



Roj: **STS 4595/2017** - ECLI: **ES:TS:2017:4595**

Id Cendoj: **28079120012017100838**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **22/12/2017**

Nº de Recurso: **302/2017**

Nº de Resolución: **848/2017**

Procedimiento: **RECURSO CASACIÓN**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

RECURSO CASACION núm.: 302/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 848/2017

Excmos. Sres.

D. Jose Ramon Soriano Soriano

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

En Madrid, a 22 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 302/2017 interpuesto por **Segismundo y Luis María** representados por los Procuradores Sres. González Minguez, Reynolds Martínez, bajo la dirección letrada de D. Juan Manuel Rozas Bravo contra sentencia de fecha 15 de diciembre de 2016 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres y recaída en el Sumario Ordinario 10/2015, procedente del Juzgado de primera Instancia e Instrucción nº 6 de Cáceres, seguida por un delito de violencia psíquica y física habitual, un delito continuado de agresiones sexuales, un delito de prostitución, un delito de abuso sexual y un delito leve continuado de vejaciones injustas. Ha sido parte recurrida la Acusación Particular D.^a Estrella representada por el procurador D. Miguel Lázaro Sánchez y bajo la dirección letrada de D.^a Marta Moreta Leal. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

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

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción núm. 6 de los de Cáceres instruyó Sumario con el nº 10/2015, contra Luis María y Segismundo . Una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección Segunda) que con fecha 15 de diciembre de 2016 dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados:**

«Probado y así se declara que en fecha no determinada, pero en todo caso a lo largo del año 2010, comenzaron una relación de pareja Estrella y Segismundo , con convivencia, al menos desde junio de 2012, en el domicilio sito en la AVENIDA001 nº NUM000 . NUM001 NUM002 de Cáceres.



Estrella , nacida el NUM003 /1977, fue incapacitada judicialmente (por Sentencia de fecha 10/04/2012 en el procedimiento de incapacitación nº 635/2011 seguido ante el Juzgado nº 3 de Cáceres), declarándola totalmente incapaz para gobernarse por sí misma y para administrar sus bienes, al acreditarse que padecía un déficit intelectual de grado moderado, de carácter permanente e irreversible, que le anula sus facultades cognitivas y volitivas, impidiéndole tanto el autogobierno de su persona como la administración de sus bienes, teniendo dificultades en el uso y manejo del dinero y no sabiendo leer ni escribir. Es, además, una persona altamente sugestionable, inmadura y con escasa capacidad de iniciativa y de resistencia ante presiones externas, con déficit de asertividad (esto es, posee escasa actitud de autoafirmación y defensa de sus derechos personales, incluyendo como parte de ellos la expresión de sus propios sentimientos, preferencias, opiniones y necesidades de una manera adecuada). A nivel cognitivo, cuenta con limitaciones en el razonamiento abstracto y dificultad para discernir las conductas adecuadas e inadecuadas.

Es madre de dos hijos (actualmente de 14 y 12 años de edad) cuya guarda y custodia tiene su madre y tutora Maribel , quien dispone, para atender las necesidades de los menores, de la pensión que Estrella recibe por su incapacidad, con lo que ella carecía de cualquier tipo de ingresos, siendo sufragados todos sus gastos por Segismundo .

Segismundo , mayor de edad y sin antecedentes penales, fue declarado incapacitado total por sentencia de fecha 03/09/2001, situación modificada por Sentencia N° 105/2013, de fecha 08/07/2013, del Juzgado de 1ª Instancia no 4 de Cáceres, que estableció una incapacidad parcial, circunscrita exclusivamente a la administración de sus bienes, estableciéndose un régimen de curatela a favor de la Comisión Cautelar de Adultos de la Junta de Extremadura, cuyos funcionarios se encargaban de gestionar el contrato de alquiler de la vivienda mencionada, y le proporcionaban una cantidad fija mensual para sus gastos de 50 euros.

Es Segismundo una persona que padece discapacidad intelectual leve con un coeficiente del 60%. Presenta una gran influenciabilidad y sugestibilidad, por lo que puede ser fácilmente persuadido para la realización de una mala acción, teniendo sus actos una falta de firmeza y carencia de precaución. En los actos que realiza, además de la limitación en el conocer, se suma la dificultad para inhibir sus actos volitivamente, teniendo por tanto alteradas sus capacidades intelectivas y volitivas.

Pues bien, prácticamente desde el principio de su relación de pareja y durante toda ella, Estrella se vio sometida a una situación de sumisión a Segismundo (llegando a asumir que todo lo que tenía era de él y que ella no era más que "una muñequita" a su disposición), mediante manifestaciones de que iba a llamar a un primo policía llamado Isaac que decía tener Segismundo y cuya sola invocación le producía verdadero temor, y que no la dejaría ver a su madre ni a sus hijos, empujones, pellizcos, golpes y limitando sus movimientos (encerrándola en la habitación poniendo una silla para que no pudiera salir, quitándole las zapatillas y la ropa), llegando a tener verdadera dependencia emocional hacia él, además de la económica.

En este ambiente, surgen dos hechos que marcan el discurrir de los acontecimientos posteriores. Por un lado, la aparición en escena de Luis María , conocido y amigo de Segismundo desde el año 2009 que se conocieron en la Asociación de Discapacitados ADEX. Y, por otro, el requerimiento que hace la Comisión Cautelar, tanto a Segismundo como a Estrella y a su madre, en octubre de 2013, de que ella debía abonar sus gastos personales si quería continuar en la vivienda arrendada.

Así las cosas, Luis María , mayor de edad y sin antecedentes penales, casado y con un hijo, que padece una discapacidad física del 33% por esclerosis múltiple por la que tiene reconocida una pensión por incapacidad permanente para todo tipo de trabajo de unos 550 euros mensuales, aprovechando la situación económica precaria de Estrella , pues debía aportar dinero para sufragar gastos no disponiendo del mismo, y de igual modo prevaliéndose de que son personas muy influenciables y con escasa capacidad de resistencia a presiones externas y siendo plenamente consciente que ella era discapacitada psíquica, propuso a Segismundo , convenciéndolo, y luego ambos a ella, para que, por la necesidad de obtener dinero y para evitar que Segismundo se enfadara, Estrella se prostituyera. Desde entonces ambos han colaborado activamente en la actividad mediante, entre otras acciones, la redacción de anuncios en los medios de difusión (es destacable que Luis María está en posesión de un diploma de informática avanzada desde noviembre de 2009), la indicación de cómo tenía que realizar la conversación telefónica con los clientes para captarlos, la adquisición de ropa y utensilios propios de la actividad, la exposición de películas pornográficas para que aprendiera y mejorara su estado de ánimo, y, sobre todo, fijando el precio de la actividad sexual, quedándose con el importe que repartían en proporción no aclarada, mientras que a ella se limitaban a darle pequeñas cantidades para tabaco.

Durante el ejercicio de la actividad de prostitución, cuya existencia debía Estrella mantener secreta a toda costa bajo el percibimiento de que la iban a matar, la iban



a encerrar y que no la dejarían ver a sus niños, ésta les manifestó en numerosas ocasiones que no quería continuar con ella, recibiendo como respuesta que no podía dejarla pues se necesitaba el dinero y que "si te vas viene el primo y la va a liar".

Pero no sólo eso, además la obligaban a realizar actos sexuales expresamente manifestados como no queridos, como sexo anal (cuando estaba con la regla), sexo sádico (en una ocasión consistió en quemaduras con una vela produciéndole tres cicatrices antiguas en la parte superior de un pecho) y sexo sin preservativo (se obtenía mayor beneficio). Todo ello mediante los mismos apercibimientos.

Asimismo, a lo largo de la relación de convivencia, Segismundo , en numerosas ocasiones, obligaba a Estrella a mantener relaciones sexuales con él, aun con su negativa explícita, incluso inmediatamente después de haber realizado un servicio de prostitución pese a estar cansada y al dolor que tenía "allí abajo", para lo cual, o la agarraba de los brazos y la echaba sobre la cama pellizcándole, o le pegaba pellizcos y patadas, o, simplemente, la amenazaba con no salir a la calle o con llamar al primo, consiguiendo de esta forma vencer su resistencia.

No ha quedado acreditado que Segismundo le dijera, de modo habitual las expresiones de "eres una puta, guarra, me das asco".

Luis María también mantuvo relaciones sexuales con Estrella pese a saber que era discapacitada psíquica, una de ellas con motivo de un viaje a Portugal donde realizaron "un trío", siendo obligada por ambos, pese al asco que sentía por Luis María y expresar su negativa a hacerlo, para que se acostumbrara a la realización de ese tipo de prácticas sexuales que demandaban los clientes, aunque no ha quedado acreditado que hubiera mediado precio por mantener las mismas».

