



Roj: **STS 1449/2022 - ECLI:ES:TS:2022:1449**

Id Cendoj: **28079120012022100354**

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

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **07/04/2022**

Nº de Recurso: **3329/2020**

Nº de Resolución: **360/2022**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **JUAN RAMON BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 360/2022

Fecha de sentencia: 07/04/2022

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 3329/2020

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 23/03/2022

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Procedencia: T.S.J.ANDALUCIA SALA CIV/PE

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

Transcrito por: MMD

Nota: ATENCION: NO SE PUEDE ENTREGAR COPIA DE LA PRESENTE SENTENCIA SIN SU PREVIA OCULTACION DE AQUELLOS DATOS QUE PERMITAN SU IDENTIFICACION (NOMBRE, APELLIDOS, FECHA DE NACIMIENTO, NUMERO DE RECURSO DEL T.S., NUMERO DE RECURSOS DE ORIGEN)

RECURSO CASACION núm.: 3329/2020

Ponente: Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Josefa Lobón del Río

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 360/2022

Excmos. Sres. y Excmas. Sras.

D. Manuel Marchena Gómez, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D.^a Ana María Ferrer García

D.^a Susana Polo García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

En Madrid, a 7 de abril de 2022.



Esta Sala ha visto el recurso de casación nº 3329/2020, interpuesto por Rita , representada por el procurador D. Juan García Torres, bajo la dirección letrada de D. Karim El Marbouhe El Faqyr; Sandra , representada por el procurador D. Juan García Torres, bajo la dirección letrada de D^a. María Nieves Monteserín Arias; y **Fructuoso** , representado por la procuradora D^a. Rosa María Godoy Bernal, bajo la dirección letrada de D^a. Mónica Moya Sánchez, contra la sentencia nº 59/2020, de fecha 4 de marzo de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación nº 206/2019. Ha intervenido el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción nº 1 de Almería instruyó Procedimiento Abreviado nº 30/2018, contra Rita , Sandra , Fructuoso , y María Antonieta , por delitos contra los **derechos** de los **trabajadores**, de corrupción de menores, de exhibicionismo, de prostitución de menores y de abusos sexuales y, una vez concluso, lo remitió a la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, que en el Rollo de Procedimiento Abreviado nº 64/2018, dictó sentencia nº 197/2019, de fecha 10 de mayo de 2019, que contiene los siguientes **hechos probados**:

<<ÚNICO.- En el mes de junio de 2016 la acusada Rita , también conocida como " Adoracion ", regentaba el establecimiento " DIRECCION001 ", sito en la CALLE000 nº NUM000 de Almería. La acusada Sandra ejercía de encargada, asumiendo sus funciones cuando aquélla no estaba.

A principios de ese mes, Rita contrató a Carmela (cuya filiación completa obra en autos, siendo conocida por las partes), nacida el NUM001 de 2000, a sabiendas de que tenía dieciséis años y carecía de permiso de residencia en España, para trabajar como camarera, sin documentar el contrato ni darla de alta en el régimen correspondiente de la Seguridad Social, con el anuncio de que le facilitaría la obtención de la residencia legal, siendo su verdadero propósito lucrarse mediante la prostitución de la menor.

La menor empezó a trabajar como camarera el primer día pero al siguiente Rita le dijo que también tendría que realizar bailes eróticos en el escenario existente en el local y ante los clientes, anunciándole que la echaría si no lo hacía, ante lo cual la menor accedió para no perder el trabajo. Rita asignó a la menor el nombre figurado de " Gloria ", con el que se le conocía entre los empleados y clientes.

En el local existía una pequeña habitación que era utilizada a modo de reservado, donde se introducían las mujeres que allí trabajaban con los clientes que así lo solicitaban para realizar actos de naturaleza sexual a cambio del precio fijado por la acusada Rita (30 euros por 15 minutos, 60 euros por media hora y 110 euros por una hora, siendo la mitad para el local y la otra mitad para la mujer en cuestión). Esta circunstancia era conocida por el también acusado Fructuoso , cliente del local y abogado de Rita , quien, tras ver allí a la menor trabajando y siendo conocedor de su edad, le pidió varias veces en esas fechas que tuviera relaciones sexuales con él, trasladándole su deseo a Rita , que a su vez se lo hizo saber a Sandra y a la también acusada María Antonieta , trabajadora del establecimiento.

La noche del 4 al 5 de junio Fructuoso se introdujo en el reservado con María Antonieta , quien a su vez convenció a la menor para que entrara con ellos de forma que así también cobraría una parte del servicio, manteniendo acto seguido los referidos acusados relaciones sexuales en presencia de la menor. Minutos después Fructuoso volvió a pasar al reservado con la menor, esta vez a solas, y, después de enseñarle un fajo de billetes, con la intención de satisfacer su ánimo lúbrico le pidió que le hiciera una felación, a lo que la menor accedió. El acusado pagó 60 euros por cada uno de esos dos actos a Sandra , que dejó constancia en una libreta en la que se consignaban los servicios sexuales prestados.

