

**Roj:** STS 375/2023 - **ECLI:**ES:TS:2023:375

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

**Sede:** Madrid

**Sección:** 1

**Nº de Recurso:** 2561/2021

**Nº de Resolución:** 59/2023

**Fecha de Resolución:** 06/02/2023

**Procedimiento:** Recurso de casación

**Ponente:** ANGEL LUIS HURTADO ADRIAN

**Tipo de Resolución:** Sentencia

---

### **Cuestión:**

*Prejudicialidad penal. Excusa absolutoria de la víctima de trata de seres humanos. Responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago.*

---

### **Resumen:**

Prejudicialidad penal. Se recuerda la autonomía propia de cada proceso penal en lo que a su propia prueba y objeto concierne, que, por lo tanto, no condiciona a lo que en otro pueda resultar. Cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (otra cosa son las cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. de la L.E.Cr) todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída de segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes. Excusa absolutoria de la víctima de trata de seres humanos del artículo 177 bis 11 del CP. El objetivo de esta protección es salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, evitar una mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores. Es contradictorio con este objetivo que la propia posibilidad de obtener los beneficios legales que tutelan a las víctimas se transmutase en una causa de invalidez probatoria de sus declaraciones inculpatorias. Ahora bien, estos beneficios procesales imponen una especial valoración del testimonio, para descartar supuestos en los que la incriminación de terceros se utilice de forma espuria, y para salvaguardar el derecho a la presunción constitucional de inocencia de estos terceros. Interpretación del artículo 53.3 del Código Penal.

---

### **Encabezamiento**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**Sentencia núm. 59/2023**

Fecha de sentencia: 06/02/2023

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 2561/2021

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 31/01/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

Procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 1

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

Transcrito por: IGA

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 2561/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

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

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

#### **Sentencia núm. 59/2023**

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 6 de febrero de 2023.

Esta sala ha visto el recurso de casación nº 2561/2021 interpuesto por **Marina**, representada por la Procuradora de los Tribunales Doña Rosa Martínez Serrano y bajo la dirección letrada de D. José Luis Sánchez Chico; **Romulo**, representado por el Procurador de los Tribunales D. Sergio Ortiz Segarra y bajo la dirección letrada de D. Francisco José Isas Frau, contra la *sentencia dictada con fecha 28 de enero de 2021, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera*, que condena a Romulo como autor de un delito continuado de estafa en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento oficial y a Marina como cómplice

de dichos delitos.

Los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, que al margen se expresan se han constituido para la deliberación y fallo bajo la Presidencia del primero de los indicados.

Ha sido parte recurrida el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

## **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** En el *procedimiento abreviado 65/2017 (dimanante del PA 3877/2013, del Juzgado de Instrucción nº 7 de Valencia )*, seguido ante la *Audiencia Provincial de Valencia Secc. Primera, con fecha 28 de enero de 2021, se dictó sentencia* condenatoria para Romulo, como autor de un delito continuado de estafa en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento oficial y para Marina, como cómplice de dichos delitos, que contiene los siguientes **Hechos Probados:**

"Los acusados Romulo, de nacionalidad nigeriana, con pasaporte nº NUM000, mayor de edad y sin antecedentes penales, con la colaboración de Marina, de nacionalidad nigeriana, con pasaporte nº NUM001, mayor de edad y sin antecedentes penales, con el propósito de obtener un indebido beneficio patrimonial, y mediante el sistema de enviar de forma masiva correos electrónicos a personas de todo el mundo, les hacían creer falsamente que eran beneficiarios de una herencia consistente en una gran cantidad de dinero depositada en -una caja de seguridad o entidad bancaria española y otro tipo falso beneficio económico, y que para poder adquirirlo debían adelantar unas cantidades en concepto de gastos de gestión, honorarios, impuestos, etc., mediante transferencias en las cuentas que a tal efecto se les indicaba, engaño comúnmente conocido como el de "cartas nigerianas".

A tal efecto, el acusado Romulo, encargado de reclutar gente, controlar las documentaciones y las extracciones y transferencias, bancarias, requirió, en el mes de abril de 2011, a la acusada Marina a fin de que, por si misma o a través de poderes otorgados a un tercero, Jose Francisco, sacara dinero de una cuenta corriente aperturada en la entidad Bankia, oficina 4910, sita en la Avda. de Francia, de Valencia, haciéndole entrega para ello de un pasaporte falso, en el que había incorporado la fotografía de la acusada y a nombre de Amelia, siendo la cuenta nº NUM002 en la que, a partir de agosto de 2012 comenzaron a llegar transferencias que la acusada, acompañada del acusado Romulo o de Jose Francisco, procedían a retirar inmediatamente bien a través de ventanilla, bien a través de cajero automático o mediante transferencias a otras cuentas titularidad del acusado Romulo, ilícita actividad que llevaron a cabo hasta que, en el mes de octubre de 2013, fue detectada por el Departamento de Seguridad de Bankia que procedió a denunciar los hechos y bloquear la cuenta, procediéndose, por agentes de la Policía nacional a la detención de Marina tras tratar de retirar el dinero procedente de las últimas transferencias recibidas.

Por este procedimiento, los acusados llegaron a obtener un total aproximado de 73.485 euros, procedentes de diversas personas residentes en múltiples países; entre los que se ha podido localizar a Casiano (790 euros), Cirilo (7,500 euros), Enriqueta (10.000 euros) y Eleuterio (5.000 euros).

Practicada una entrada y registro en el domicilio de Romulo, sita en la C/ DIRECCION000 NUM003, de Valencia, se procedió a la intervención de numeroso material informático, así como el pasaporte de Gabino, identidad con la que aparecían abiertas diversas cuentas, y que resultó ser íntegramente falso.

Por el mismo procedimiento antes descrito, también se abrieron las cuentas en Bankia, sucursal de la C/ Archiduque Carlos, y Caixa Bank, sucursal de la (2/ Héroes Virgen de la Cabeza, ambas de Valencia, en las que el matrimonio Herminio y Enriqueta, de nacionalidad sueca, y con la falsa promesa de, ser beneficiarios de una gran fortuna, efectuaron, entre los meses de mayo y noviembre de 2013, diversas transferencias por importe de 24,400 euros, así como a otras cuentas de personas que no han podido ser localizadas, habiendo sufrido un perjuicio total de 66.295 euros, no quedando acreditada la participación en dichos hechos de la acusada Paula, de nacionalidad nigeriana, con NIE NUM004, mayor de edad y sin antecedentes penales, a la que el Ministerio Fiscal retira la acusación".

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

"CONDENAMOS a Romulo, como criminalmente responsable en concepto de autor, del delito continuado de estafa, previsto y penado en los arts. 248 y 250.1, 50, y 74, en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento oficial, de los arts. 390,2, 392 y 74 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 5 años de prisión, y multa de 9 meses con cuota diaria de 10 euros, con responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de la multa de 1 día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tiempo de la condena, y al pago de las costas procesales.

CONDENAMOS a Marina, como criminalmente responsable en concepto de cómplice, del delito continuado de estafa, previsto y penado en los arts. 248 y 250.1, 50, y 74, en concurso medial con un delito continuado de falsedad en documento oficial, de los arts. 390.2, 392 y 74 del Código Penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de 1 año y 6 meses de prisión, y multa de 5 meses con cuota diaria de 3 euros, con responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de la multa de 1 día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo por tiempo de la condena., y al pago de las costas procesales, incluidas las de la Acusación particular.