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

«Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS:

A Segismundo :

- a) Por el delito de violencia psíquica y física habitual del artículo 173.1 y 2 del CP la pena de UN AÑO Y SEIS MESES DE PRISIÓN, privación del derecho a la tenencia y porte de armas durante TRES AÑOS, la prohibición de aproximarse en un radio no inferior a 200 metros a la persona de Estrella , su domicilio, lugar de trabajo o lugares frecuentados por la misma, así como a comunicar con ella por cualquier medio por DOS AÑOS Y SEIS MESES por la aplicación del art 57 y 48 CP .
- b) Por el delito de agresiones sexuales continuadas, la pena de ONCE AÑOS DE PRISIÓN y la prohibición de aproximarse en un radio no inferior a doscientos metros a la persona de Estrella , su domicilio, lugar de trabajo o lugares frecuentados por la misma, así como a comunicar con ella por cualquier medio durante TRECE AÑOS.
- c) Por el delito relativo a la prostitución del artículo 188.1 , 2 y 4c) del CP vigente en el momento de los hechos, la pena de CUATRO AÑOS DE PRISIÓN y la prohibición de aproximarse en un radio no inferior a doscientos metros a la persona de Estrella , su domicilio, lugar de trabajo o lugares frecuentados por la misma, así como a comunicar con ella por cualquier medio durante seis AÑOS.

No se considera adecuada el establecimiento de la medida de seguridad de internamiento en centro adecuado por un tiempo máximo de tres años solicitada por las acusaciones por cuanto el condenado está sólo sometido a curatela para la administración de sus bienes, con lo que no entendemos necesaria el sometimiento a tratamiento en centro alguno, tratamiento que, por otra parte, no ha sido explicado en qué podría paliar la peligrosidad de Segismundo .

d) Se le absuelve del delito leve de vejaciones injustas del artículo 174.4 CP por el que venía acusado, con todos los pronunciamientos favorables.

A Luis María son las siguientes:

- a) Por el delito de prostitución del artículo 188.1.2 y 4 c), la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN y la prohibición de aproximarse en un radio no inferior a doscientos metros a la persona de Estrella , su domicilio, lugar de trabajo o lugares frecuentados por la misma, así como a comunicar con ella por cualquier medio durante OCHO AÑOS.
- b) Por el delito de abuso sexual del artículo 181.1.2 y 4 CP a la pena de SEIS AÑOS DE PRISIÓN y la prohibición de aproximarse en un radio no inferior a doscientos metros a la persona de Estrella , su domicilio, lugar de trabajo o lugares frecuentados por la misma, así como a comunicar con ella por cualquier medio durante OCHO AÑOS.
- c) Se le absuelve del delito de prostitución del artículo 188.4 y 5 CP del que venía acusado, con todos los pronunciamientos favorables.



Las penas señaladas, privativas de libertad, llevarán aparejada la inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Conforme al art 192 CP se impone a ambos condenados la medida de libertad vigilada por una duración de OCHO años por el delito de agresiones sexuales y de abuso sexual, y que se cumplirá cuando finalice la pena privativa de libertad, realizándose su determinación conforme al art 106 del CP .

Conforme determina el art 36.2 CP para las penas superiores a cinco años, la clasificación en tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá realizarse, para ninguno de los condenados, antes de haber cumplido, al menos, la mitad de la pena impuesta, a salvo la excepción que ese mismo artículo recoge.

Las costas se imponen a los condenados en la forma establecida en el fundamento de derecho octavo de esta sentencia.

Le serán de abono para el cumplimiento de esta pena los días que haya estado privado de libertad en esta causa.

En concepto de responsabilidad civil por daño moral, ambos condenados abonarán a Estrella la cantidad de 50.000 euros por los delitos de prostitución, agresiones sexuales y abuso sexual y Segismundo la cantidad de 10.000 euros por el daño moral derivado del delito de violencia habitual. Estas cantidades se incrementarán en relación con los intereses a devengar de conformidad con el art. 576 LEC .

Se prohíbe la divulgación o publicación de información relativa a la identidad de la víctima, de datos que puedan facilitar su identificación de forma directa o indirecta, o de aquellas circunstancias personales que hubieran sido valoradas para resolver sobre sus necesidades de protección.

Se aprueba por sus propios fundamentos el auto de insolvencia dictado por la juez de instrucción en la pieza de responsabilidad civil.

Conforme a lo dispuesto en el apartado sexto de la Instrucción 1/2011 del C.G.P.J., practíquense las notificaciones que puedan realizarse a través del sistema de gestión de notificaciones telemáticas Lexnet, e imprímense las copias necesarias para el resto de las partes cuyos datos se encuentren debidamente registrados en el sistema de gestión procesal, a las que se unirán las cédulas de notificación que genere automáticamente el sistema informático, y remítanse al Servicio Común que corresponda para su notificación. Devuélvase los autos al Servicio Común de Ordenación del Procedimiento con certificación literal de esta resolución para la práctica del resto de las notificaciones legalmente previstas, seguimiento de todas las realizadas, cumplimiento y ejecución de lo acordado.

Contra esta resolución cabe recurso de CASACIÓN , para ante la Sala Segunda del Tribunal Supremo, debiendo prepararse ante esta Audiencia Provincial mediante escrito presentado en el término improrrogable de cinco días contados desde el siguiente al de la última notificación de la misma, autorizado por Abogado y Procurador.

Sin perjuicio del recurso, se informa igualmente de la posibilidad de solicitar Aclaración respecto de algún concepto que se considere oscuro o para rectificar cualquier error material del que pudiera adolecer, solicitud a formular para ante este Tribunal, dentro de los dos días siguientes al de notificación de la presente resolución (art. 267.1 y 2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial); o para corregir errores materiales manifiestos o aritméticos, en este caso sin sujeción a plazo alguno (art. 267.3 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial). Si se hubieran omitido en esta resolución manifiestamente pronunciamientos relativos a pretensiones oportunamente deducidas y sustanciadas en esta instancia podrá igualmente solicitarse en el plazo de cinco días que se complete la resolución en la forma expuesta en el artículo 267.4 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial ; todo ello referido a la parte dispositiva de la resolución».

TERCERO. - Notificada la Sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por ambos condenados 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 los recursos, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Luis María .

Motivo primero. - Por infracción de ley al amparo de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con el delito de inducción a la prostitución. **Motivo segundo.**- Por infracción de ley al amparo de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia en relación con el delito de abusos sexuales del art. 181 CP . **Motivo tercero.**- Al amparo del art. 5.4 LOPJ en relación con el art. 24 CE por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado por el art. 24.1 CE en relación con el derecho al juez imparcial y a un proceso con todas las garantías por pérdida



de imparcialidad objetiva del Tribunal. **Motivo cuarto.**- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850.1 LECrim con vulneración del art. 24.1 CE , por la denegación del derecho a la utilización de todas las diligencias de prueba encaminadas al esclarecimiento de los hechos.

Motivos aducidos en nombre de Segismundo .

Motivo primero.- Por quebrantamiento de forma al amparo del art. 850 LECrim por denegación indebida de diligencia de prueba. **Motivo segundo.** - Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 CE . **Motivo tercero.**- Por infracción de ley al amparo del art. 852 LECrim y 5.4 LOPJ por vulneración del derecho a un juez imparcial y a un proceso con todas las garantías.

CUARTO.- El Ministerio Fiscal se instruyó de los recursos interpuestos, impugnando todos sus motivos; la acusación particular D^a Estrella igualmente los impugnó; la Sala admitió los mismos, 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 7 de noviembre de 2017.

SEXTO.- Con fecha 20 de noviembre de 2017 se dictó auto prorrogando el plazo ordinario para dictar sentencia por veinte días más.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Estamos ante dos recursos diferentes. Muchos de sus aspectos, sin embargo, se solapan. Eso aconseja una sistemática transversal: agrupamos los recursos para abordar conjuntamente los temas comunes, sin perjuicio de destacar las diferencias cuando pudieran concurrir.

De otra parte, para ajustarnos a la ortodoxia procesal y siguiendo la indicación del Ministerio Fiscal invertimos el orden de examen de los motivos. Analizamos en primer lugar los que denuncian falta de imparcialidad del Tribunal (art. 852 LECrim en relación con el art. 24.1 CE : motivos tercero del recurso de Luis María y también tercero del recurso de Segismundo), en tanto que su estimación obligaría a la repetición del juicio previa retroacción de las actuaciones con anulación no solo de la sentencia sino también del acto del plenario.

Y es que, en efecto, legalmente se impone el análisis prioritario de los motivos que denuncian quebrantamiento de forma (arts. 850 y 851 LECrim); y, junto a aquéllos, de los amparados en un precepto constitucional (art. 852 LECrim) que podrían desembocar en una nulidad. Dentro de ese grupo de motivos, es norma metódica elemental tratar con antelación aquéllos cuyo éxito haría retrotraer el procedimiento a un momento más lejano: los motivos que pueden acarrear la nulidad del juicio se deciden antes que los que imponen únicamente la anulación de la sentencia.

Sólo entonces deben analizarse los motivos de fondo (art. 901 bis a) y bis b) LECrim) otorgando preferencia (como regla general) a los que, apoyados en el art. 852 LECrim , cuestionan la suficiencia o legalidad de la base probatoria (presunción de inocencia, violación de derechos fundamentales que inutiliza algunas pruebas); para dar paso por último a los que discurren por el cauce del art. 849 LECrim (por el orden inverso a su enunciado legal: en primer lugar el *error facti* -art. 849.2º- y después el *error iuris* -art. 849.1º-; y en este segundo apartado dando preferencia a aquellos cuya estimación llevaría a la absolución -atipicidad, prescripción- frente a los que versan sobre aspectos accidentales de la infracción -atenuantes, penalidad...-).