El 5 de junio por la mañana Fructuoso y la menor mantuvieron una conversación por " DIRECCION000 " en la que ella le propuso "acabar lo de anoche", añadiendo que estaría en DIRECCION001 cuando él quisiera pero que ese día en concreto no trabajaba y sugiriendo verse al día siguiente. El acusado propuso que se vieran en otro sitio, ofreciéndose a recogerla.

El 7 de junio la menor mandó un nuevo mensaje a Fructuoso diciéndole "si vas a estar conmigo el jueves también te pondré precio no creas que por vernos fuera no", a lo que el acusado respondió "Ok", "y hoy no puede ser?".

El 9 de junio volvieron a contactar por la mañana. El acusado propuso que se vieran ese mismo día y se ofreció a recogerla, a lo que la menor accedió. El acusado la recogió y se desplazaron al despacho profesional del primero, donde mantuvieron relaciones sexuales que la menor consintió bajo la promesa de que Fructuoso la ayudaría en los trámites de obtención de los permisos de residencia suyo y de su madre.



La menor estuvo trabajando en el local DIRECCION001 aproximadamente hasta mediados del mes de junio, cuando se produjeron varias intervenciones policiales que culminaron en la incoación de las presentes diligencias. >>

SEGUNDO.- La Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a la acusada Rita :

Como autora de un delito ya definido contra los **derechos** de los **trabajadores** a la pena de 4 meses de prisión e inhabilitación para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Como autora de un delito ya definido de prostitución de menores a las penas de 3 años de prisión, con inhabilitación para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 15 meses con una cuota a razón de 9 euros diarios, así como a la medida de libertad vigilada por período de 5 años.

Asimismo, la condenamos a que indemnice a la perjudicada en la suma de 4.500 euros y al pago de 3/14 de las costas procesales.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a la acusada Sandra como autora de un delito ya definido de prostitución de menores a las penas de 2 años y 6 meses de prisión, con inhabilitación para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y multa de 13 meses con una cuota a razón de 6 euros diarios, así como a la medida de libertad vigilada por período de 5 años, con imposición de 1/14 de las costas procesales.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS al acusado Fructuoso :

Como autor de un delito ya definido de exhibicionismo a la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena.

Como autor de un delito ya definido de prostitución de menores a las penas de 2 años de prisión, inhabilitación para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, y prohibición de acercarse a menos de 300 metros y comunicarse por cualquier medio con la perjudicada por periodo de 5 años, más la medida de libertad vigilada por periodo de 5 años.

Asimismo, lo condenamos a que indemnice a la perjudicada en la suma de 3.000 euros y al pago de 3/14 de las costas procesales.

Que debemos CONDENAR Y CONDENAMOS a la acusada María Antonieta como autora de un delito ya definido de exhibicionismo a la pena de 6 meses de prisión e inhabilitación especial para el **derecho** de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, con imposición de 1/14 de las costas procesales.

Que debemos ABSOLVER Y ABSOLVEMOS a Rita del delito de corrupción de menores y a Fructuoso de los dos delitos de abusos sexuales por los que venían siendo acusados, declarando de oficio 6/14 de las costas procesales. >>

TERCERO.- Notificada la mencionada sentencia a las partes, se interpuso contra la misma recurso de apelación por las representaciones procesales de Rita , Sandra , y Fructuoso , remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, que en el Rollo de Apelación nº 206/2019, dictó sentencia nº 59/2020, de fecha 4 de marzo de 2020, con los siguientes hechos probados: <<Se aceptan los que como tales se declaran probados en la sentencia de instancia, que figuran transcritos en el segundo antecedente de esta resolución; dándolos aquí por reproducidos. >>; y dictó el siguiente pronunciamiento:

<<Que desestimando los recursos de apelación interpuestos por el procurador Sr. García Torres, en nombre de las acusadas Rita y Sandra , y por la procuradora Sra. Godoy Bernal, en nombre del acusado Fructuoso , todos contra la sentencia dictada el 10 de mayo de 2019 por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería en el procedimiento abreviado n.º 64 de 2018, debemos confirmar y confirmamos íntegramente dicha resolución, declarando de oficio las costas de esta segunda instancia. >>

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación, por infracción de ley, de precepto constitucional, y quebrantamiento de forma, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo, las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- Las representaciones de los recurrentes, basan sus recursos en los siguientes motivos:

Motivos aducidos en nombre de la recurrente Rita :



Primero.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el artículo 188.1 CP.