En concepto de responsabilidad civil, los acusados, conjunta y solidariamente, deberán indemnizar a Casiano (790 euros), Cirilo (7.500 euros), Eleuterio (5.000 -euros), Enriqueta y Herminio (66.295.euros) por las cantidades defraudadas, con los intereses legales.

ABSOLVEMOS a Paula de los delitos que se le venían imputando, por haber retirado la acusación el Ministerio fiscal.

Para el cumplimiento de la pena privativa de libertad y responsabilidad personal subsidiaria que se impone abonamos a los acusados todo el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa.

Reclámese del instructor, debidamente terminada, la pieza de responsabilidades pecuniarias.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

**TERCERO** .- Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por Marina y Romulo, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las actuaciones y certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el rollo y formalizándose los recursos.

**CUARTO.-** La representación legal de Marina alegó los siguientes **motivos de casación:**

Único. "por infracción de Ley del *artículo 849.1 de la L.E.Cr* , al amparo del *artículo 5.4 de la LOPJ* y por infracción del *artículo 24 de la Constitución* ".

**QUINTO.-** La representación legal de Romulo alegó los siguientes **motivos de casación:**

1. "Por infracción de precepto constitucional. Reiteramos el motivo expuesto en nuestro anterior recurso de casación, pues entendemos que la nueva sentencia nuevamente incurre en el mismo, al no dar solución a lo en su día denunciado".

2. "Por infracción de precepto constitucional con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 5.4 de la Ley Orgánica 6/1985* del Poder Judicial. Se denuncia en este motivo, la vulneración del *artículo 18 y 24.1 de la Constitución española* al haberse conculcado el derecho a la tutela judicial efectiva, al utilizar el Tribunal de Instancia, la entrada y registro en el domicilio de mi patrocinado, siendo dicha prueba a nuestro juicio nula de pleno derecho".

3. "Por infracción de precepto constitucional con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 5.4 de la Ley Orgánica 6/1985* del Poder Judicial. Se denuncia en este motivo, la vulneración del *24.2 de la Constitución española* respecto al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas".

4. "Al amparo del *artículo 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , por quebrantamiento de forma ya que en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados".

5. "Por infracción de ley del *artículo 849.1 de la LECRIM* por indebida aplicación del *artículo 33.3 del código penal* ".

**SEXTO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal interesó la inadmisión y, subsidiariamente, la desestimación, del recurso de Marina, tal y como expone en su informe de 25 de octubre de 2021, y respecto del recurso de Romulo solicita que se estime el quinto motivo de recurso tal y como expresa en su informe de fecha 24 de mayo de 2022.

La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**SÉPTIMO.-** Hecho el señalamiento para el fallo, se celebró la deliberación y votación prevenida el día 31 de enero de 2023.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

Recurso formulado por Marina

**PRIMERO.-** En único motivo, que se formaliza al amparo del *art. 849.1 LECrim* . en relación con el *art. 24 CE* , concreta la queja en que debiera haber sido aplicado el *art. 177 bis. 11 CP* , invocado en la instancia, por concurrir en la recurrente los requisitos para su apreciación.

**1.** La sentencia de instancia se pronuncia sobre este particular en el tercer fundamento de derecho, al que dedica un solo párrafo, en el que, para rechazar la circunstancia, dice como sigue:

"Tampoco cabe la aplicación de la exención de responsabilidad prevista en el *art. 177 bis nº 11 del C.P .* , dado que no se ha acreditado, ni siquiera con la pericial practicada por la psicóloga María Consuelo, que la acusada Marina sea víctima de trata de seres humanos, ni que haya cometido los hechos en situación de explotación sufrida ni como consecuencia directa de situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida".

Como decimos, son estas únicas líneas las que dedica la sentencia de instancia a rechazar una pretensión de tan relevante trascendencia, que no pasan de ser una simple aseveración, pues, además de que no explica por qué descarta el testimonio de la psicólogo, no se detiene en el resto de la prueba que avalaría tal pretensión, ni en el análisis sobre la valoración de la prueba, cuando con ella se trata de acreditar algo favorable al reo, que son presupuestos determinantes a los efectos de tomar una decisión, lo que evidencia una clara vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, como iremos exponiendo en sucesivos apartados.

**2.** En este sentido, se alega en el motivo que "esta eximente, o más propiamente excusa absoluta, está perfectamente acreditada por mi representada, en principio con una denuncia previa, en la que narra con pelos y señales las coacciones y amenazas sufridas por su parte y de cuenta del otro acusado, y de la organización a la que este pertenecía. La participación de mi representada en las infracciones cometidas, no son sino consecuencia directa de la situación de intimidación y violencia psíquica a la que estaba siendo sometida. Además de por lo ya expuesto ello se acredita igualmente por la propia legislación de extranjería, el expediente que se abrió con su denuncia, que igualmente consta en autos, donde entre otras cuestiones se le ofrece a mi representada la posibilidad de obtener residencia legal en España o regresar a su país con garantías. Tales circunstancias hacen ver que efectivamente estábamos ante una situación de vulnerabilidad que debería haberse apreciado en el juicio penal al menos hasta conocer la resolución de la instrucción por la causa que ella misma denunció y que hubiera servido de base a la apreciación de la eximente absoluta expuesta".

Se añade en el escrito que lo solicitó la defensa en el acto del juicio, pero que no se admitió la suspensión porque nada tenía que ver una causa con otra, como hemos tenido oportunidad de constatar que así lo consideró el tribunal, de acuerdo con lo informado por el M.F., tras el visionado del mismo.

**3.** En el examen que realiza el tribunal sentenciador al analizar el testimonio de la recurrente, cuando se refiere a la cuenta corriente que abrió, va exponiendo que "lo que declaró en el Juzgado de que Romulo la obligó a abrir esta cuenta no es cierto, la persona a la que dio poderes no la conocía, la conoció en el notario, esa persona la obligó a firmar los papeles y la amenazó con hacer daño a su hijo y su familia, es Jose Francisco, si bien en su declaración que obra al folio 18 y 101 del Tomo I habla de Romulo, era Carlos Manuel, Carlos Manuel acude a ella porque se lo dice Romulo, ellos la obligan a firmar, Pedro Miguel y Romulo, son amigos y Pedro Miguel le dijo que se pusiera en contacto con Romulo, Carlos Manuel es la persona que va al notario, pero fue Romulo quien le da papeles y quien le dijo que fuera al banco a sacar dinero, Romulo iba de parte de Pedro Miguel, no tenía ninguna cuenta en el banco porque no tenía papeles, no sabe quien dio su foto para el pasaporte".