No es ésta una secuencia rígida como solemos advertir (por todas, STS 583/2017, de 19 de julio) y como demuestra nuestra praxis. La lógica y el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas pueden aconsejar, e incluso imponer, alteraciones en esa hoja de ruta. No sería racional acoger un motivo por denegación de prueba, cuando, v.gr., se ha articulado otra queja estimable que conduce a afirmar la atipicidad de los hechos (art. 849.1º) en apreciación en la que no puede tener influjo ninguno la prueba denegada; o cuando la responsabilidad criminal estaría extinguida por prescripción del delito.

El esquema trazado no es de esa manera un corsé inmodificable, ni siquiera en los puntos concretos que sugiere la disciplina legal (art. 901 bis a) LECrim).

Una última apostilla que no por obvia debemos olvidar: el orden de análisis de un motivo que va a ser desestimado resulta, a la postre, intrascendente.

Fieles al guión marcado por el Ministerio Público, y de ser desestimada la queja por falta de imparcialidad objetiva, el siguiente motivo a analizar será el fundado en una denegación probatoria (cuarto del recurso de Luis María y tercero del otro recurrente) que propicia a una denuncia por quebrantamiento de forma. Solo



entonces y si también estaremos en condiciones de plantearnos los problemas sobre presunción de inocencia que suscitan ambos recurrentes.

SEGUNDO.- La integración del Tribunal con magistrados que previamente habrían resuelto un recurso contra el procesamiento y contra otra decisión del Instructor (denegación de pruebas) constituye el núcleo de la queja por **falta de imparcialidad**.

El art. 6 del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales, reconoce el derecho a ser juzgado por un Tribunal independiente e imparcial establecido por la Ley. En el mismo sentido se pronuncia el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, (art. 14.1), y la Declaración Universal de los Derechos Humanos, (art. 10). El derecho a un Juez imparcial, aunque no aparezca expresamente contemplado en la CE, forma parte del derecho fundamental a un proceso con todas las garantías de su art. 24.2 (STC 45/2006, de 13 de febrero).

a) La imparcialidad, ciertamente, puede quedar en entredicho si el Tribunal que enjuicia ha entrado en conocimiento de la causa para adoptar resoluciones en condiciones tales que puedan haber despertado prejuicios. Ahora bien, la imparcialidad objetiva no se evapora por cualquier tipo de pronunciamiento anterior (fundamento jurídico 11 STC 170/2002, de 30 de septiembre). Habrá pérdida de la imparcialidad cuando esas decisiones previas presupongan que el juez afectado ha entrado ya a valorar un material probatorio fáctico generado durante la instrucción y, por tanto, con la **ausencia de las garantías propias del plenario**, y den a entender que se ha producido ya un **prejuicio sobre la culpabilidad**. No basta haber adoptado algunas decisiones sobre el asunto para que un Magistrado o un Tribunal quede "contaminado" según la terminología que ha hecho fortuna. En este terreno hay que moverse guiados por un sano casuismo. Así lo hacen tanto esta Sala como el Tribunal Constitucional y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. El recurso de Luis María contiene un buen elenco de referencias jurisprudenciales básicas en esta materia del que no podemos sino hacernos eco.

La STEDH de 24 de mayo de 1989 (caso HAUSCHILDT) proclama que no basta el simple dato de haber tomado decisiones de fondo. Y la sentencia del mismo Tribunal de 25 de julio de 2002 (caso PEROTE) precisa que sí habrá motivo para dudar de la imparcialidad objetiva cuando esas decisiones previas impliquen un **prejuicio sobre la culpabilidad** del acusado. La STEDH de 10 de febrero de 2004 (asunto DEPIETS c. FRANCIA) recuerda esa doctrina: «...la imparcialidad en el sentido del art. 6, parágrafo 1 del Convenio se evalúa según un doble test: el primero consiste en tratar de determinar la convicción personal de tal o cual juez en tal ocasión; el segundo tiende a asegurar que ofrece garantías suficientes para excluir en ese aspecto toda duda legítima. (GAUTRIN Y OTROS C. FRANCIA, sentencia de 20 de mayo de 1998, Rep. 1998-III, pp. 1030-1031, § 58)...33. La segunda faceta conduce a preguntarse, cuando se trata de un órgano colegiado, si, con independencia de la actitud personal de alguno de sus miembros, ciertos hechos verificables autorizan a poner en cuestión su imparcialidad. En esta materia, incluso las apariencias pueden revestir importancia. De ahí resulta que para pronunciarse sobre la existencia en un asunto concreto de una razón legítima para temer de una jurisdicción falta de imparcialidad, **el punto de vista del interesado ha de ser tenido en cuenta pero no juega un papel decisivo. El elemento definitivo consiste en saber si sus sospechas pueden considerarse objetivamente justificadas. (GAUTRIN Y OTROS CONTRA FRANCIA, ya citada, § 58)...** La respuesta a esta cuestión varía según las circunstancias del caso. El simple dato de haberse tomado ya decisiones por un juez durante el proceso no justifica por sí solo sospechas sobre su imparcialidad. Lo que cuenta es la naturaleza y alcance de las medidas adoptadas por el Juez anteriormente. Incluso el conocimiento en profundidad del expediente por el juez no comporta necesariamente un prejuicio que impida tenerlo como imparcial en el momento del juicio sobre el fondo. En definitiva, la valoración inicial de los datos disponibles no podría considerarse sin más como condicionante de la valoración final (...) (vid., especialmente, mutatis mutandis, Hauschildt c. Dinamarca, sentencia de 24 de mayo de 1989, serie A no 154, p. 22, § 50; Nortier contra Países Bajos, sentencia de 24 de agosto de 1993, serie A no 267, p. 15, § 33; Saraiva de Carvalho contra Portugal, sentencia de 22 de abril de 1994, serie A n.º 286-B, p. 38, § 35; Morel contra Francia, ya citada, § 45)".

b) Resulta decisivo y definitivo para repeler el motivo la **extemporaneidad** de la solicitud. La petición evacuada para apartar a la Sala del conocimiento del asunto aparece por primera vez en fase de recurso. Se constata así un flagrante incumplimiento de los rigurosos requisitos temporales que condicionan la recusación. Secuela de ello será que ahora, en lugar de acudir al cauce procesal del art. 851.6º de la Ley Procesal, se articula un motivo por infracción de precepto constitucional amparado en el art. 24 CE. El art. 852 LECrim y su complemento, el art. 5.4 LOPJ no pueden convertirse en expediente para burlar los requisitos de los motivos de casación por quebrantamiento de forma (STS 430/2000, de 17 de marzo). Y la invocación del art. 852 en lugar del art. 851.6º LECrim no permite a la parte escapar de los condicionantes de este precepto. Si fuese así, sobraba el art. 851 y habría que suprimir sin contemplaciones los arts. 850 y 851: siempre cabría canalizar esas quejas por la vía del art. 852 sin necesidad de requisito adicional alguno.



Para salir al paso de esa objeción, que los recurrentes intuyen, se invoca alguna sentencia supranacional.

También existen precedentes en ese sentido en nuestra jurisprudencia. El Fiscal se preocupa de apuntar algunos (SSTS 705/2012 , ó 380/2016). La STS 1372/2005 de 23 de noviembre es otro de ellos. Abre paso a cierta flexibilidad en aras del derecho a la tutela judicial efectiva para estimar la queja aflorada fuera del plazo legal fijado para la recusación. Pero las circunstancias de ese caso eran peculiares. No permiten extraer la conclusión de que en todo caso se puede suscitar ese incidente incluso en fase de recurso promoviéndolo como cuestión nueva. " *Lo trascendente -explica la sentencia aludida tras insistir en la insoslayable regulación orgánica sobre el momento preclusivo para plantear la recusación- es que, quien entienda que su derecho al Juez imparcial puede verse comprometido, lo haga saber de forma que pueda ser resuelta la cuestión antes de avanzar en la tramitación de la causa. Para ello deberá ajustar su actuación a las normas procesales, las cuales no solo señalan el momento procesal oportuno para el planteamiento de la pretensión, sino que además regulan su tramitación y establecen sus consecuencias.*

En este sentido, las normas vigentes en la materia regulan la utilización de la recusación, estableciendo el momento en que debe ser planteada y la forma en que debe ser tramitada, así como los efectos que tal planteamiento provoca. Para obtener tales efectos es imprescindible ajustarse a las previsiones legales"

Si finalmente en la sentencia reseñada se entró al fondo de la cuestión al resolver el recurso de casación es porque el acusado días antes de la fecha señalada para el comienzo de las sesiones del juicio había puesto ya de manifiesto en escrito dirigido al Tribunal su posible "contaminación" derivada de resoluciones dictadas previamente, sin recibir respuesta alguna del órgano jurisdiccional lo que le abocó a replantear la cuestión en el trámite del art. 786.2 LECrim . La respuesta hubiera sido otra si no hubiese existido ese previo planteamiento. No puede colegirse de ese pronunciamiento que con carácter general ese trámite de cuestiones previas sea hábil siempre para suscitar una cuestión sobre la imparcialidad del Tribunal, abriéndose así en el procedimiento abreviado una vía paralela a los reglamentados trámites de la recusación. Menos aún permite derogar o excepcionar la doctrina sobre prohibición de *cuestiones nuevas* en fase de recurso.