Segundo.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el artículo 66.1.6ª CP.

Tercero.- Al amparo del artículo 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

Cuarto.- Al amparo del artículo 850.1 LECrim, por haberse denegado diligencias de prueba, propuestas en tiempo y forma, que se consideran pertinentes.

Quinto.- Al amparo del artículo 852 LECrim, por vulneración de **derecho** fundamental, alegando infracción del **derecho** a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE).

Sexto.- Al amparo del artículo 852 LECrim, por vulneración de **derecho** fundamental, alegando infracción del **derecho** a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE).

Motivos aducidos en nombre de la recurrente Sandra :

Primero.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el artículo 188.1 CP.

Segundo.- Al amparo del artículo 849.2 LECrim, por error en la apreciación de la prueba basado en documentos obrantes en autos.

Tercero.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el artículo 14.1 y 2 CP.

Cuarto.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el artículo 66.1.6ª CP.

Quinto.- Al amparo del artículo 850.1 LECrim, por haberse denegado diligencias de prueba, propuestas en tiempo y forma, que se consideran pertinentes.

Sexto.- Al amparo del artículo 851.1 LECrim, por resultar manifiesta contradicción entre los hechos probados.

Séptimo.- Al amparo del artículo 852 LECrim, por vulneración de **derecho** fundamental, alegando infracción del **derecho** a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE).

Motivos aducidos en nombre del recurrente Fructuoso :

Primero.- Al amparo del artículo 5.4 LOPJ, por vulneración de **derecho** fundamental, alegando infracción del **derecho** a la presunción de inocencia (artículo 24.2 CE).

Segundo.- Al amparo del artículo 849.1 LECrim por infracción de ley, al haberse aplicado indebidamente el artículo 185 CP.

SEXTO.- Instruido el Ministerio Fiscal del recurso interpuesto, la Sala lo admitió, quedando conclusos los autos para el señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

SÉPTIMO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró deliberación y votación el día 23 de marzo de 2022.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

RECURSOS Rita , Sandra Y Fructuoso

PRELIMINAR.- Contra la sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, de 4-3-2020, que desestimó el recurso de apelación promovido por las representaciones de Rita , Sandra y Fructuoso , contra la sentencia nº 197/19, de 10-5-2019, de la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Almería, que condenó a Rita como autora de un delito contra los **derechos** de los **trabajadores** y de un delito de prostitución de menores; a Sandra como autora de un delito de prostitución de menores; y a Fructuoso como autor de un delito de exhibicionismo y otro de prostitución de menores, se interpone por los tres, recursos de casación; Rita , por infracción de ley, art. 849.1, aplicación indebida art. 188.1 CP; infracción de ley art. 849.1, aplicación indebida art. 66.1.6º; error en la apreciación de la prueba, art. 849.2; quebrantamiento de forma, art. 850.1 LECrim; art. 852, vulneración **derecho** fundamental, presunción de inocencia, art. 24.2 CE; art. 852, infracción del **derecho** a la inviolabilidad del domicilio (art. 18.2 CE); Sandra , por infracción de ley, art. 849.1, aplicación indebida art. 188.1 CP; por error apreciación prueba,



art. 849.2; por infracción de ley, art. 849.1, aplicación indebida art. 14.1 y 2 CP; infracción de ley art. 849.1, aplicación indebida art. 66.1.6º CP; quebrantamiento de forma art. 850.1 LECrim; quebrantamiento de forma art. 851.1 contradicción hechos probados; al amparo del art. 852 LECrim, infracción **derecho** presunción de inocencia; y Fructuoso, al amparo art. 5.4 LOPJ, vulneración presunción de inocencia, art. 24.2 CE; infracción de ley art. 849.1 aplicación indebida art. 185 CP.

Es necesario, por ello, efectuar unas consideraciones previas sobre la reforma operada por Ley 41/2015, de 5-10, que introdujo el previo recurso de apelación contra las sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales en primera instancia y del que conocen las Salas de lo civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia.

En este sentido, hemos dicho en recientes sentencias 552/2021, de 23-6; 580/2021, de 1-7; 642/2021, de 15-7; 805/2021, de 20-10; 228/2022, de 10-3, que si la falta de desarrollo de la segunda instancia había implicado un ensanchamiento de los límites impugnatorios del recurso de casación para hacer realidad en nuestro sistema el **derecho** a la doble instancia, art. 14.5 Pacto Internacional **Derechos** Civiles y Políticos, es evidente que cuando el objeto del recurso no está ya constituido por una sentencia dictada en primera o única instancia, sino por una sentencia de segundo grado que ya ha fiscalizado la apreciación probatoria hecha en la instancia, los límites valorativos no pueden ser los mismos. En este sentido en la fijación de pautas que faciliten la necesaria redefinición cobran especial valor las sentencias dictadas por esta Sala Segunda para resolver los recursos de casación formalizados contra sentencias dictadas en apelación por las Salas de lo Civil y Penal de los Tribunales Superiores de Justicia en el procedimiento ante el Tribunal del Jurado.