La cantidad de detalles que, de lo declarado, describe el tribunal sentenciador, pone de manifiesto la situación por la que pasó la recurrente cuando realizó los hechos por los que fue acusada, más próxima a un instrumento manejado por otros, que otra cosa, lo que no debe dejarse de valorar, si tenemos en cuenta y lo ponemos en relación con la denuncia que, como testigo protegido, formuló en la Brigada Provincial de Extranjería el 15 de diciembre de 2017, que dio lugar a la apertura de *Diligencias Previas 15/2018 del Juzgado de Instrucción nº 11 de Valencia*, incorporada a las actuaciones mediante escrito presentado por la defensa y admitido como prueba sin oposición de parte alguna, en el que viene a relatar que Marina fue utilizada para realizar, por lo que define como una organización, cantidad de actuaciones en contra de su voluntad, dirigiendo imputaciones al propio Romulo, y en el que acaba solicitando que se libre exhorto al juzgado instructor para que remitiera testimonio de lo actuado, diligencia que no se llegó a practicar. En dicha denuncia hace mención a las amenazas que recibe de Romulo, que contextualiza como un episodio más de los que tiene que padecer consecuencia de la instrumentalización de que venía siendo objeto.

Asimismo, fue incorporada como prueba el informe social, de 5 de octubre de 2018, realizado por la trabajadora social María Consuelo, de Cáritas Diocesana, quien compareció al acto del juicio y respondió a las preguntas que se le fueron formulando al respecto, en el que describe el calvario por el que tuvo que pasar Marina desde el inicio de su trayecto migratorio, su situación personal desde que llega a España y las diferentes fases por las que fue pasando hasta que tomó la decisión de denunciar todo ello, en que se habla de las ayudas que recibe de dicha asociación desde que se contactó con ella, entre ellas el "acompañamiento como víctima de trata", o se refiere que "desde un primer momento pudimos detectar que Marina podía estar sometida a una red de trata de personas, ya que era sometida a control telefónico, respondiendo siempre con solicitud a las órdenes de la red, manifestándose éstas en ocasiones de manera agresiva y amenazante", y donde se deja constancia de que "Marina tuvo autorización provisional de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales (víctima de trata de seres humanos) otorgada por la delegación del Gobierno en la Comunidad Valenciana en fecha 22/06/18".

Y, efectivamente, consta incorporado a las actuaciones la resolución de la Delegación del Gobierno de dicha Comunidad, de 26 de diciembre de 2017, en la que, entre tanto se resuelva el procedimiento de autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, dado que, respecto de Marina, se aprecian "motivos razonables sobre su posible condición de víctima de tráfico de seres humanos", se acuerda "comunicarle que le asiste la posibilidad de solicitar, ante esta Subdelegación del Gobierno, una Autorización de residencia y trabajo por circunstancias excepcionales, o la solicitud o retorno asistido a su país de origen", autorización que,

efectivamente, se le concedió por esa resolución de 22 de junio de 2018 de la Subdelegación del Gobierno.

De esta manera, se daba cumplimiento a lo dispuesto en la *Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004*, "relativa a la expedición de un permiso de residencia a nacionales de terceros países que sean víctimas de la trata de seres humanos o hayan sido objeto de una acción de ayuda a la inmigración ilegal, que cooperen con las autoridades competentes", cuyo art. 14 establece que el permiso de residencia podrá retirarse: "b) si la autoridad competente considera que la cooperación de la víctima es fraudulenta o su denuncia es fraudulenta o infundada", o "d) cuando la víctima deje de cooperar", circunstancias que no tenemos constancia de que hayan concurrido en Marina, y le haya sido retirado dicho permiso.

Incluso, si volvemos al análisis que, de la prueba, se realiza en la sentencia, hay declaraciones que reflejan esta misma hipótesis, que, además, proceden de testigo con experiencia, como el policía nacional NUM005, respecto de cuyo testimonio recoge el tribunal sentenciador que manifestó que "la chica suele realizar labores de sacar dinero y entregarlo a Romulo a cambio de una pequeña cantidad, o sin compensación por estar bajo amenazas", como es, este segundo, el caso de Marina, que así lo relata.

**4.** Pues bien, sobre los anteriores elementos de prueba no hay la menor atención en la sentencia recurrida que, sin embargo, sin parar en ellos, dice que "por otra parte, no ha quedado acreditada, en modo alguno, la versión de la acusada Marina, sobre la existencia de terceras personas, un tal Pedro Miguel y un tal Gustavo, por encima de ella, que le obligaran de alguna forma a realizar los hechos que se les imputan", lo que no solo no es una motivación, sino que no pasa de ser una simple aseveración, cuyo fundamento no se explica, habiendo, como había, incorporada a las actuaciones la anterior información, que debería haber requerido una mayor atención, cuando era la base sobre la que la defensa pretendía sustentar una circunstancia excluyente de la responsabilidad de su patrocinada, de ahí que, como decimos, quepa hablar de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, ante esa absoluta falta de motivación.

Lo más que encontramos en la sentencia recurrida es que se reconoce la existencia de un procedimiento penal en trámite, por trata de mujeres, sin condena, a raíz de la denuncia de Marina, lo que es cierto, como también es cierto que sobre el curso y resultado de ese procedimiento no debe pronunciarse la presente causa; sucede, sin embargo, que en ésta se plantea como hipótesis de defensa una circunstancia excluyente de la responsabilidad, que debería haber merecido una respuesta expresa, lo que no se hace. Así lo decimos, aun admitiendo que en la valoración a realizar de cara al reconocimiento de tal circunstancia pudiera haber menciones que rozasen con lo que pudiera aparecer en ese otro procedimiento, pero, aunque así fuere, ello no debiera haber sido óbice para ese pronunciamiento expreso que interesaba la defensa, pues, lo que aquí se dijera, en nada debería interferir en lo que resultare de lo que se actuase en esa otra causa, y ello porque no hemos de olvidar la autonomía propia de cada proceso penal en lo que a su propia prueba y objeto concierne, que, por lo tanto, no condiciona a lo que en otro pueda resultar.

En este sentido, decía *este Tribunal en Sentencia 528/2020, de 21 de octubre*, que "a diferencia de otras ramas del Derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, ésta eficacia no tiene

aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene un propio objeto y su propia prueba y conforme a su propio contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (otra cosa son las cuestiones prejudiciales de los *arts. 3 y ss. de la L.E.Cr .*) todo ello sin perjuicio de que la prueba practicada en el primero pueda ser traída de segundo proceso para ser valorada en unión de las demás existentes".

**5.** Decíamos que la sentencia de instancia ha omitido cualquier valoración sobre la aportación probatoria presentada por la defensa, cuando, desde un plano objetivo, no cabe negar que ha introducido elementos de incertidumbre que, al ser obviados, es por lo que decimos que es un caso claro de vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva, por falta de motivación,

En el caso, está acreditada la participación de Marina en los hechos por los que viene acusada; sin embargo, alegada una causa excluyente de su responsabilidad y presentadas pruebas en acreditación de la misma, no las presta la menor atención la sentencia recurrida, cuando debería haber dedicado un espacio para ello, cuya consecuencia, en principio, debiera ser estimar el recurso, con anulación de la misma y devolución de las actuaciones al tribunal de procedencia, para que valore y motive lo que ha dejado de valorar y motivar; ahora bien, puesto que se trataría de una segunda declaración de nulidad, excepcionalmente, y teniendo en cuenta, además de que se trata de un pronunciamiento a favor de reo, las circunstancias concurrentes, en particular esa información de la que hemos hablado más arriba, asumimos nosotros esa función, y, en la medida que, a la vista de la misma, no es descartable la concurrencia de la excusa alegada, ha de procederse a su aplicación, habida cuenta que obran en las actuaciones esos elementos probatorios aportados por la defensa, que ponían sobre la mesa la razonabilidad a su tesis, de que Marina fue víctima de trata de seres humanos y eso condicionó su actuación, cuya conclusión ha de ser un pronunciamiento absolutorio a su favor.