Otras sentencias posteriores (vid., por más reciente, la STS 296/2017, de 26 de abril) han abierto también márgenes de indulgencia y relajación en este punto en aras del derecho a la tutela judicial efectiva. Pero no puede extraerse de estos precedentes la idea de que en este ámbito la doctrina de la *cuestión nueva* queda abolida.

El art. 851.6ª LECrim disciplina un cauce casacional específico para combatir las resoluciones dictadas por un Tribunal en que alguno de sus componentes estuviese afectado por una causa de recusación. Expresamente exige que esa recusación se haya intentado "**en tiempo y forma**". Según el art. 223.1 LOPJ que la recusación se deberá proponer tan pronto como se tenga conocimiento de la causa en que se funde. En otro caso, no se admitirá a trámite. Concreta un plazo de diez días como término máximo desde el momento en que se conozca la identidad del juez o magistrado que pudiera estar afectado, si ya se conocía la causa de recusación. Será inadmisibles un planteamiento tardío cuando fue posible hacerlo en el momento procesal adecuado (SSTS 1288/2002, de 9 de julio o 1431/2003, de 1 de noviembre). La falta de imparcialidad objetiva por la adopción de previas decisiones que puedan ensombrecer no ya la capacidad de resolver sin prejuicios sino incluso la apariencia de imparcialidad ha de ser tratada como una causa de recusación reconducible al art. 219.11ª LOPJ . En su caso sería también aceptable con ciertos condicionantes como alegación introducida como cuestión previa al inicio del acto del juicio oral. Pero en principio no es factible quejarse por ello en casación cuando no se adujo en la instancia (vid. STS 603/2017, de 5 de septiembre)

La relevancia que otorga la ley a la interposición tempestiva del incidente de recusación no es un simple tributo al buen orden procesal o a la agilidad. Detrás se detectan razones de mayor calado: salir al paso de estrategias procesales teñidas de fraude como el reservarse esa posible "baza" para enarbolarla solo en el caso de que el resultado de la sentencia no sea conforme con los propios intereses. De esa forma se obtendría siempre una doble posibilidad de que prosperen las propias pretensiones. Si la primera sentencia dictada no se acomoda a esos intereses se conseguirá su anulación arguyendo falta de imparcialidad, y se logrará otro enjuiciamiento ante un órgano distinto.

c) La ausencia de esa recusación en tiempo, de otra parte, se erige también en un argumento vinculable al fondo. Se ha hablado antes del sano casuismo que rige en este campo de la imparcialidad objetiva. Pues bien, precisamente el hecho de que las partes no exteriorizaran en su momento ningún recelo frente al Tribunal por haber conocido de los previos recursos, y por tanto hayan prescindido del instituto de la recusación es muestra de que no se había perdido tampoco esa apariencia de imparcialidad, al menos a sus ojos.

Pese a este óbice procesal insalvable diremos también algo sobre el fondo del tema.



d) En cuanto a la decisión por la que se desestimaba la apelación contra la denegación de ciertas diligencias por parte del instructor (decisión reafirmada luego en tres nuevas ocasiones por la Audiencia), la naturaleza y contenido de la resolución y las cuestiones examinadas descartan la prosperabilidad de la argumentación del recurso. La denegación de pruebas no implica valoraciones de fondo sobre la culpabilidad. Si fuese así, la Sala de enjuiciamiento al resolver sobre las pruebas a admitir para el acto del juicio se estaría "contaminando" y quedaría siempre inhabilitada para celebrar el juicio lo que sería una conclusión contradictoria con todo el diseño del juicio oral en nuestro proceso penal (arts. 659 y 785.1 LECrim). No hay variación significativa por el hecho de que se trate de diligencias ubicadas en la fase de instrucción. Tal decisión no comporta un contacto *contaminante* con el material probatorio en condiciones tales que despierte prejuicios sobre la culpabilidad. En principio y salvo casos especiales, la confirmación de un auto del instructor denegando por impertinentes o no útiles algunas diligencias propuestas no es causa que determine un impedimento para el enjuiciamiento a quienes han conocido del recurso. La decisión sobre pruebas pertinentes es cuestión diferenciada y previa al debate sobre culpabilidad. Esa decisión no produce *in casu* contaminación. Se trata de un acuerdo desligado tanto del debate sobre culpabilidad, como de un acercamiento a la actividad probatoria .

El núcleo central del razonamiento de la STC 157/1993, de 6 de mayo -haber decidido antes sobre cuestión preliminar idéntica no inhabilita para enjuiciar- avala en esa conclusión.

e) Por lo demás tampoco se aprecian razones para la estimación de la queja en su vertiente referida al conocimiento previo del recurso contra el procesamiento. Es asumible el razonamiento del Ministerio Fiscal basado en un análisis la resolución que confirmó el auto de procesamiento e ilustrado con atinadas referencias jurisprudenciales que han de tenerse aquí por reproducidas:

"En efecto, en el primero de los fundamentos de derecho de la resolución el Tribunal de apelación se limita a reproducir los elementos indiciarios que se tuvieron en cuenta para decretar el procesamiento, señalando los folios de las actuaciones en los que aparecen incorporadas las declaraciones, pruebas periciales y documentales que sirvieron de base al procesamiento y una breve reseña de su contenido; en el fundamento de derecho segundo se reseñan los motivos del recurso de apelación y en el tercero un breve recorrido histórico por las actuaciones. Es en el fundamento de derecho cuarto cuando el Tribunal expone las razones que determinan la confirmación del auto de procesamiento y el consiguiente rechazo del recurso, afirmando textualmente que "el auto de procesamiento impugnado cumple suficientemente el juicio de probabilidad de naturaleza incriminatoria de los dos delitos por los que se procesa al recurrente, como se constata con toda evidencia con la pormenorizada relación de los elementos indiciariamente probatorios que sustentan la imputación formal que hemos hecho constar en el fundamento de derecho primero de esta resolución, de tal forma que el procesado los conoce perfectamente y puede preparar adecuadamente su defensa en el acto del juicio".

Añadiendo en el segundo párrafo que el procesado fue informado de sus derechos por ambos delitos con lo que ha tenido oportunidad de defenderse a lo largo de la instrucción.

A la vista de la doctrina jurisprudencial que hemos expuesto con anterioridad solo las actuaciones que suponen un contacto directo con la instrucción judicial por implicar funciones de averiguación, calificación o juicio sobre los hechos pueden afectar al derecho al juez imparcial.

En el caso concreto, el análisis del contenido de la resolución permite constatar que la Sala de apelación se limitó a realizar un control de legalidad del Auto dictado por el Instructor, control que realiza con un carácter aséptico.

En esta tesitura, no conteniendo la resolución un pronunciamiento sobre la existencia de indicios de culpabilidad o de la comisión del delito y su autoría, no puede predicarse con fundamento que se ha visto comprometida la imparcialidad objetiva de los Magistrados o que su intervención en la resolución del recurso de apelación en el caso concreto, conforme a la doctrina jurisprudencial ya citada, los inhabilitaba para el enjuiciamiento del asunto al quedar contaminados por el contacto directo con el objeto del proceso.

La lectura del Auto (folios 1076 y ss. Tomo III) revela, en efecto, que se limitó a un examen periférico; desimplicado de valoraciones autónomas y directas.

Los dos motivos paralelos que recogen la temática analizada son desestimables .

TERCERO.- La segunda pareja de motivos a analizar -según el guión marcado al inicio de esta resolución- se entabla a través del art. 850.1 LECrim . Se protesta por la denegación de unas diligencias de prueba que tendían a averiguar la identidad de los clientes de la víctima para interrogarles sobre ciertas cuestiones (quién los contactaba, intervención de Luis María , y detección de algún signo de que la referida víctima actuase coaccionada o presionada).



Por entresacar de entre la prolija jurisprudencia sobre esta materia alguno de los pronunciamientos más completos recordemos la STS 948/2013, de 10 de diciembre que aborda *in extenso* el marco en el que resolver un motivo como el presente.

La cuestión está estrechamente ligada al derecho de defensa. Dentro de la panoplia de vertientes que enlazan con ese genérico y poliédrico derecho ocupa un papel destacado la facultad de proponer y aportar pruebas.

"En relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) -leemos en la citada STS 948/2013 - 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 pudiere 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)".

CUARTO.- El motivo previsto en el art. 850.1 LECrim según la tradicional jurisprudencia de esta Sala exige una serie de presupuestos externos 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. Moviéndonos en el ámbito del procedimiento ordinario no es exigible una reiteración de la petición al inicio del juicio oral como sí sucede en el procedimiento abreviado donde se abre un turno previo de intervenciones que permite, entre otros posibles contenidos, insistir en las peticiones de prueba inatendidas; con independencia de que no se detecte obstáculo para potestativamente incrustar esa eventual audiencia preliminar en el juicio que se celebra a través del procedimiento ordinario cuando así se estime pertinente, no es trasladable el requisito de la reiteración de la petición desde el procedimiento abreviado al ordinario.

