prueba tasada; menos en materia de prueba indiciaria.

UNDÉCIMO.- Los motivos dieciocho a vigésimo primero vuelven a denunciar arbitrariedad en la valoración probatoria.

Con detalle y una argumentación meticulosa -casi *naïf*-, el recurrente hace una enmienda a la totalidad de la valoración probatoria de la Sala de instancia, proponiendo alternativas que llevarían a considerar probados todos los elementos de la estafa y, en particular, la entrega del metálico.

Como ya se ha argumentado al hilo de motivos anteriores, ese tipo de discurso está fuera de lugar en un recurso de casación. Solo pretende prolongar el debate probatorio trayéndolo a un escenario procesal en que ese debate ya está cancelado. No podemos adentrarnos en ese nivel argumentativo. Nos basta constatar que las dudas mostradas por la Audiencia sobre la entrega de dos mil euros están razonablemente justificadas. No constituyen el fruto de una decisión caprichosa o voluntarista; sino de una valoración concienzuda y meditada



de la prueba, aunque pueda discreparse de ella. Ha de insistirse en que no expresa la Sala que no se entregó ese dinero; sino que no puede tenerse certeza absoluta de ese dato.

DUODÉCIMO.- Los motivos vigésimo segundo a vigésimo sexto (con excepción del vigésimo cuarto que ha sido desistido) dan vueltas a temas diversos relacionados todos con una hipotética falta de imparcialidad del Tribunal. Son quejas que, antes de este momento procesal, no han sido hechas valer lo que nos sitúa en la causa de inadmisibilidad del art. 884.6º LECrim.

a) Primero se dice que no se puso en conocimiento de la parte la identidad de dos de los componentes del Tribunal. Hubiesen sido recusados, de conocerse (motivo vigésimo segundo). No se identifica, empero, cuál hubiera sido la causa de recusación. O, al menos, no se deduce de la confusa exposición sobre los avatares en la tramitación de la causa (petición de celebración en agosto, imposibilidad por estar en periodo vacacional dos miembros; suspensión del juicio ya señalado cuando existía una composición distinta...). Es conocida la jurisprudencia a tenor de la cual la no comunicación de la composición de la Sala o la variación de la misma no supone motivo de nulidad, salvo que se justifique que eso provocó la falta de recusación fundada en causa legal (no una hipotética recusación).

b) El motivo vigésimo tercero arguye que el Presidente del Tribunal prestó una *anómala* asistencia jurídica a la acusada al explicarle de forma innecesaria, reiterándolo, que podría no contestar a las preguntas de la acusación. Se trata de una información obligada que no supone pérdida de imparcialidad y que, además, no dio lugar a queja alguna por parte del recurrente ("no pasa nada" se limitó a apostillar ante la negativa de la acusada a responder sus preguntas). La interpretación que hace el recurrente de esa incidencia es fruto de una hipersusceptibilidad injustificada. No es excusa aceptable para disculpar la falta de protesta el temor a ganarse la animadversión del Tribunal. Si fuese así, nunca sería exigible la protesta que reclaman los preceptos procesales. Es más, el visionado de la grabación pone de manifiesto que el Presidente reiteró esa explicación porque la acusada le pidió esa aclaración. Pero no se aprecia esa supuesta sugerencia o invitación que cree detectar el recurrente a no contestar las preguntas de la acusación particular.

c) El motivo vigésimo quinto incide en la falta de imparcialidad basada en un gesto que, al parecer, dirigió la acusada al Presidente del Tribunal y que fue correspondido por este al iniciarse la reproducción de las grabaciones, lo que supondría un *exceso de simpatía* a la acusada. No parece que merezca demasiado comentario la refutación de este motivo. Percibir en esa menuda incidencia una muestra de falta de imparcialidad supone, otra vez, un exceso de susceptibilidad que, por lo demás, no afloró en el momento del juicio y es hecha valer tardía e intempestivamente en casación sin haberse formulado la oportuna protesta en el momento adecuado tal y como reclama el art. 884.6 LECrim. La acusada, con su gesto, quería salvaguardar su intimidad ante el contenido de algunos comentarios. La Presidencia acabó por permitir la reproducción íntegra de la grabación ante la alegación y explicación del recurrente (minuto 39:00).