**6.** Establece el *art. 177 bis.11 CP* , cuya aplicación se pretende en el recurso, que "sin perjuicio de la aplicación de las reglas generales de este Código, la víctima de trata de seres humanos quedará exenta de pena por las infracciones penales que haya cometido en la situación de explotación sufrida, siempre que su participación en ellas haya sido consecuencia directa de la situación de violencia, intimidación, engaño o abuso a que haya sido sometida y que exista una adecuada proporcionalidad entre dicha situación y el hecho criminal realizado".

A esta excusa absolutoria se refieren las STSs 146/2020 de 14 de mayo y 214/2017, de 29 de marzo; en esta segunda decía este Tribunal:

"El *apartado 11 del artículo 177 bis CP* traslada al derecho español la recomendación establecida por el artículo 26º de la Convención de Varsovia (las Partes deberán prever, con arreglo a los principios fundamentales de su sistema jurídico, la posibilidad de no imponer sanciones a las víctimas por haber tomado parte en actividades ilícitas cuando hayan sido obligadas a ello). Esta recomendación se encuentra también recogida por el *artículo 8º de la Directiva 36/2011/CE (los Estados miembros adoptarán, de conformidad con los principios básicos de sus respectivos ordenamientos jurídicos, las medidas necesarias para garantizar que las autoridades nacionales competentes puedan optar por no enjuiciar ni imponer penas a las víctimas de la trata de seres humanos por su participación en actividades ilícitas que se hayan visto obligadas a cometer como consecuencia directa de haber sido objeto de cualquiera de los actos contemplados en el artículo 2º).*

El objetivo de esta protección es salvaguardar los derechos humanos de las víctimas, evitar una mayor victimización y animarlas a actuar como testigos en los procesos penales contra los autores. Resultaría manifiestamente contradictorio con este objetivo que la propia posibilidad de obtener los beneficios legales que tutelan a las víctimas se transmutase en una causa de invalidez probatoria de sus declaraciones inculpatorias.

Es cierto también que estos beneficios procesales imponen una especial valoración del testimonio, para descartar supuestos en los que la incriminación de terceros se utilice de forma espuria, y para salvaguardar el derecho a la presunción constitucional de inocencia de estos terceros. Valoración cuidadosa que debe ir necesariamente acompañada de la concurrencia de elementos de corroboración del testimonio, pues en todos los casos de testimonios premiados, como sucede por ejemplo con las declaraciones de los "arrepentidos", la concurrencia de elementos objetivos de corroboración es imprescindible para que sus declaraciones puedan ser valoradas como prueba de cargo suficiente para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia".

Y también, nos hemos referido más arriba a la *Directiva 2004/81/CE del Consejo, de 29 de abril de 2004* .

Pues bien, ciertamente, la sentencia citada hace una llamada a las cautelas a que debe ser sometido este tipo de testimonios, pero lo hace en atención a los que, como prueba de cargo, se puedan prestar en juicio oral, y sucede, sin embargo, que, en el caso, el testimonio con que se cuenta es con el de la recurrente en fase de investigación, y hasta, incluso, podríamos plantearnos que lo denunciado no llegara a juicio o que, celebrado, su resultado fuera una sentencia absolutoria; pero, que así sea, no es incompatible con que tanto la denuncia presentada como la documentación que la avala aporten una información no descartable, con la intensidad suficiente para apreciar la circunstancia invocada, que, en cuanto favorable, tal información, en este momento, si pasamos por el criterio de la prueba preponderante, creemos que es base suficiente para considerar como más probable que la circunstancia se dé, o, si se prefiere, que tenga capacidad para persuadir de ello.

En efecto, no es cuestión de precisar nombres de personas concretas, sino de valorar la situación en que se pudo encontrar Joy, y por la que tuvo que pasar cuando comete el hecho delictivo por el que se la enjuicia, que arranca de la situación de precariedad que le impulsa a partir de su país, y de la que se aprovechan, con engaños, quienes la ofrecen un futuro mejor en Europa, hasta que llega al nuestro en una patera, lo que difícilmente sería viable de no contar con una infraestructura, para, una vez aquí, verse sometida a unas amenazas, vejaciones, explotación, órdenes y demás mecanismos de control sobre su libertad, que caracterizan este tipo de situaciones en otras ocasiones.

La subordinación a la prostitución por la que pasó Marina, sometida a órdenes e instrucciones de quienes tuvieran el control sobre ella, no debería descartar como hipótesis razonable que fuera utilizada como instrumento para cualquier tipo de actividad delictiva en que pudiera ser de utilidad, y esto tampoco es descartable según determinados pasajes que encontramos en la sentencia recurrida, como cuando, en los hechos probados, dice que "el acusado Romulo, encargado de reclutar gente, controlar las documentaciones y las extracciones y transferencias bancarias, requirió en el mes de abril de 2011, a la acusada Marina a fin de que, por sí misma o a través de poderes

a un tercero, Jose Francisco, sacara dinero de una cuenta corriente [...]", descripción que, más que reflejar una actuación de colaboración voluntaria, se corresponde con la de quien da órdenes a otro, que no tiene más opción que cumplirlas.

No se puede ignorar la carga imperativa o intimatoria de los verbos reclutar o requerir, como prescindir de la idea de dominio que encierra ese controlar con que se define la actuación de Romulo sobre Marina; Romulo, que figura en la denuncia, como el individuo al que la envía un tal Pedro Miguel (quien, junto con un tal Gustavo, la controlan en su actividad en el ejercicio de la prostitución), para que le ayude en una cosa, que se concreta en la actuación que ha tenido en los hechos que se enjuician en la presente causa, hasta el punto de recibir amenazas si se niega, amenazas que no solo refiere Marina, sino que se deja constancia de ellas en el informe emitido y ratificado en juicio por María Consuelo, al que nos hemos referido más arriba, de manera que, si ponemos la actuación de Marina en este no descartable contexto, y asumimos su condición de víctima de trata de seres humanos, como resulta de la documentación oficial incorporada a las actuaciones, y que, como consecuencia de tal condición, ha estado sometida a una explotación de la más diversa índole por parte de sus explotadores, entre ella quedar a disposición de Romulo, ha de ser apreciada la exención de responsabilidad del referido *art. 177 bis 11 CP*, por cuanto que su participación en la actividad delictiva que realizó no la consideramos desproporcionada en relación con su situación.

**7.** Procede, pues, la estimación del recurso formulado por la representación de Marina, por concurrencia de la excusa absolutoria contemplada en el *art. 177 bis 11 CP*, y, en consecuencia, su absolución por los delitos de estafa y falsedad documental por los que ha sido condenada en la sentencia recurrida.

Recurso formulado por Romulo

**SEGUNDO.-** Primer motivo: "por infracción de precepto Constitucional con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 5.4 de la Ley Orgánica 6/1985* del Poder Judicial. Se denuncia como vulnerado el *art. 24.2 de la CE* al haberse conculcado el derecho a la presunción de inocencia, en relación directa con la vulneración de derecho a un proceso con todas las garantías, también proclamado en el *art. 24.2 CE* y subsidiario del anterior, se denuncia la vulneración del *artículo 24.1 de la Constitución española* al haberse conculcado el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de falta de motivación de la resolución recurrida".