Esos presupuestos están cumplidos:

a) La prueba fue propuesta en el escrito de conclusiones provisionales de la defensa: es el canal ordinario para proponer prueba para el juicio oral. Desde la reforma de 2009 de la LECrim las partes pasivas del proceso han encontrado su hueco en el trámite del art. 627 LECrim habilitado, entre otras cosas, para reclamar la revocación de la conclusión del sumario e instar nuevas diligencias. Se ha acogido así lo que ya era praxis habitual desde que veinte años antes una conocida sentencia del Tribunal Constitucional decretase que el art. 627 originario (que solo preveía la intervención de las partes acusadoras en ese momento) exigía otra interpretación desde prismas constitucionales. La Audiencia Provincial atendió escrupulosamente esa prescripción legal y confirió el correspondiente traslado por diez días también a las defensas. No solicitar en ese momento la revocación del auto de conclusión no cercena en abstracto la facultad de proponer pruebas para el acto del juicio oral. Pero es que, además, aquí también uno de los recurrentes, Luis María solicitó expresamente la revocación para la práctica de esa prueba, petición que fue rechazada. Ha de entenderse, así pues, cubierto holgadamente este primer requisito -aunque solo sea respecto de uno de los recurrentes: -la defensa de Segismundo no propuso esa diligencia-: la prueba se pidió en momento idóneo.

b) Tal y como exige el art. 659.4 LECrim el rechazo de la prueba originó la oportuna protesta. Estamos ante un procedimiento ordinario y se evacuó en tiempo tal queja, bien es cierto que solo por una de las partes (Luis María : folio 156 del rollo). Dada la similitud del recurso del otro impugnante ninguna relevancia práctica ha de tener que éste ni propusiese esa prueba ni protestase frente a su denegación (art. 903 LECrim).

Así pues, todos los requisitos externos para que un motivo de esta naturaleza pueda ser examinado están cumplidos (prueba propuesta en tiempo; protesta expresa y tempestiva; razonamiento sobre la relevancia de la prueba).

QUINTO.- Abordamos a continuación los requisitos materiales: necesidad, utilidad y pertinencia de la prueba; así como posibilidad.

La prueba era pertinente y en, principio, posible.

Hay que comprobar, sin embargo, si la prueba era **necesaria** . En casación no se trata tanto de ventilar si la denegación de la prueba era la decisión más ajustada a derecho o más procedente; sino si ahora, en el momento en que se ventila este recurso, en un juicio *ex post* esa prueba se revela como **necesaria** e indispensable para el debido enjuiciamiento de los hechos; o, dicho de otra forma, si encerraba virtualidad potencial para modificar el fallo en algún punto relevante.

El Auto de la Audiencia de 20 de octubre de 2016 (folios 128 y 129 del rollo) denegó la prueba argumentando por remisión a las previas resoluciones de la Audiencia que la habían considerado ya inútil en fases previas (Autos de 6 de abril, 11 de mayo y 28 de julio de 2016): la prueba era innecesaria pues los contactos y citas se concertaban por *whatsapp* y los clientes no estaban en condiciones de advertir síntomas de presión en la víctima (vid declaraciones de Segismundo): fundamento de derecho quinto del auto de 6 de abril de 2016.



Nuestra perspectiva en este momento -recurso contra la denegación- no es idéntica a la que debe asumir una Audiencia al decidir sobre la admisibilidad de pruebas. La nuestra es más estricta.

En trance de decidir sobre la anulación de una sentencia, por denegación de una prueba, se modulan los parámetros de análisis. Entra en juego otro derecho fundamental: el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En este momento no basta con que las pruebas cuya omisión determina la nulidad fuesen pertinentes; han de ser necesarias. No se produce violación del derecho fundamental a la prueba rechazada cuando, el medio probatorio no realizado en ningún modo podría alterar el fallo y su contenido (STC 45/2000, de 14 de febrero). Si cualquiera que fuese su resultado el fallo habría de ser el mismo, el motivo no puede prosperar.

El criterio es, por tanto, mucho más riguroso cuando se revisa esa decisión (no admisión; o, en su caso, no suspensión del juicio) en vía de recurso. Para la anulación de una resolución judicial por no práctica de alguna prueba es necesario que la prueba cuya omisión va a determinar la retroacción del procedimiento sea no solo pertinente y posible sino también **indispensable o necesaria** . La **necesidad** es requisito inmanente a todos los motivos de casación en los que se solicita la anulación para practicar pruebas omitidas. Si la prueba inadmitida podía ser **pertinente** en un juicio *ex ante*, pero carece de utilidad a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. No tendría sentido, v.gr., anular una sentencia parcialmente absolutoria por haberse rechazado una prueba que se hacía valer precisamente para acreditar la inocencia respecto de ese delito excluido de la condena por muy pertinente que fuere esa prueba y por improcedente que fuere su denegación. Si la prueba es inapta para variar el sentido del fallo, pese a su eventual pertinencia, no puede arrastrar una nulidad que redundaría negativamente en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (STS 315/2013, de 14 de marzo)

La STC 142/2012, de 2 de julio , aunque desde una perspectiva diferente (amparo constitucional por vulneración del art. 24.2 de la CE) así lo expresa: " ...este Tribunal ha reiterado que la vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa exige, en primer lugar, que el recurrente haya instado a los órganos judiciales la práctica de una actividad probatoria, respetando las previsiones legales al respecto. En segundo lugar, que los órganos judiciales hayan rechazado su práctica sin motivación, con una motivación incongruente, arbitraria o irrazonable, de una manera tardía o que habiendo admitido la prueba, finalmente **no hubiera podido practicarse por causas imputables al propio órgano judicial. En tercer lugar, que la actividad probatoria que no fue admitida o practicada hubiera podido tener una influencia decisiva en la resolución del pleito, generando indefensión al actor** . Y, por último, que el recurrente en la demanda de amparo alegue y fundamente los anteriores extremos (por todas, STC 14/2001, de 28 de febrero , FJ 2)."

También aquí el trabajado dictamen del Fiscal nos permite rechazar el motivo apoyándonos en su argumentación:

"En el caso enjuiciado, la decisión del Tribunal resulta acertada porque las diligencias de prueba propuestas no eran pertinentes, necesarias, ni útiles por varias razones.

En primer lugar, porque dado que los contactos para contratar los servicios sexuales se mantenían por medios telemáticos, resulta del todo imposible que los clientes pudieran reconocer al acusado.

En segundo lugar, porque las impresiones personales de los clientes sobre las circunstancias concretas en las que ejercía la prostitución le perjudicaba o la percepción de su deficiencia psíquica, nada aportan para el enjuiciamiento de los hechos habida cuenta que la situación anímica de la persona que se ve forzada contra su voluntad a ejercer la prostitución no se revela en un fugaz encuentro sexual por precio y, aunque así fuera, resultaría intrascendente al desconocer la clientela las circunstancias concretas en las que la mujer se ha visto obligada a ejercer la prostitución; por otro lado, acreditado por informes médicos la deficiencia psíquica de la mujer, de la que era consciente el acusado, resulta superflua la percepción personal de los clientes".

Nada hay que añadir a tales razonamientos.

Los motivos son desestimables.

SEXTO.- El ordinal primero de ambos recursos busca cobijo en el derecho a la **presunción de inocencia** (art. 852 LECrim en relación con el art. 24.2 CE). Comparten ambos motivos un amplio núcleo común.

Las quejas, aunque presentan otras vertientes que también serán analizadas, tienen un prioritario y destacado eje argumental: las deficiencias que rodearon la declaración de la víctima (no declaró en el acto del juicio oral, limitándose en ese momento la actuación a reproducir la grabación que recogía sus manifestaciones en una de sus declaraciones durante la instrucción), impedirían valorar ese medio de prueba. Eso privaría a las condenas del sustento probatorio esencial y las dejaría, por tanto, huérfanas de todo apoyo.



No se reivindica, ni directa ni indirectamente, la repetición de esa prueba en condiciones que permitiesen subsanar los supuestos déficits que la defensa cree apreciar. Es más, incluso uno de los recurrentes recalca que, de repetirse el juicio por estimarse alguno de los motivos por quebrantamiento de forma aducidos, no debe practicarse esa prueba (solo las explícitamente admitidas), aunque sea una Sala con otra composición la llamada a conocer del nuevo plenario. Eso trasluce un cierto ventajismo para aprovechar el defecto. No puede en absoluto reprocharse a la defensa ese tipo de estrategia, pero no resulta del todo pulcra o impoluta.

Tampoco se señalan eventuales actuaciones o iniciativas defensivas que podrían haberse adoptado de contarse con la presencia de la testigo en la Sala en el momento del plenario y que se habrían visto frustradas.

La petición de los recurrentes es tan rotunda como inmatizada: su declaración no debe valorarse. Sería nula. No se pide la repetición del juicio para reproducir la prueba en otras condiciones; ni se señalan preguntas que no pudieron hacerse. La solicitud es unívoca: la prueba ha de ser expulsada del acervo probatorio y, como consecuencia de ello, fiscalizarse el respeto de la sentencia a la presunción de inocencia prescindiendo de ese elemento.