d) El motivo vigésimo sexto guarda paralelismo con el anterior. Ahora la falta de imparcialidad (o apariencia de falta de imparcialidad) derivaría de un comentario efectuado por el Presidente del Tribunal en el momento de la comparecencia para la situación personal celebrada unos meses antes, al advertir a la acusada que era *la primera interesada en que se celebre el juicio*. Ver en ello el anuncio de una absolución futura es ir mucho más lejos de lo que cualquier operador jurídico entiende. No se olvide que el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas se predica especialmente del acusado. Y que nuevas incomparecencias supondrían nuevas órdenes de busca y captura. En cualquier caso, no es de recibo guardar un silencio estratégico ante esa sospecha de parcialidad (infundada pero sospecha) para hacerla valer solo cuando se topa con una sentencia absolutoria. Eso supone faltar a la buena fe procesal en estrategia que no puede ser convalidada. Sin reclamación previa no puede haber ulterior queja por falta de imparcialidad. Otra cosa es que durante el juicio y a la vista de las pruebas que se van desarrollando el Tribunal vaya ya *enjuiciando, valorando*, y eso se traduzca de alguna forma en sus intervenciones dirigiendo el interrogatorio. Pero eso ya no es *prejuicio prohibido* sino *juicio obligado*.

Todos estos motivos están igualmente abocados a una respuesta desestimatoria.

DÉCIMO TERCERO.- La valoración de un medio probatorio que obraba en la causa (conversaciones) no ocasiona indefensión. Por eso carece de fundamento quejarse de que el Tribunal haya utilizado como indicio exculpatorio una advertencia que hizo el acompañante de la acusada al denunciante. Lo que no se puede es extraer una frase para valorarla fuera de su contexto. El Tribunal hace bien al contextualizarla. Otra vez incurre el recurso en el defecto de tratar de reabrir el debate probatorio.

DÉCIMO CUARTO.- Dejando a un lado los motivos vigésimo octavo a trigésimo que han sido desistidos al haberse unificado con otros anteriores, aparecen los motivos trigésimo segundo a trigésimo cuarto que achacan a la Sala de forma infundada no haber entendido los hechos o no haber valorado determinados elementos probatorios. El reproche carece de consistencia como se deriva de lo ya argumentado. Vuelve



el recurrente, de forma recurrente -valga la redundancia- y cansina, sobre los mismos temas. Ya están contestados suficientemente.

DÉCIMO QUINTO.- Aducir que una absolución por falta de prueba no es conforme al ordenamiento porque deja sin zanjar la cuestión (motivo trigésimo quinto) es desconocer un principio básico de nuestro proceso: la absolución ha de entenderse libre en todos los casos (art. 144 y 742 LECrim) sin que quepan absoluciones en la instancia. La falta de prueba aboca a una sentencia absolutoria que, por otra parte, no condiciona el ejercicio posible de ulteriores acciones civiles en el marco adecuado donde rigen otros estándares probatorios (art. 116 LECrim).

DÉCIMO SEXTO.- El motivo trigésimo sexto protesta por la denegación de la aclaración de la sentencia (art. 161 LECrim). El dato que pretendía aclararse (una fecha) es irrelevante y no afecta al núcleo de la argumentación que determina la absolución como se ha razonado anteriormente.

DÉCIMO SÉPTIMO.- La desestimación del recurso conducirá a la imposición de las costas al recurrente y a la pérdida del importe del depósito legalmente constituido en su día (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- DESESTIMAR el recurso de casación interpuesto por la **Acusación Particular Luis Francisco** contra la sentencia nº 420/2020, de fecha 3 de noviembre de 2020, dictada por la Sección nº 16 de la Audiencia Provincial de Madrid, recaída en la causa Proc. Abreviado nº 1630/2019 procedente del Juzgado de Instrucción nº 25 de Madrid (P.A. 5726/2014), **y que acordó la absolución** de la acusada Flor del delito de estafa agravada.

2.- Imponer el pago de las costas de este recurso a Luis Francisco , así como la **pérdida del importe del depósito** legalmente constituido en su día.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procesales oportunos, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Antonio del Moral García Vicente Magro Servet

Susana Polo García Leopoldo Puente Segura