**1.** Con fecha 24 de octubre de 2018 era dictada una primera sentencia en la presente causa, que, tras el correspondiente recurso de casación interpuesto por la representación de los condenados y cuya admisión y estimación del quinto motivo de los formulados por aquéllos interesó también el M.F., se estimó en *Sentencia de esta Sala 614/2020, de 11 de noviembre de 2020*, acordándose la nulidad de la recurrida y "la devolución al Tribunal de procedencia a fin de que por los mismos Magistrados, sin necesidad de nueva vista, se proceda a dictar nueva sentencia".

El motivo de casación alegado que dio pie a la nulidad, lo era "por infracción de precepto Constitucional con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 5.4 de la Ley Orgánica 6/1985* del Poder Judicial. Se denuncia como vulnerado el *art. 24.2 de la CE* al haberse conculcado el derecho a la presunción de inocencia, en relación directa con la vulneración de derecho a un proceso con todas las garantías, también proclamado en el *art. 24.2 C.E* y subsidiario del anterior, se denuncia la vulneración del *artículo 24.1 de la Constitución española* al haberse conculcado el derecho a la

tutela judicial efectiva, en su vertiente de falta de motivación de la resolución recurrida". Como se puede apreciar este mismo motivo es el que se alega en el presente recurso, como, de hecho, dice el recurrente, que "reiteramos el motivo expuesto en nuestro anterior motivo de casación, pues entendemos que la nueva sentencia nuevamente incurre en el mismo motivo, al no dar solución a lo en su día denunciado", lo que, según veremos, no considera este Tribunal que así sea.

La decisión de nulidad acordada en nuestra anterior *STS 614/2020* , tras el desarrollo argumental correspondiente, se fundamentó en que "pues bien, debemos destacar que no existe correspondencia entre los hechos probados, la fundamentación jurídica y los elementos típicos del delito por el que se condena, y esa falta de correspondencia lo es por falta de motivación que lleva anudada la nulidad de la misma".

Se reprochaba a la sentencia de instancia falta de motivación fáctica, y se decía:

"En definitiva, la quiebra del deber de motivación arrastra la violación del derecho a la presunción de inocencia, y en esta situación sólo cabe la declaración de nulidad de la sentencia y la remisión a la misma Sala para que sin necesidad de nueva vista, se proceda al dictado de nueva sentencia que responda al canon constitucional de motivación, de acuerdo con el *art. 120-3º C.E.* .

Por ello, una aplicación de la doctrina expuesta a la sentencia sometida al presente control casacional lleva de forma clara e inequívoca a la conclusión de que ésta no responde al canon de motivación exigible por lo que la condena se sustenta en la propia afirmación del Tribunal sentenciador de que las cosas ocurrieron como se dice en el *factum*, y éste no se cohonestaba con la fundamentación jurídica en cuanto al engarce preciso en la argumentación de la sentencia de los elementos constitutivos del delito por el que se condena, y el reflejo argumental en la sentencia de la "trasposición" a la misma de la fundamentación jurídica acerca de la prueba que se practicó, y que se conecta con los hechos que se declaran probados y cuál fue la prueba concreta que en base a esos hechos redactados determina la condena por el delito de estafa en la modalidad de "cartas nigerianas", ya que hay una absoluta orfandad de motivación por parte del Tribunal que exige la atención exigente de este apartado en la nueva redacción de la sentencia que debe dictarse por el mismo Tribunal sin costas en esta sede casacional".

**2.** Observamos que la nueva *sentencia de la Audiencia, la de 28 de enero de 2021* , que es la que se recurre en casación, no deja de ser una copia de la anterior anulada, de 24 de octubre de 2018, excepción hecha de cuatro párrafos que añade en su fundamento de derecho segundo, en que da las explicaciones que se echaron en falta en la anterior, con un discurso que nos parece razonable y la valoración de la prueba que ha tenido en cuenta.

Sin embargo, y no obstante la corrección realizada, suficiente a los efectos no volver a invalidar la nueva sentencia, se queja el recurrente de falta de motivación, y alega que "la presente sentencia, no se limita más que a recoger en los hechos probados, la conclusión provisional primera del Ministerio Fiscal de su escrito de defensa, de modo que los hechos probados de la Sentencia que ahora se recurre, no es más que un burdo "copia y pega", que provoca multitud de contradicciones entre los hechos probados y los fundamentos de derecho", contradicciones que va poniendo de relieve, pero que, en cuanto que no las consideramos de relevancia en orden al

pronunciamiento de condena del recurrente, no son de la suficiente entidad como para estimar el motivo, como iremos viendo.

En primer lugar, pone de relieve las contradicciones que encuentra entre el hecho probado, donde se dice que Romulo en colaboración con Marina enviaba los correos con el objeto de engañar, lo que se repite en el fundamento de derecho segundo, en que se indica que con la prueba practicada ha quedado acreditado que los enviaba Romulo con la colaboración de Marina, y lo que dice en ese mismo fundamento en que refiere solo a Romulo como el que enviaba de forma masiva los correos. Se trata, sin embargo, de una contradicción a la que no da mayor importancia el propio recurrente, pues continúa diciendo que, en cualquier caso, se entienda que fueron Romulo y Marina los que enviaron los correos, o que fue solo Romulo, no existe prueba que acredite esa afirmación, lo que, como veremos, no es ese nuestro parecer, tras las correcciones que ha hecho el tribunal sentenciador en su nueva sentencia.

Una segunda contradicción la encuentra el recurrente entre el pasaje del hecho probado donde se dice que Romulo requirió en el mes de abril de 2011 a Marina para que sacase dinero de BANKIA, que se contradice con el párrafo, también del segundo fundamento, en que se dice que "con la prueba practicada queda acreditado que la cuenta abierta en 2011 no pudo ser abierta por la acusada Marina, que si bien llegó a España en 2011, no llegó a Valencia hasta 2013", contradicción que no pasa de ser un error irrelevante, pues el hecho cierto y el que tendría relevancia es que Marina sacase esa dinero, lo que admite ésta, si bien en las circunstancias que hemos visto al tratar su recurso.

Una contradicción más la encuentra entre el pasaje del hecho probado donde se dice que Romulo entregó un pasaporte falso a Marina, en el que había incorporado su fotografía y a nombre de Amelia, que considera que se contradice con un par de informes policiales incorporados a las actuaciones, en lo que no podemos entrar, pues con tal planteamiento se adentra el recurrente en cuestiones relacionadas con criterios de valoración de prueba en que, tal como resulta de los estrechos y precisos cauces que permite el *art. 849.2º LECrim* ., habiendo contado el tribunal con distintos testimonios, tal como expone en los propios fundamentos, que es en los que se ha basado para fijar este pasaje de los hechos probados tal como la redactado. [Sobre este particular nos detendremos en el apartado 4 de este mismo fundamento al referirnos a la prueba acreditativa del delito de falsedad documental].