Ese planteamiento deja al margen de este recurso (art. 240.2 LOPJ) otras eventuales respuestas de esta Sala (anulación, en su caso parcial, para reiterar la prueba en otras condiciones). No significa esta apostilla que hubiera sido viable o hubiese tenido capacidad de prosperar una petición en esos términos. Se trata de aclarar pura y llanamente que es cuestión que no analizaremos.

En abstracto unas irregularidades o deficiencias en una prueba: **(i)** pueden ser nimias o despreciables (v. gr.; se olvidó advertir al testigo de la posibilidad de incurrir en responsabilidad criminal por delito de falso testimonio); **ii)** pueden ser más esenciales y capaces de arrojar la prueba al territorio de la inutilizabilidad (omisión de la información de la dispensa del art. 416 LECrim ; práctica sin posibilidad alguna de contradicción...); o por fin **iii)** pueden moverse en un terreno intermedio (v.gr.: se deniegan algunas preguntas que, sin embargo, eran pertinentes). No todos los casos abocarán a la inutilizabilidad de la testifical. Otra cosa será lo que puedan influir en la valoración o fiabilidad de esa concreta prueba eventuales deficiencias.

En este caso la primera y más fuerte reclamación de los recurrentes va encaminada a que se declare la inutilizabilidad de la prueba. Solo en un segundo momento de forma residual o subsidiaria aludirán a su falta de fiabilidad. No interesan una hipotética subsanación de las supuestas deficiencias (nueva declaración con intervención actual y más plena o intensa de las defensas). Esa petición no está presente, ni siquiera por vía de sugerencia, en las impugnaciones. La disyuntiva es tajante: o se declara su inutilizabilidad absoluta o subsistirá su valorabilidad. En este segundo supuesto nos moveremos ya en otro plano: sopesar la fiabilidad, sobre la que también inciden posteriormente los recurrentes que no abren las puertas a un hipotético camino intermedio (interesar una reproducción de la prueba en condiciones más idóneas para la efectiva contradicción). Ha de insistirse de nuevo en no ver en esta observación una insinuación de la viabilidad de esa eventual petición no formulada (es tema no analizado). Se trata solo de enmarcar en sus estrictos términos la pretensión que debe ser analizada que es la definida por esa disyuntiva:

a) Decidir si la declaración de la víctima es prueba valorable por ajustarse a los estándares insoslayables e irrenunciables (contradicción, intermediación, jurisdiccionalidad y otras garantías esenciales). O, dicho de otra manera, si las supuestas deficiencias que se denuncian en su práctica (no reproducción en el acto del juicio oral) han de abocar a su inutilizabilidad.

b) Solo en caso de desestimarse esa principal pretensión, determinar si sería suficiente esa testifical, en unión de los demás elementos probatorios para desmontar la presunción de inocencia.

El eventual escalón intermedio (queja por no practicarse la prueba en la forma en que se había interesado, reclamando la subsanación de ese supuesto defecto) es ajeno a la impugnación. No estamos autorizados, dada la naturaleza extraordinaria del recurso de casación, a corregir o reformatear hasta esos extremos la pretensión impugnatoria.

SÉPTIMO.- Así planteadas las cosas, ha de adelantarse que la pretensión está condenada al fracaso: la prueba cuestionada -declaraciones sumariales de la víctima con presencia de las defensas- está revestida de las garantías esenciales sin las cuales habría de ser expulsada del cuadro probatorio. Los déficits que se alegan son insuficientes para la drástica medida de su total invalidación. Quizás la actuación del Tribunal no fue del todo exquisita. Se identifican puntos débiles: su denegación de una forma tajante en el auto de admisión de pruebas, cuando lo que se quería simplemente era ajustar su práctica a la metodología propia de la prueba preconstituida (bastaría su reproducción en el acto del juicio oral); suponer que esa información era conocida por las partes; también, seguramente, no advertir de la presencia en estrados de la denunciante para dar posibilidad efectiva de exigir alguna aclaración si resultaba indispensable. A esa valoración global que deja posos de insatisfacción contribuyeron también las defensas al no elevar queja alguna en un momento



oportuno. Bien es cierto que, como se explica en uno de los recursos, pudieron verse desorientados por la mención de la Presidencia dando por supuesto que ya se había acordado oficialmente ese *reformato* y adaptación de la testifical en resolución que debiera haber sido notificada. Pero eso no compensa totalmente su aquiescencia cuando se adoptó esa medida; asentimiento de las defensas que tanto se enfatiza, no sin cierta razón, en el dictamen del fiscal.

Ahora, empero, lo que debemos evaluar no es si la prueba se realizó de la forma más correcta posible; o si hubiera sido deseable o más aconsejable otra secuencia; lo que se nos plantea en el recurso es si esa prueba, así practicada, es valorable. La respuesta es afirmativa en cuanto no puede encontrarse en ella tacha suficiente para despojarla de validez.

Es prueba hecha a presencia judicial, y con intervención activa de las partes a través de sus direcciones letradas. Hubo posibilidad de interrogatorio cruzado sin límites: otra cosa es que las defensas no estimasen necesario formular más que algunas preguntas. Es prueba que fue objeto de grabación y luego se reprodujo en el acto del juicio oral donde fue visionada por Tribunal y partes. Por tanto son declaraciones realizadas con contradicción, a presencia judicial, reproducidas mediante su visionado en el plenario. No se les puede oponer ninguna tacha esencial.

La testifical se hizo valer mediante de la reproducción de la grabación en el juicio oral, sin su renovada práctica, por razones victimológicas: la discapacidad de la víctima desaconsejaba la reiteración de un nuevo interrogatorio cruzado.

Dirá la STS 686/2016, de 26 de julio *"Confluyen en esta materia principios y factores de diverso signo que exigen una cuidadosa disección. No estamos ante una cuestión de reglas (la declaración vale o no vale), sino de principios: sopesar los valores en juego y en aparente conflicto para alcanzar un deseable equilibrio entre los derechos concernidos que parecen enfrentados.* Aquí la declaración prestada en la fase de instrucción y visionada en el juicio oral es rescatable, constituye material probatorio idóneo para alimentar la convicción de culpabilidad. No hay una merma de garantías tal que lo inutilice.

El primer tema concernido en esa cuestión es el **derecho del acusado a interrogar a los testigos de cargo** consagrado por el Convenio Europeo de Derechos Humanos (art. 6) e implícitamente comprendido en el derecho a un proceso con todas las garantías que proclama el art. 24 CE . Es ingrediente esencial del principio de contradicción exigencia del derecho de defensa.

Los párrafos 3 d) y 1 del artículo 6 del CEDH están recreados por abundante jurisprudencia del TEDH, *" los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del artículo 6 cuando una condena, se funda exclusivamente en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar ni en la fase de instrucción ni en la fase de Plenario"* (STEDH de 27 de febrero de 2001: caso *Lucá c. Italia*).

No es ese sin embargo un axioma pétreo e impermeable a matizaciones que, como se verá, ha ido introduciendo el propio TEDH (STS 1031/2013, de 12 de diciembre). La reciente STEDH de 19 de febrero de 2013 (*Caso Gani contra España*), a la que aludiremos extensamente, después de reiterar el principio general, alude a esas modulaciones: *"...el artículo 6 § 3 (d) del Convenio es un aspecto específico del derecho a un proceso equitativo amparado por el artículo 6 § 1 que debe ser tomado en cuenta en cualquier valoración de la equidad del procedimiento. En consecuencia, la queja ha de ser examinada desde la perspectiva de las dos disposiciones tomadas en su conjunto (ver, entre otros, Asch c. Austria, 26 de abril de 1991, §25, series A n° 203, y S.N. c. Suecia, n° 34209/96 , § 43, TEDH 2002-V)...*

...38. Todas las pruebas se deben normalmente practicar en presencia del acusado, en la vista pública, con el fin de que puedan ser confrontadas. Sin embargo, la utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de la investigación policial y de las diligencias judiciales, no entra, por sí misma, en contradicción con el artículo 6 §§ 1 y 3 (d), siempre y cuando, los derechos de la defensa hayan sido respetados. Como regla, esos derechos requieren que al demandado se le de la oportunidad de contradecir e interrogar a un testigo que testimonie en su contra, bien en el momento en que estuviera testificando o en una fase posterior del procedimiento (ver Unterpertinger c. Austria, 24 de noviembre de 1986, § 31, series A n° 110). Cuando una condena se basa exclusivamente, o en sumo grado, en las declaraciones que haya efectuado una persona, y cuando a la persona acusada no se le ha dado la oportunidad de interrogar, o hacer interrogar, bien durante las diligencias o en el juicio, los derechos de la defensa se restringen hasta un extremo que es incompatible con las garantías que ampara el artículo 6 (ver, en particular, Lucà c. Italia , n° 33354/96, § 40, TEDH 2001- II. y Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido [GC], n° 26766/05 y 22228/06, § 119, TEDH 2011).