De esta jurisprudencia, SSTs 856/2014, de 26 de diciembre; 40/2015, de 12 de febrero; 497/2016, de 9 de junio; 240/2017, de 5 de abril; 450/2017, de 21 de junio; 225/2018, de 16 de mayo; 293/2018, de 18 de junio; 696/2018, de 26 de diciembre, se desprende una doble reflexión:

La primera que la casación en sus orígenes históricos no era sino un control de legalidad, referido a la interpretación y aplicación de la ley por los Tribunales, a efectuar por el Tribunal de Casación que en funciones de verdadera "policía jurídica" depuraba y eliminaba aquellas resoluciones judiciales que se apartaban de la interpretación correcta fijada, precisamente, por la Sala de Casación, que de este modo se convertía en garante y custodio del principio de seguridad jurídica, esencial en todo sistema jurídico y al que se refiere el art. 9 apartado 3 de la Constitución en términos de existencia y de efectividad "...la Constitución garantiza... la seguridad jurídica..." de ahí su naturaleza de recurso extraordinario. Con ello se garantizaba, igualmente el principio de igualdad ante la Ley, pues quedaba garantizada una idéntica interpretación y aplicación de la misma en todos los procesos.

Es precisamente en referencia a los juicios del Tribunal del Jurado que esa nota brilla con luz propia en la medida que la casación descansa sobre el recurso de apelación, al contrario de lo que ocurría en los delitos competencia de las Audiencias articuladas sobre la instancia única y la casación antes de la reforma operada por Ley 41/2015, de 5 de octubre, bien que esta cumplía con la exigencia de una segunda instancia tal como exige el art. 14-5º del Pacto Internacional de **Derechos** Civiles y Políticos de 1966 ratificado por España el 16 de junio de 1977 en la medida que, como afirman las SSTC 42/82, 76/86, 110/85 y 140/85, se permite a través de la Casación que el fallo condenatorio y la pena puedan ser revisados por un Tribunal Superior, y en idéntico sentido Sentencia de esta Sala 325/98 o la más reciente 90/2007, así como las referencias jurisprudenciales en ellas citadas. Más recientemente las SSTC 105/03 de 2 de junio y 116/2006 de 24 de abril, volvieron a reiterar la suficiencia del recurso de casación español desde las exigencias del art. 14-5 de PID Civiles y Políticos.

En acatamiento estricto al principio de doble instancia reconocido en el Pacto Internacional citado, y también en el Protocolo VII al Convenio Europeo para la protección de los **Derechos** Humanos y de las Libertades Fundamentales de 22 de Noviembre de 1984, se articula en la Ley del Jurado un recurso de apelación que en palabras de la Exposición de Motivos "...aspira a colmar el **derecho** al doble examen o doble instancia en tanto su régimen cumple suficientemente con la exigencia de que tanto el fallo condenatorio como la pena impuesta sean sometidas a un Tribunal Superior...", y en la actualidad, como ya hemos referido, en las sentencias dictadas en primera instancia por las Audiencias Provinciales, lo que permite resituar la casación en su propia función de control de la interpretación y aplicación de la Ley -principio de legalidad y seguridad jurídica.

De lo expuesto, se deriva con claridad que la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad correspondiente, y por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación, o dicho de otro modo, el marco de la disidencia en el recurso de casación, queda limitado por lo que fue objeto del recurso de apelación, y por tanto, lo que quedó fuera del ámbito de la apelación, no puede ser objeto del recurso de casación, en la medida que ello supondría obviar la existencia del previo control efectuado en la apelación, por tanto el control



casacional se construye, precisamente, sobre lo que fue objeto del recurso de apelación. En tal sentido STS 255/2007 ó 717/2009 de 17 de mayo; 1249/2009 de 9 de diciembre; 882/2016, de 23-11; 236/2017, de 5-4).