Entiende el recurrente que hay una contradicción más en que se declara probado que los acusados llegaron a obtener un total aproximado de 73.485 €, entre los que se han podido localizar cantidades procedentes de distintas personas residentes en el extranjero, siendo esas cantidades 790 €, 7.500 €, 10.000 € y 5.000 €, que, al no sumar más de 23.290 €, no llegan a esos 73.485 €, lo que no consideramos que sea tal contradicción, pues lo que dice el hecho probado es que de esos 73.485 €, solo se han localizado operaciones por 23.290 €, que no excluye que el importe total defraudado ascendiera a aquella cantidad.

Una última contradicción la encuentra el recurrente a partir de lo que se declara probado en el último párrafo de los hechos de la sentencia recurrida que dice:

"Por el mismo procedimiento antes descrito, tambien se aperturaron las cuentas en Bankia, sucursal de la C/ Archiduque Carlos, y Caixa Bank, sucursal de la (2/ Héroes Virgen de la Cabeza, ambas de Valencia, en las que el matrimonio Herminio

y Enriqueta, de nacionalidad sueca, y con la falsa promesa de ser beneficiarios de una gran fortuna, efectuaron, entre los meses de mayo y noviembre de 2013, diversas transferencias por importe de 24.400 euros, así como a otras cuentas de personas que no han podido ser localizadas, habiendo sufrido un perjuicio total de 66.295 euros, no quedando acreditada la participación en dichos hechos de la acusada Paula, de nacionalidad nigeriana, con NIE NUM004, mayor de edad y sin antecedentes penales, a la que el Ministerio Fiscal retira la acusación".

El anterior hecho probado lo pone en relación con el escrito de conclusiones del M.F. cuya redacción es la base del mismo, pero en el que el M.F. decía que la referida Paula procedió por indicación de Romulo abrir las cuentas en Bankia, sucursal de la C/ Archiduque Carlos, y Caixa Bank, que se suprime en el hecho probado; a continuación, recuerda el recurrente que la referida Paula ha sido absuelta por retirada de acusación del M.F., y concluye diciendo que ese dinero fue a parar a manos de Romulo, conclusión que no podemos compartir, desde el momento que no aparece éste en ese párrafo de los hechos probados, sino que es una operación respecto de la que solo se menciona a Paula, para decir que no ha quedado acreditada su participación en esos hechos, lo que no implica que, por ello, se haya de colocar a Romulo, y muestra de ello es que no se incluye en la indemnización a satisfacer por éste el importe de las cantidades que se citan en este párrafo.

**3.** Decíamos en el apartado anterior que la nueva *sentencia de la Audiencia, la de 28 de enero de 2021*, añade a la anterior cuatro párrafos en su fundamento de derecho segundo, en que da las explicaciones que se echaron en falta en la primera, en relación con el delito de estafa, con un discurso que nos parece razonable y la valoración de la prueba que ha tenido en cuenta.

La novedad está a partir del párrafo que comienza, "la Sala llega a la conclusión de que la mecánica de la acción es el engaño conocido como cartas nigerianas[...]", hasta el que concluye "[... ] que les obligaran de alguna forma a realizar los hechos que se les imputan", que, sin perjuicio de remitirnos a ellos, destacamos esas consideraciones probatorias que cumplen con el deber de motivación que a la anterior sentencia le faltó, de la que se vuelve a traer lo que en ella se fundamentó, de manera que, al ser esto así, consideramos que queda debidamente cumplido el deber de motivación, así como superadas las quejas por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, que es la base fundamental sobre la que articula el motivo.

Como decimos, prueba suficiente para considerar enervada la presunción de inocencia, en lo que a la participación de los acusados en los hechos, es básica la prueba personal, y en lo que es la dinámica delictiva, en la nueva sentencia se explica con claridad por qué se da por probada la implicación de Romulo en el delito de estafa de la siguiente manera:

"La Sala llega a la conclusión de que la mecánica de acción es el engaño conocido como "cartas nigerianas" porque es obvio que si se reciben cantidades de dinero a unas cuentas determinadas desde distintos puntos del extranjero, sin causa o motivo justificado y sin actividad económica conocida que pueda generar dichas cantidades, solo se puede ser como consecuencia de haberse mandado previamente mensajes de forma masiva con falsas promesas de obtener un importante beneficio económico previo pago de cantidades de dinero en concepto de gestión, gastos, etc, que deben ingresar a determinadas cuentas que se les facilita, nadie ingresa importantes cantidades de dinero a cuentas al azar, cuentas de las que las que no es

titular Romulo, pero de las que extrae todo el dinero o se transfiere a cuentas de Romulo, quien en definitiva es el último beneficiario, según se acredita con el informe de la Policía que obra en la causa en los folios 225 y ss, en el que se hace el seguimiento y estudio de las cantidades trasferidas y que se concluye que Romulo recibe en sus cuentas cantidades de dinero excesivas, sin justificación alguna, sin actividad económica alguna conocida, todos los ingresos vienen de cuentas del extranjero, si Romulo es el beneficiario del dinero necesariamente tiene que tener conocimiento del origen del dinero y de los mensajes que determinan el desplazamiento patrimonial".

Se refiere la sentencia, a continuación, a la prueba que tiene en cuenta, citando el folio 328 y ss de las actuaciones, en relación con las gestiones policiales realizadas para la localización de los titulares de alguna de las transferencias, con mención de afectados y cantidades defraudadas, incluso la declaración de uno de los propios afectados, y ello sin olvidar el testimonio de los funcionarios policiales, entre ellos el agente NUM005, quien explicó en el plenario, por referencia al informe obrante al folio 225 y ss, que analizaron las cuentas y se remitió dicho informe, con lo que, a partir de la información y datos que ofrece la prueba practicada y, a través de un proceso inductivo lógico, da las suficientes explicaciones el tribunal sentenciador como para considerar razonable su discurso y cumplido con su deber de motivación en lo que al delito de estafa concierne.

4. En lo relativo al delito de falsedad documental, dicha motivación quedó satisfecha desde la primera sentencia, cuyo argumento reitera en esta segunda, ahora recurrida, y las conclusiones a que llega también las consideramos razonables, pues ha expuesto la prueba que ha tenido en cuenta para llegar a ellas, con lo que no cabe considerar que haya vulneración del derecho fundamental a la presunción, y ha dado la explicación que ha entendido que debía dar, en función de dicha prueba, con lo que quedó satisfecho el deber de motivación.

Por ese razón, no podemos compartir la queja que se realiza en el motivo, con invocación de la presunción de inocencia, en relación con la valoración de la prueba, porque, dicho que hay prueba, no corresponde a este Tribunal, dentro de su función de control casacional, entrar en una nueva valoración de la prueba practicada, que sustituya la realizada por el tribunal ante cuya presencia se practicó, pues carecemos de principios tan fundamentales como el de inmediatez y de contradicción, de los que aquél dispuso y tuvo presente cuando procedió a su valoración, sino que, dentro de nuestro cometido, cuando se nos presenta una queja por error en la valoración de la prueba, nos encontramos sujetos a los precisos márgenes que establece el *art. 849.2º LECrim* .