A este respecto, el TEDH manifiesta que el párrafo 1 del artículo 6, combinado con el párrafo 3 requiere que los Estados Partes tomen todas las medidas adecuadas para posibilitar al acusado interrogar o hacer interrogar a los testigos en su contra. (ver, Sadak y Otros c. Turquía (n° 1), n° 29900/96, 29902/96 y 29903/96, § 67, TEDH



2001-VIII). Esta medida forma parte de la diligencia que deben ejercer las Altas Partes Contratantes con el fin de garantizar, de una manera efectiva, el disfrute de los derechos que ampara el artículo 6 (ver, entre otros, Colozza c. Italia, 12 de febrero de 1985, § 28, series A n° 89). **No obstante**, *impossibilium nulla obligatio est*; siempre y cuando que no se pueda acusar a las Autoridades de falta de diligencia en sus esfuerzos en conceder al demandado la oportunidad de interrogar a los testigos en cuestión, la indisponibilidad de los testigos, como tal no es óbice para interrumpir el proceso (ver Artner c. Austria, 28 de agosto de 1992, § 21, series A n° 242-A; Mayali c. Francia, n° 69116/01, § 32, 14 de junio de 2005; y ? . c. Letonia, n° 14755/03, § 94, 24 de enero de 2008).

El TEDH enfatiza ciertamente el derecho a interrogar a los testigos de cargo consagrado con la categoría de derecho procesal autónomo en los arts. 6.1 y 6.3. d) CEDH, pero no eleva la ausencia de esa más que deseable posibilidad de contradicción a la categoría de radical invalidez.

Y, por supuesto, considera en principio suficientemente cumplida esa condición con el interrogatorio asumido por la dirección letrada aunque no se desarrolle en el plenario. La oportunidad de impugnar e interrogar al testigo de cargo puede producirse en fases previas al plenario. La utilización como prueba de las declaraciones obtenidas en la fase de investigación policial y/o judicial) no es en sí misma incompatible con los apartados 1 y 3. d) del art. 6 CEDH, siempre que se respeten los derechos de la defensa -Caso Kostovski c/Holanda, de 20 de noviembre de 1989; caso Asch c/ Austria de 26 de abril de 1999-.

El TEDH es muy flexible en el examen del modo en el que debe realizarse la contradicción en la producción de la fuente de prueba. Es suficiente que pueda detectarse un marco potencial de producción contradictoria, no necesariamente jurisdiccionalizado -Caso S.N c /Suecia, de 2 de julio de 2002; caso Bocos-Cuesta c/ Holanda, STEDH de 10 de noviembre de 2005; caso P.S c/ Alemania, STEDH de 20 de diciembre de 2001; o caso A.M c/ Italia, STEDH de 14 de diciembre de 1999 -. Nuestro Tribunal Constitucional en ese punto es más exigente. No basta la declaración policial. Hace falta jurisdiccionalidad.

La STEDH de 12 de mayo de 2016 (asunto *Polentan y Azirovikc. la Antigua República Yugoslava de Macedonia*) alumbrará nuevas matizaciones sobre estas cuestiones. Los testimonios de cargo que, junto con otras pruebas, fundaban la condena fueron leídos en el juicio oral al no comparecer los declarantes. Tras reiterarse que todas las pruebas han de practicarse en audiencia pública a fin de realizar un debate contradictorio y que las excepciones a ese principio no pueden entrar en conflicto con el derecho de defensa, se explica que el acusado debe gozar de una ocasión efectiva para refutar la credibilidad de un testigo examinándolo directamente en el juicio oral o en un momento anterior. Eso será más exigible cuanto mayor relevancia tenga el testigo de cargo para el resultado del proceso. Se añade que la equidad del proceso ha de analizarse en su conjunto y no en dependencia estricta e inexorable del cumplimiento de cada una de las condiciones, lo que en el caso concreto le lleva a reputar no atentatoria del derecho a la presunción de inocencia la condena en la medida en que si los testigos no comparecieron fue por causa justificada (residían en el extranjero), sus declaraciones fueron leídas en el acto del juicio oral, no se formuló objeción alguna por parte de las defensas lo que permite deducir que renunciaron a su derecho a interrogar a estos testigos, y, además, no fueron esos testimonios la única prueba que fundó la condena.

La testigo aquí declaró en fase sumarial en presencia de los letrados de los acusados, diligencia que fue objeto de grabación.

El hecho de que los investigados no estuviesen presentes durante esa diligencia no lastra hasta el punto de hacerla inválida la prueba.

Es sabido que sobre el alcance de esa deficiencia en relación a la prueba preconstituida la jurisprudencia no ha sido homogénea. El art. 448 LECrim impone expresamente esa presencia. No así el art. 777.2 LECrim en sede de procedimiento abreviado.

La asimetría entre ambas normas (448 y 777.2 LECrim) cabe entenderla en clave de complementariedad: (la omisión del art. 777.2 no puede tener mayor significación pues sería de aplicación supletoria lo previsto en el art. 448); o con otra dimensión: es una exigencia solo en el procedimiento ordinario; no lo es en el procedimiento abreviado (STS 740/2009).

Desde ahí en todo caso podemos extraer una clara secuela interpretativa: la trascendencia de la omisión de esa previsión no puede ser tan determinante o esencial, cuando el propio legislador en el ámbito de un procedimiento donde se ventilan penas también elevadas prescinde expresamente de ella sustituyéndola por la genérica necesidad de respetar el principio de contradicción (STS 686/2016, de 26 de julio).

La STS 192/2009, de 12 de febrero parece inclinarse por el criterio más estricto. El incumplimiento de esa prescripción ha de ser considerado muy relevante e incluso, se podría deducir, con aptitud para invalidar la prueba.



La STS 96/2009, de 10 de marzo, se decanta, en cambio, decididamente por considerar no invalidante de la preconstitución probatoria la ausencia del imputado. Tras reiterar las enseñanzas del precedente que acabamos de citar, explica:

"La segunda razón alegada por el recurrente es que tampoco en esa prueba preconstituida se cumplió el requisito de la garantía de la contradicción, que exige no solo la presencia del letrado defensor sino también la del inculcado, cuando el testimonio se practica, es decir cuando tiene lugar.

Invoca para ello el recurrente lo dispuesto en tal sentido por el art. 448 de la LECr. Sin embargo ese precepto que en efecto contiene la exigencia de la presencia del inculcado en la prueba preconstituida, pertenece al procedimiento ordinario. La norma específica de aplicación en el presente caso es la del art. 777 de la LECr. por tratarse, en el momento de practicarse la exploración, de un Procedimiento Abreviado. El art. 777 exige que en la prueba practicada en la fase instructora el Juez asegure "en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes", pero no establece para ello la necesidad de presencia del imputado.

En todo caso la doctrina de esta Sala no estima que sea la ausencia del imputado invalidante de la prueba cuando estando presente su letrado tiene éste la oportunidad de intervenir en la práctica de la diligencia...

Por su parte la Sentencia de 16 de enero de 2008 declara que "no hay razones objetivas que permitan afirmar que siempre y en todo caso, la ausencia del procesado, hallándose presente su Abogado defensor, implique la quiebra de esa contradicción. No existen argumentos que permitan avalar la tesis de que la presencia del procesado, como impone la corrección procesal, se convierta en un presupuesto de validez de la práctica de esa diligencia. No es eso -añade la Sentencia citada- lo que parece desprenderse por ejemplo del art. 777.2 de la LECr que, en el ámbito del procedimiento abreviado, en los mismos supuestos, sin mención alguna a esa presencia, impone al Juez de Instrucción el deber de practicar inmediatamente la prueba asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes". Criterio que ya mantuvo esta Sala incluso antes de la reforma que introdujo la norma del actual art. 777.2 por Ley 38/2002 de 24 de octubre: así la Sentencia 263/1998 de 5 de octubre, con relación al art. 448 declaró que la no presencia del acusado mismo en el acto de los interrogatorios no es defecto procesal determinante de la nulidad cuando no se omiten los requisitos condicionantes del fin del acto procesal, ni se produce indefensión, si intervino el Abogado del imputado porque pudo preparar los interrogatorios escuchando previamente la versión de su patrocinado.

En definitiva en este caso la prueba preconstituida se hizo a presencia del Juez de Instrucción, asistido del Secretario Judicial, y con la presencia del Ministerio Fiscal y del letrado del imputado, en la fase instructora del procedimiento abreviado, quedando por ello cumplida la exigencia del principio de contradicción establecida por el art. 772.2 de la LECr".

La incapacidad del defecto concretado en la ausencia de los imputados en la preconstitución probatoria para anular su valor está así pues respaldada por la jurisprudencia que se acaba de evocar. Por tanto la ausencia de los investigados que además en la diligencia examinada no era exigible (no se trataba formalmente de prueba preconstituida) no es defecto invalidante.

La prueba no sería valorable si arrastrase un relevante déficit de garantías. La pregunta a contestar no es solo si la decisión de la Sala estaba absolutamente justificada, sino también y sobre todo si ese material probatorio reúnen el nivel de garantías procesales exigibles para ser tomado por tal; es decir si se produjo con respeto a los estándares básicos.