Como segunda reflexión, enlazada con la anterior hay que reconocer, y así se ha dicho en varias sentencias de esta Sala –SSTS 439/2000, 678/2008, 867/2004 ó 1215/2003, que en este control casacional cabe la revisión de los juicios de inferencia que haya alcanzado el Jurado, pero solo a través del análisis que de esta cuestión haya efectuado y valorado el Tribunal de apelación en el caso de que esta cuestión haya dado lugar a un motivo sustentador del previo recurso de apelación, de suerte que, en definitiva el ámbito del control casacional en esta cuestión se debe efectuar sobre la ponderación y argumentación que sobre esta cuestión haya llegado el Tribunal de apelación en respuesta a las alegaciones del apelante para coincidir o no con tales argumentaciones y con la conclusión a que se llega. Esto es, se debe insistir en que el recurso de casación lo es contra la sentencia dictada en apelación, es decir la sentencia dictada por el Tribunal Superior de Justicia de fecha 7 de mayo de 2019, por lo que nuestro control debe reducirse a las argumentaciones de la sentencia de apelación para rechazar la apelación que se reproduce en esta sede casacional. Estamos en consecuencia, ante un control de legalidad, es decir de la corrección de la apreciación del **derecho** que efectuó el tribunal de apelación, ya que esta casación descansa sobre la previa sentencia de apelación.

En esta dirección la STS 476/2017, de 26-6, recuerda que la reforma de la ley de enjuiciamiento criminal operada por la Ley 41/2015, publicada en el BOE de 6 de octubre de 2015, modificó sustancialmente el régimen impugnatorio de las sentencias de la jurisdicción penal, ya se trate de sentencias dictadas en primera instancia por los Juzgados de lo Penal, ya por las Audiencias provinciales. En ambos supuestos se generaliza la segunda instancia, respectivamente ante la Audiencia provincial o ante la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia, y se prevé un régimen de casación con un contenido distinto, según los supuestos. Estas profundas modificaciones legales satisfacen una antigua exigencia del orden penal de la jurisdicción, la doble instancia. Ahora, una vez superada la necesidad de atender la revisión de las sentencias condenatorias exigidas por los Tratados Internacionales, la casación ha de ir dirigida a satisfacer las exigencias necesarias de seguridad jurídica y del principio de igualdad de los ciudadanos ante la ley, a través de la función nomofiláctica, esto es, fijar la interpretación de la ley para asegurar la observancia de ambos principios, propiciando que la ley se aplique por igual a todos los ciudadanos y que la aplicación de la norma penal sea previsible.

La casación que surge de esta nueva concepción ha de tener un contenido distinto al hasta ahora dispensado por el Tribunal Supremo, más respetuosa con sus orígenes, ser un remedio democrático para asegurar la sujeción de los jueces al principio de legalidad, y asegurar, al tiempo, la unidad en la interpretación del **derecho**, en cada supuesto concreto sometido a la jurisdicción penal y, de manera general, declarar el sentido de la norma. La ley como mandato general requiere ser interpretada no sólo para conocer su inteligencia y alcance, también en su aplicación al caso concreto sometido a la jurisdicción. Se hace preciso, para asegurar la igualdad y la seguridad jurídica, una unificación de la interpretación de la ley a desarrollar por el Tribunal Supremo, Sala II, que es el órgano jurisdiccional superior del orden penal, salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales (art. 123 CE).

Además, la reforma propiciada por la Ley 41/2015 extiende, el recurso de casación a todos los procedimientos seguidos por delitos, con la única excepción de los delitos leves, con independencia de su gravedad y del órgano al que compete la revisión a través de la apelación. La ley ha instaurado una previa apelación lo que supone que la casación ya no tendrá como función necesaria la de satisfacer la revisión de las sentencias condenatorias que como **derecho** prevén el Pacto Internacional de **Derechos** Civiles y Políticos y el Convenio Europeo de **Derechos** Humanos. Por otra parte, para hacer viable el nuevo sistema y equilibrar el modelo, la Exposición de Motivos de la reforma enumera las medidas previstas: a) la generalización de la casación por el número 1 del art. 849 de la ley procesal, infracción de ley por error de **derecho**, reservando el resto de los motivos de casación a los delitos más graves; b) se excluyen del régimen de la casación las sentencias que no sean definitivas, esto es, se excluyen las que hayan sido anuladas en la apelación, para evitar un retraso en la resolución definitiva; y c) se dispone la posibilidad de que los recursos interpuestos contra sentencias en apelación dictadas por la Audiencia provincial o la Sala de lo penal de la Audiencia Nacional puedan inadmitirse a través de una providencia "sucintamente motivada" que se acordará por unanimidad de los magistrados cuando el recurso "carezca de interés casacional".

De lo anterior resulta que la reforma operada debe suponer, de un lado, una modulación, en sentido restrictivo, del ámbito de control sobre el hecho, correlativa a una ampliación de la casación en el ámbito de la aplicación e interpretación del **derecho**, pues el hecho, salvo excepciones por aforamiento, ha sido objeto de conformación por el órgano de enjuiciamiento, que ha percibido con inmediatez la prueba, y ha sido revisado por el órgano encargado de la apelación, satisfaciendo las necesidades de revisión proclamadas en el ordenamiento. La revisión casacional debe atender a asegurar la correcta inteligencia de la ley para todos los ciudadanos, en



cada caso concreto, al tiempo que extiende la doctrina resultante para otros supuestos en los que la norma sea de aplicación.