En este sentido, derivado el motivo a uno por *error facti* del *art. 849.2º LECrim* ., nos obliga a pasar por los precisos y estrechos cauces que el mismo impone, ante lo cual, tal como se plantea, está abocado al fracaso, por cuanto que, según se desarrolla, no lo respeta, ya que, de conformidad al texto del artículo, cabrá corregir errores fácticos, no jurídicos, de la sentencia de instancia, que resulte de un documento susceptible de dar lugar a la alteración del hecho probado con relevancia para el pronunciamiento final del juicio, pero siempre teniendo en cuenta que, en nuestro proceso penal, como resulta del inciso "sin resultar contradichos por otros elementos probatorios", no se reconoce preferencia alguna a la prueba documental sobre ninguna otra, ni testifical, ni pericial, ni otra prueba documental, a la vez que no cabe acudir a otro motivo, como suele ocurrir cuando se invoca vulneración del derecho a la presunción de inocencia, para desbordar este.

Se vuelve a incidir en que la foto del pasaporte que se considera falsificado no es la de Marina, que se trata de un pasaporte original de Amelia y que no fue encontrado en el registro del domicilio de Romulo como dice el hecho probado, sino que se lo entregó el testigo Jose Francisco, lo que entra de lleno en aspectos probatorios, en que, como decíamos más arriba, se ha contado con una prueba de carácter personal.

Entre esa prueba, está el testimonio de Marina, que tiene en cuenta la sentencia recurrida, según el cual declaró que Romulo le proporcionó un pasaporte para abrir una cuenta bancaria y le dio papeles y le dijo que fuera al banco, de ahí que diera por probado el tribunal *a quo* que Romulo es la persona que le proporciona el pasaporte falso con su foto, pues tiene en cuenta no solo lo declarado por la propia Marina, sino el testimonio de Jose Francisco, que no hay que olvidar que es la persona que acompaña a Marina al notario, pues, según recoge la sentencia, entre sus declaraciones, se refiere a que "cuando habló con la policía tenía el poder y la fotocopia del pasaporte de la chica, el original no", siendo esta parte de la prueba fundamental para dar por probado el hecho sobre el que se asienta el delito de falsedad documental, e indiferente donde se encontrase o quien entregase la documentación a que se refiere el recurrente, que es lo que se da por probado en el pasaje que relata que Romulo le hizo entrega a Marina "de un pasaporte falso, en el que había incorporado la fotografía de la acusada y a nombre de Amelia".

Sobre este particular, se mantiene en el motivo que el referido Jose Francisco entregó a los agentes de la policía, entre otros, el "pasaporte original de Amelia", y cita al respecto el folio 6 de las actuaciones, en el que hemos comprobado que no es exactamente eso lo que en él se recoge, sino que dice que hicieron entrega "del pasaporte número NUM006 a nombre de Amelia", como también hemos comprobado que al folio siguiente se deja constancia de que, cuando la joven es preguntada por su nombre, "se pone a gritar que ella no es Amelia", lo que no deja de ser un dato más que abunda en la falsificación del documento.

Por lo demás, esta situación se encuentra en sintonía con la una de las premisas sobre la que articula su segundo motivo el recurrente, cuando alega que Marina "es la persona que tras su detención, identifica a mi patrocinado Romulo, como la persona que le facilitó la cuenta bancaria y el pasaporte, para que esta se hiciese pasar por la titular de la cuenta bancaria a nombre de Amelia".

**5.** Las consideraciones realizadas nos llevan a la desestimación del motivo.

**TERCERO.-** Segundo motivo: "por infracción de precepto constitucional con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial*. Se denuncia en este motivo la vulneración del *artículo 18 y 24.1 de la Constitución española* al haberse conculcado el derecho a la tutela judicial efectiva, al utilizar el Tribunal de Instancia, la entrada y registro en el domicilio de mi patrocinado, siendo dicha prueba a nuestro juicio nula de pleno derecho".

Se pretende en el motivo que se declara la nulidad del auto que acordó la entrada y registro en el domicilio de Romulo, porque, en opinión de quien firma el recurso, no cumple los requisitos exigidos por la Jurisprudencia.

Planteada igual cuestión, como previa, al inicio del juicio oral, fue rechazada en el primer fundamento de derecho de la sentencia recurrida, con un argumento que

compartimos. Aquí, con ocasión de este recurso de casación, consideramos que, tal como se desarrolla el motivo, aporta razones para igual desestimación.

En efecto, tras referirse el recurrente a algunos antecedentes, se centra en el oficio de 18 de diciembre de 2013, de la Brigada de Policía Judicial, que solicita la entrada y registro en dicho domicilio, oficio que no cumple tales exigencias jurisprudenciales, porque considera que se basa "simplemente en una posibilidad; y no se basa en unos indicios racionales ni en unos hechos ciertos; sino en meras posibilidades o conjeturas", y, sin embargo, el juzgado en el fundamento primero del auto que dicta, que es el que considera nulo de pleno derecho el recurrente, y lo destaca en negrita, "afirma que existen indicios racionales suficientes y no meras sospechas, cuando el oficio policial HABLA DE MERAS SOSPECHAS al establecer que puede disponer", considerando que este "puede disponer" es una mera posibilidad, que no alcanza la categoría de indicio.

No entraremos en el debate del alcance de conceptos tan valorables como conjetura, sospecha, o indicio y hasta dónde alcanza y cabe comprender dentro de cada uno, de ahí que, el que el oficio policial se exprese en unos términos respecto de la información que aporta, no vincula ni es determinante para que esa misma información la considere en otros el juez que ha de acordar la medida, ya que lo que hay que valorar es la propia información y los datos que aporta, que, en el caso, con solo atender al propio desarrollo del motivo, podemos rechazar la queja, porque, si, como hemos dicho en el fundamento anterior, el propio recurrente nos dice que es la otra acusada la que identifica a Romulo, "como la persona que el facilitó la cuenta bancaria y el pasaporte, para que esta se hiciese pasar por la titular de la cuenta bancaria a nombre de Amelia ", tal información aporta un dato concreto, que, trasladado al oficio policial, va más allá de una mera posibilidad o conjetura, pues vierte una sospecha sobre su participación en un hecho delictivo, y así lo dice, con razón, la sentencia de instancia, que "la información ofrecida en el oficio policial, identificando al acusado como posible responsable de la estafa, permiten, valorados tales extremos de forma conjunta y combinada, sin descomponer su respectiva significación indiciaria, considerar que son suficientes a los fines considerarlos sospechas fundadas a los efectos de poder valorar y fundamentar la medida de injerencia autorizada a través de la resolución cuestionada".

Esto es lo que resulta, por lo demás, tras la lectura tanto del oficio policial, obrante a los folios 105 a 107 de las actuaciones, en que se recoge cómo se inician las investigaciones, cómo tienen en cuenta la manifestación de Marina para identificar al recurrente y se explican las razones por las cuales la fuerza policial, tras esa investigación, considera que puede tener en su domicilio documentos y efectos relacionados con la estafa objeto de investigación, lo que asume el auto que, en base al mismo, dicta a continuación el juez instructor (folio 108)

No cabe, pues, poner tacha alguna al auto cuestionado y, por lo tanto, procede la desestimación del motivo.

**CUARTO.-** Tercer motivo: "por infracción de precepto constitucional con arreglo a lo dispuesto en el *artículo 5.4 de la Ley Orgánica 6/1985* del Poder Judicial. Se denuncia en este motivo, la vulneración del 24.2 de la Constitución española respecto al derecho a un proceso sin dilaciones indebidas".