La prueba ahora examinada se generó en relación a los procesados con garantías sobradas según se ha explicado: con contradicción asegurada a través de su dirección letrada; documentada mediante su grabación luego reproducida en el acto del juicio oral con publicidad, y con una percepción (reproducción videográfica) que sin ser asimilable totalmente a la intermediación supera la que proporciona un acta escrita, con el inevitable efecto empobrecedor que es consustancial al traslado al papel de las palabras verbalizadas.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de afirmar reiteradamente la compatibilidad del mecanismo previsto en el art. 730 con las exigencias derivadas del derecho a un proceso justo y equitativo -en particular, con el derecho del acusado a interrogar por sí o por representante a los testigos de cargo- cuando la información testifical en la fase previa se obtuvo con contradicción y accedió al plenario (STS 51/2015, de 29 de enero, SSTC 148/2005, 12/2002 209/2001; o las citadas SSTEDH, Caso *Lucà contra Italia*, de 27 de febrero de 2001; Caso *S.N contra Suecia*, de 2 de julio de 2002). Aquí ambas condiciones están cubiertas: se reprodujo la declaración -había sido objeto de grabación-, en el juicio oral; Y en aquella actuación tuvieron intervención sin traba ni limitación alguna los letrados que asumían la defensa.

No hay, así pues, obstáculo alguno para el aprovechamiento probatorio. La prueba sumarial gozaba de suficiente calidad epistémica y garantista. Que no fuese formalmente practicada con el carácter de



preconstitución no impide valorarla. Es debate estéril ahora discutir si habría que canalizarla vía art. 730 y no vía art. 448 LECrim .

No es determinante que la iniciativa de la modalidad adoptada para su práctica partiese del Tribunal (art. 729 LECrim). Era prueba propuesta inicialmente por todas las partes. No se trata pues de un medio probatorio que surge del Tribunal en exclusiva pese al silencio de las partes. Era un testigo propuesta por todos. El Tribunal se limitó a dar un formato diferente a la prueba.

Ciertamente las defensas gozaban de la expectativa de un futuro interrogatorio cuando se produjo la declaración sumarial. Pero tampoco eso es dato tan determinante como para cancelar las posibilidades de aprovechamiento probatorio como demuestra la previsión del art. 730 LECrim .

Era legítimo que el Tribunal valorase ese testimonio. Es una prueba homologable pues reúne en su obtención y desenvolvimiento condiciones de calidad suficientes.

OCTAVO.- Que sea valorable esa testifical según se ha argumentado no significa que deba merecer necesariamente crédito. Por eso tras este largo excurso, subsiste la cuestión de la presunción de inocencia.

Decidir sobre la fiabilidad de esa testifical corresponde primeramente a la Sala de instancia que aquí otorgó crédito a esas manifestaciones por razones de peso que se exponen cumplidamente y que convierten su valoración en intocable a través de la casación.

La declaración de la víctima, en efecto, está corroborada. Además es en lo esencial coherente internamente. No es fácil encontrarle explicación diferente a su realidad lo que ha llevado a la Sala de instancia a otorgarle razonadamente crédito en juicio que no podemos alterar en casación salvo irracionalidad, falta de lógica o debilidad.

La fundamentación fáctica de la sentencia desmenuza de manera extensa y meritoria convincente la prueba que avala la participación en los hechos, de ambos recurrentes.

No es la casación marco compatible con una revaloración de declaraciones personales para la que además es herramienta inhábil la presunción de inocencia (vid. STC 133/2014 : *la revisión de la credibilidad de los testimonios presentados en el juicio oral no forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia*). Sólo los casos de extrema y patente fragilidad, evidencia de motivaciones espurias que se erigen en la única explicación de un testimonio, valoración irracional o ilógica y otros similares podría abrirse paso un motivo de estas características. La Sala analiza esas declaraciones con el auxilio de los informes periciales y llega razonadamente a la convicción de su veracidad.

Además de ese testimonio, contamos con las declaraciones iniciales, autoincriminatorias y, a la vez, inculpatórias del coprocesado, de Segismundo , amén de otros elementos corroboradores como los informes psicológicos, el testimonio de referencia de Sofía y las conversaciones de *whatsapp*. La Sala justifica de forma sobrada por qué ha otorgado mayor crédito a esas manifestaciones del referido acusado en fase sumarial y sede judicial que a las vertidas en el plenario. Nada puede oponerse a esa valoración. Está autorizada por la jurisprudencia tanto Constitucional como de esta Sala esa posibilidad de dar prevalencia a las manifestaciones sumariales.

Los motivos han de ser desestimados.

NOVENO.- También por la vía de la presunción de inocencia en el motivo segundo de Luis María invoca tal derecho pero proyectado en exclusiva a un suceso concreto: el acceso carnal ocurrido en Portugal que da por probado la sentencia.

Dirá, de una parte, que la acusación no estaba claramente delimitada, afirmación que decae con el simple examen del escrito de conclusiones de la acusación particular. Insistirá en el escrito de instrucción de las impugnaciones en que su queja no circulaba por esos derroteros.

De otra parte, sostiene que respecto de ese hecho concreto -de la sentencia se desprende que es el único que soporta la condena: no se califica como delito continuado- no existiría prueba suficiente pues se basaría en exclusiva en las declaraciones policiales de la víctima. Examinada la grabación de la declaración judicial que fue visionada en el plenario se detecta que es así en efecto. En ese punto (hora 12:10:43) la declaración es tan genérica y huérfana de detalles que no permite rescatar la declaración policial. Tampoco la posterior realizada en sede judicial y también con intervención del letrado de la defensa (aunque mediante un sustituto) permite por sí sola alcanzar certeza sobre ese hecho puntual que se recoge en la sentencia como base de la condena por el delito del art. 181. Se habla genéricamente de ocasiones varias sin concretar. Sin ese referente esencial - declaración de la víctima- los informes de credibilidad no pueden usarse como testimonios de referencia.

Procede así pues la absolución para tal acusado por esa infracción, con **estimación de este motivo** .



DÉCIMO.- Habiéndose desestimado íntegramente el recurso de Segismundo habrá de asumir el pago de sus costas (art. 901 LECrim). Las costas del otro recurso, parcialmente estimado, han de declararse de oficio.

FALLO

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

1.- ESTIMAR parcialmente el recurso de casación interpuesto por Luis María contra sentencia de fecha 15 de diciembre de 2016 dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Cáceres , por estimación del motivo segundo de su recurso y en su virtud casamos y anulamos dicha Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Cáceres con declaración de oficio de las costas de este recurso.

2.- DESESTIMAR el recurso de **Segismundo** contra Sentencia y Audiencia arriba reseñada, condenándole al pago de las costas ocasionadas en su recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta 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 contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

RECURSO CASACION núm.: 302/2017

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

Letrado de la Administración de Justicia: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Segunda Sentencia

Excmos. Sres.

D. Jose Ramon Soriano Soriano

D. Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

D. Alberto Jorge Barreiro

D. Antonio del Moral Garcia

D. Andres Palomo Del Arco

En Madrid, a 22 de diciembre de 2017.

Esta sala ha visto causa que en su día fue tramitada por el Juzgado de Instrucción nº 6 de Cáceres, fallada posteriormente por la Sala de lo Penal de la Audiencia Provincial de Cáceres (Sección Segunda) y que fue seguida por delitos violencia psíquica y física habitual, un delito continuado de agresiones sexuales, un delito de prostitución, un delito de abuso sexual y un delito continuado de vejaciones injustas contra Segismundo y Luis María , teniéndose aquí por reproducidos todos los datos que aparecen en el encabezamiento de la Sentencia recurrida y anulada por la pronunciada en el día de hoy por esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen se hace constar lo siguiente:

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

ANTECEDENTES DE HECHO

ÚNICO.- Se dan por reproducidos, los antecedentes y hechos probados de la sentencia de instancia con la única modificación de suprimirse la referencia al suceso ubicado en Portugal (todo el párrafo final del *factum*) por no estimarse acreditado.

FUNDAMENTOS DE DERECHO



ÚNICO.- Conforme se ha argumentado en la anterior sentencia no existe prueba bastante del abuso sexual llevado a cabo por Luis María sobre la víctima que la sentencia sitúa en un viaje a Portugal. Eso debe determinar su absolución por el delito de abusos sexuales; declarándose de oficio la correspondiente proporción de costas. No ha de repercutir en la responsabilidad civil establecida que abarca muchos otros conceptos y se ha fijado de forma conjunta y con una cuantía común a asumir por ambos condenados.

FALLO

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

1.-Absolver a Luis María del delito de **abuso sexual** por el que venía siendo acusado suprimiéndose las penas de prisión (6 años), prohibición de aproximación (8 años) y libertad vigilada (ocho años) impuestas por tal delito.

2.- Se mantiene el resto de pronunciamientos de la sentencia de instancia, excepto lo relativo a las costas a abonar por Luis María que deberán reducirse proporcionalmente.

Notifíquese esta resolución a las partes comunicándoles que contra la misma no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Jose Ramon Soriano Soriano Juan Ramon Berdugo Gomez de la Torre

Alberto Jorge Barreiro Antonio del Moral Garcia Andres Palomo Del Arco