Como hemos dicho en la Sentencia de Pleno 210/2017, de 26 de marzo, que conoció de la primera impugnación casacional contra sentencias dictadas por la Audiencia provincial en apelación respecto a la dictada por el Juzgado de lo Penal, "estamos ante una modalidad del recurso que enlaza más con el art. 9,3 de la Constitución (seguridad jurídica) que con el art. 24.1 (tutela judicial efectiva)", porque esta casación no está reclamada por el **derecho** a la tutela judicial efectiva, aunque también la sirva, en la medida en que el enjuiciamiento y su revisión, ya están cumplidos con las dos instancias, y sí reclamada por la seguridad jurídica, para enmendar o refrendar la corrección de la subsunción jurídica, con el horizonte de homogeneizar la interpretación de la ley penal, buscando la generalización. "Es un recurso de los arts. 9.3 y 14 CE, más que de su art. 24".

En la fijación del contenido de la nueva modalidad de la casación disponemos de la experiencia adquirida por el conocimiento del recurso de casación contra sentencias dictadas en los procesos seguidos ante el Tribunal de Jurado respecto al que la ley reguladora prevé que el pronunciamiento del Tribunal del Jurado sea revisado a través de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia y, en su caso, casación ante esta Sala.

En el sentido indicado son muchas las Sentencias que refieren la nueva posición de la Sala de casación. De esa jurisprudencia extraemos los siguientes postulados: "la sentencia objeto del recurso de casación es, precisamente, la dictada en apelación por el tribunal Superior de Justicia y, por ello, no pueden ser objeto de denuncia cuestiones ajenas a lo debatido en el recurso de apelación", y debe "realizar un control de legalidad referido a la interpretación y aplicación de la ley por los tribunales encargados de la apelación" (STS 236/2017, de 5 de abril, 882/2016, de 23 de noviembre). Ahora bien, nos recuerda la STS 308/2017, de 28 de abril, tras reiterar los anteriores asertos, "que tampoco puede extremarse ese dogma tantas veces enfatizado extrayendo de él derivaciones no asumibles. En la medida en que la sentencia de apelación refrenda errores de la sentencia de instancia también el recurso de casación viene a fiscalizar ésta, aunque sea con el filtro de un pronunciamiento de apelación. No cabrá invocar motivos distintos a los previstos para la casación (arts. 849 a 852 LECrim). Pero si es viable reproducir la queja que ya fue rechazada en apelación en la medida en que su convalidación por el Tribunal Superior perpetúa el defecto".

El alcance de la impugnación casacional por error de **derecho** es claro, fijar el sentido de la norma. La infracción de ley por error de hecho tiene un contenido residual que se enmarca en la excepcionalidad que se contempla en el Acuerdo del Pleno no jurisdiccional de 22 de julio de 2008. Los motivos que dan lugar a la nulidad del juicio o de la sentencia deben ser analizados desde la perspectiva de la argumentación vertida en la resolución de la apelación, denegatoria de la nulidad instada, pues de acordarse la nulidad, la causa no accedería a la casación (art. 792 LECrim.). En cuanto al contenido del control cuando se alega la vulneración del **derecho** fundamental a la presunción de inocencia, hemos de tener en cuenta, principalmente, que ha mediado un recurso de apelación por el que ya se ha dado cumplimiento a las exigencias de revisión del fallo condenatorio contenidas en los Tratados Internacionales. En estos supuestos la función de la Sala II se concreta "en verificar si la respuesta que ha dado el Tribunal de apelación ha sido racional y ha respetado la doctrina del Tribunal Constitucional y de esta Sala Segunda sobre el alcance de la revisión, sobre la motivación y sobre la validez de las pruebas. En definitiva, se concreta en cuatro puntos: a) en primer lugar, si el Tribunal Superior de Justicia, al examinar la sentencia del Tribunal del Jurado, se ha mantenido dentro de los límites de revisión que le corresponden; b) en segundo lugar, si ha aplicado correctamente la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre la necesidad de motivar la valoración de la prueba, tanto al resolver sobre la queja de falta de motivación, en su caso, como al fundamentar sus propias decisiones; c) en tercer lugar, si ha respetado la doctrina de esta Sala y del Tribunal Constitucional acerca de las garantías y reglas relativas a la obtención y práctica de las pruebas, con objeto de determinar su validez como elementos de cargo; d) en cuarto lugar, si el Tribunal de la apelación ha resuelto las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba de forma racional, es decir, con sujeción a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia y a los conocimientos científicos" (STS 163/2017, de 14 de marzo).