Con independencia de que el presente motivo no consta que fuera alegado en la instancia, y, como tal, no tuvo respuesta en la sentencia recurrida, que es la que fija

el objeto del recurso, tampoco se nos explica qué consecuencia se pretende con esas alegadas dilaciones indebidas, con lo que tanto por tratarse de una cuestión nueva, como porque a la alegación no se anuda una pretensión, procede la desestimación del motivo.

**QUINTO.-** Cuarto motivo: "al amparo del *art. 851.1º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal* , por quebrantamiento de forma ya que en la sentencia no se expresa clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideran probados".

En realidad, viene a referirse el recurrente a distintas contradicciones que, con mayor extensión, se denuncian en el primer motivo del recurso, en éste, incluso, con pasajes que hay en los fundamentos de derecho, que hemos abordado en nuestro segundo fundamento, donde expusimos las razones por las que esas contradicciones las consideramos irrelevantes de cara al pronunciamiento final condenatorio del recurrente, por lo que, a lo que entonces dijimos, nos remitimos.

Aquí, solo recordar que, para que pueda prosperar una queja por este defecto, es preciso, entre otros requisitos, que la contradicción sea causal del fallo, lo que se ha descartado en ese fundamento segundo.

Procede, por tanto, la desestimación del motivo.

**SEXTO.-** Un último motivo se formula "por infracción de ley del *artículo 849.1 LECRIM* por indebida aplicación del *art. 33.3 del código penal* ".

El motivo, que apoya el M.F., alega un error en la sentencia, al imponer a Romulo una multa de diez meses, con responsabilidad personal subsidiaria en caso de impago, junto con la pena de prisión, sin tener en cuenta la regla contenida en el *art. 53.3 CP* .

En efecto, procede suprimir esa mención al arresto sustitutorio en caso de impago de la multa, por ser la pena de prisión de cinco años, y ser criterio de este Tribunal, a partir de Pleno no jurisdiccional de 1 de marzo de 2005, en que se acordó que "la responsabilidad personal subsidiaria de la pena de multa debe sumarse a la pena privativa de libertad a los efectos del límite del *art. 53 CP* ", asentado en *STS 358/2005, de 22 de marzo de 2005* y seguido por una jurisprudencia de la que, como muestra, tomamos la *STS 425/2014, de 28 de mayo de 2014* , que dice como sigue:

"El segundo motivo del recurso, por infracción de Ley al amparo del *número 1º del art. 849 de la L.E.Criminal* , denuncia la infracción del *art. 53.3º del Código Penal de 1995* , por estimar que al imponerse una pena de cuatro años de prisión no debió establecerse adicionalmente el cumplimiento de dos meses adicionales de arresto sustitutorio en caso de impago de la multa. El *art. 53.3º del Código Penal de 1995* establece que la responsabilidad personal subsidiaria que proceda por impago de la pena de multa no se impondrá a los condenados a pena privativa de libertad superior a cuatro años. Una interpretación literal o meramente formal de la norma conllevaría la desestimación del recurso, como interesa el Ministerio Fiscal, pues en el caso actual la pena privativa de libertad impuesta no es "superior" a cuatro años, sino justamente de cuatro años, pero si atendemos al espíritu y finalidad de la norma que, conforme al principio de proporcionalidad, pretende imponer determinados límites a las penas privativas de libertad, impidiendo que ésta se prolongue más allá de lo debido en función de una cuestión accesoria como es la responsabilidad personal subsidiaria derivada de la multa, observamos que el legislador, en uso de su voluntad soberana,

ha situado dicho límite precisamente en cuatro años, y dicha finalidad se frustraría si, a través de una interpretación literal y formal, el condenado acabase cumpliendo una pena privativa de libertad superior al límite legal de cuatro años, precisamente por la acumulación de la responsabilidad subsidiaria a la pena inicialmente impuesta.

En consecuencia, el *art. 53.3º del Código Penal* debe ser interpretado en el sentido de que la responsabilidad subsidiaria no se impondrá a los condenados en la medida en que, junto con la pena de prisión impuesta, resulte una pena privativa de libertad superior a cuatro años, límite que no se podrá rebasar nunca como consecuencia de dicha responsabilidad personal". (Criterio reiterado en *STS. 1184/2003 de 18.9* )".

**SÉPTIMO.-** Como consecuencia de la estimación de los recursos, en su integridad el de la primera recurrente, y parcialmente el del segundo, procede declarar de oficio las costas correspondientes a ambos.

## **FALLO**

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

**HABER LUGAR** al recurso de casación interpuestos por la representación procesal de Marina, contra la *sentencia 51/2021, dictada con fecha 28 de enero de 2021 por la Sección 1ª de la Audiencia Provincial de Valencia en Procedimiento Abreviado 65/2017* , que se casa y anula en el pronunciamiento condenatorio que contiene respecto de dicha recurrente, declarando de oficio las costas correspondientes a su recurso.

Asimismo, **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Romulo contra dicha sentencia, que se casa y anula en el particular de la misma que acuerda para este recurrente responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de la multa que le ha sido impuesta, declarando de oficio las costas correspondientes a su recurso.

Comuníquese esta sentencia al mencionado tribunal sentenciador a los efectos legales 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.

## **Encabezamiento**

RECURSO CASACION núm.: 2561/2021

Ponente: Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián

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

**TRIBUNAL SUPREMO**

## **Sala de lo Penal**

### **Segunda Sentencia**

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta

D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarda

D. Antonio del Moral García

D. Andrés Palomo Del Arco

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 6 de febrero de 2023.

Esta sala ha visto el Recurso de casación nº 2561/2021, interpuesto por Marina y Romulo, contra la *sentencia dictada con fecha 28 de enero de 2021, por la Audiencia Provincial de Valencia, Sección Primera*, que, notificada, fue recurrida en casación por sus representaciones procesales, sentencia que ha sido casada y anulada por la anterior sentencia dictada el día de la fecha por esta Sala Segunda, integrada por los Excmos. Sres. Magistrados anotados al margen.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Ángel Luis Hurtado Adrián.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**ÚNICO.-** Se aceptan y se dan por reproducidos los antecedentes de hecho y hechos probados de la sentencia de instancia, que no fueren incompatibles con los de la sentencia rescindente y con esta segunda.

### **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**PRIMERO.-** En el fundamento de derecho de primero de la primera sentencia, se han expuesto las razones por las cuales hemos estimado, en su integridad, el recurso de casación formulado por la representación procesal de Marina y, en consecuencia, por las que es procedente su absolución de los delitos de falsedad documental y estafa por los que ha sido condenada en la sentencia recurrida, a los que nos remitimos.

**SEGUNDO.-** Por su parte, en el sexto fundamento se explican las razones por las cuales es procedente eliminar la responsabilidad personal subsidiaria que, para caso de impago de multa, había impuesto la sentencia recurrida a Romulo, al que nos remitimos.

### **FALLO**

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

**ABSOLVER** a Marina de los delitos continuados de estafa en concurso medial con falsedad en documento oficial, por los que fue condenada en la sentencia recurrida, con declaración de oficio de las costas de la instancia, correspondientes a la misma.

**Y MANTENIENDO** la condena para Romulo por los delitos continuados de estafa en concurso medial con el de falsedad en documento oficial, sin embargo, **dejar sin efecto y eliminar** la responsabilidad personal subsidiaria para el caso de impago de la multa que ha sido impuesta.

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.