En consecuencia y de conformidad con las anteriores premisas, la Sentencia contra la que se plantea el recurso de casación es la resolutoria del recurso de apelación. Frente a la misma el recurrente deberá plantear su disidencia, sin que -como principio general y, sobre todo, en relación con el ámbito fáctico- pueda consistir en la reiteración simple del contenido de la impugnación desarrollada en la apelación ni en el planteamiento de cuestiones no debatidas en la apelación, pues las mismas ya han tenido respuesta desestimatoria o son cuestiones que han sido consentidas por la parte. En particular, respecto al ámbito del control casacional cuando se invoca la lesión al **derecho** fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación en este ámbito se contrae al examen de la racionalidad de la resolución realizada a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Respecto al error de **Derecho**, función primordial de la nueva casación, deberá actuarse



conforme a la consolidada jurisprudencia de esta Sala en torno a los dos apartados del art. 885 de la ley procesal penal. Los quebrantamientos de forma, una vez que han sido planteados en la apelación y resueltos en forma negativa, pues de lo contrario la nulidad declarada no tiene acceso a la casación, la queja se contrae a la racionalidad y acierto de la resolución recurrida al resolver la cuestión planteada.

Estos elementos son el fundamento sobre los que debe operar la admisión del recurso de casación y cuya inobservancia puede conllevar la inadmisión del mismo, conforme a los artículos 884 y 885 LECRIM. Por otra parte, como dijimos en la STS 308/2017 es ajena a la función jurisdiccional una interpretación rígida de las causas de inadmisión, pero sería conveniente y deseable (a la vista de los actuales contornos de la casación derivados de la regulación de la Ley 41/2015) que la parte planteara adecuadamente las razones que sustentan la relevancia casacional de su recurso, bien en cuanto a los aspectos que sostienen su fundamento esencial o bien en relación con los aspectos novedosos que plantea su recurso (números 1 y 2 del artículo 885 LECRIM, sensu contrario). Ello permitiría a esta Sala advertir y apreciar cuáles son las razones que prima facie podrían dar lugar a un pronunciamiento que se apartara de las conclusiones obtenidas en las dos instancias previas a la casación.

- Partiendo de estos presupuestos, analizaremos los recursos interpuestos, empezando por el articulado por **Rita**.

Por razones metodológicas, sistemáticas y de técnica casacional comenzaremos por los motivos fundados en vulneración de **derechos** fundamentales, seguiremos por los quebrantamientos de forma y error en la apreciación de la prueba, para finalizar con los de infracción de ley del art. 849.1.

PRIMERO.- El motivo quinto por vulneración del **derecho** constitucional a la presunción de inocencia al amparo del art. 852 LECrim.

Considera que no se ha practicado prueba alguna que pueda desvirtuar la presunción de inocencia de la recurrente.

El motivo transcribe la sentencia dictada en la instancia por la Audiencia Provincial para sostener el pronunciamiento condenatorio y expone las distintas declaraciones de la víctima en UCRIF, en fecha 17-6-2016; en la Fiscalía de Menores, en fecha 29-6-2016; como prueba anticipada en sede judicial el 21-9-2016; en el Plenario, abril 2019; y la testifical del agente NUM002, para concluir con la exposición de la doctrina jurisprudencial de esta Sala y del Tribunal Constitucional sobre el alcance en casación de la vulneración de la presunción de inocencia.

1.1.- El motivo se desestima.

En el desarrollo del motivo no hay referencia alguna a los razonamientos de la sentencia recurrida, esto es, la del Tribunal Superior de Justicia, que desestimó referida vulneración de la presunción de inocencia denunciada en la apelación, y destacó como: "Ciertamente la única prueba directa de cargo es el testimonio de la sedicente víctima, y en él son de advertir las variaciones o contradicciones de detalle entre sus distintas manifestaciones que destacan los recursos; pero el tribunal de instancia encuentra explicación para esas modificaciones en la edad y difíciles circunstancias en que se encontraba la testigo, apreciación que es perfectamente razonable, y considera que el núcleo de la versión inculpatoria es coherente y persistente, apreciación que el órgano de apelación comparte.

... vienen muy al caso las palabras de la sentencia del Tribunal Supremo 774/2013, de 21 de octubre, cuando en su fundamento segundo señala que:

"La experiencia indica que algunos extremos del hecho imputado sólo afloran cuando la víctima es interrogada acerca de ello. La defensa parece exigir a la víctima una rigidez en su testimonio que, de haber existido, sí que podría ser interpretada como una preocupante muestra de fidelidad a una versión elaborada anticipadamente y que se repite de forma mecánica, una y otra vez, con el fin de transmitir al órgano jurisdiccional una sensación de persistencia en la incriminación [...] Y hemos precisado en numerosas ocasiones que la persistencia no exige una repetición mimética, idéntica o literal de lo mismo sino la ausencia de contradicciones en lo sustancial y en lo relevante. No son faltas de persistencia el cambio del orden en las afirmaciones, ni las sucesivas ampliaciones de éstas cuando no se afecta la coherencia y la significación sustancial de lo narrado; ni la modificación del vocabulario o de la sintaxis, es decir de las formas expresivas, cuando con unas u otras se dice lo mismo; ni los cambios en lo anecdótico o en lo secundario cuando solo implican falta de certeza en lo accesorio, pero no en lo principal que es lo que por su impacto psicológico permanece en la mente de la víctima, salvo en los casos en que los cambios narrativos de lo secundario evidencien tendencia a la fabulación imaginativa, valorable en el ámbito de la credibilidad subjetiva." ...



Ocurre, además, que la declaración inculpatoria de la denunciante cuenta, y así lo pone de relieve el Ministerio Fiscal al impugnar los distintos recursos, con importantes corroboraciones periféricas, como son los mensajes telefónicos de texto y de audio cruzados entre las acusadas y las significativas anotaciones en las libretas de control del local: en una de consumiciones pagadas por " Fructuoso " (el nombre de pila del acusado) y servidas por " Gloria " -que la sentencia razona de modo convincente que solo podía ser la menor Carmela , y no la pareja de la acusada Sra. Rita -, y en la otra de servicios innominados prestados por " Gloria " y María Antonieta , con la significativa simultaneidad de ambas en la misma franja horaria y la posterior anotación solo a nombre de " Gloria ", en perfecta coincidencia con el relato de la menor. ...

Tampoco puede hallarse en las declaraciones de la menor prostituida una motivación espuria que ponga en entredicho su credibilidad subjetiva. Carmela no tenía ningún motivo de vindicta, expectativa de ventaja o animadversión personal para involucrar falsamente en su relato inculpativo a la Sra. Sandra ni al Sr. Fructuoso , no digamos ya a la acusada aquietada con su condena; y el objetivo más plausible que cabría aventurar para su testimonio (el de obtener protección como víctima y legalizar así su situación irregular) es desmentido por el agente policial que precisamente debería tramitar el expediente, que señala que la menor no había presentado ninguna solicitud ni se mostraba interesada por ello."

1.2.- En definitiva, ha existido prueba de cargo utilizada en la sentencia para condenar -prueba existente-, tal prueba fue traída al proceso con observancia de las normas legales y constitucionales y fue practicada en el plenario con las garantías propia de éste acto solemne -prueba lícita-, y ha de considerarse bastante para justificar en el aspecto fáctico la condena aquí recurrida sobre la forma en que ocurrieron los hechos probados -prueba racionalmente fundada-.

Consecuentemente el motivo debe ser desestimado y no cabe sino ratificar conclusiones alcanzadas por el tribunal de instancia, que se basó en pruebas periciales y personales válidamente obtenidas y practicadas, ajustándose el juicio de inferencia realizado a tal fin por el tribunal de instancia a las reglas de la lógica y a los principios de la experiencia y a los parámetros de racionalidad y ponderación exigibles, quedando extramuros de la competencia de la Sala censurar el criterio de dicho Tribunal sustituyéndole mediante una valoración alternativa y subjetiva del recurrente del significado de los elementos de pruebas personales disponibles, por lo que no se ha vulnerado el **derecho** de presunción de inocencia del hoy recurrente, quien en su argumentación critica la fuerza de convicción de las pruebas con apoyo en sus propias manifestaciones exculpativas y en su subjetiva interpretación de las distintas testificales, olvidando que el problema no es que no haya más pruebas de cargo, o incluso que existan pruebas de descargo que la Sala no haya creído, sino determinar si las pruebas de cargo en las que se ha apoyado la Sala de instancia para condenar son suficientes y han sido racional y lógicamente valoradas.

Y en este caso no puede considerarse que la valoración de la Sala haya sido manifiestamente errónea. Por el contrario ha contado con suficiente prueba de carácter inculpativo con aptitud para enervar la presunción de inocencia. Convicción de la Sala lógica y racional y conforme a las máximas de experiencia común, y que conlleva la desestimación del motivo, por cuanto -como recuerda la STS. 849/2013 de 12.11- "el hecho de que la Sala de instancia dé valor preferente a aquellas pruebas inculpativas frente a la versión que pretende sostener el recurrente, no implica, en modo alguno, vulneración del **derecho** a la presunción de inocencia, antes al contrario, es fiel expresión del significado de la valoración probatoria que integra el ejercicio de la función jurisdiccional, y se olvida que el respeto al **derecho** constitucional que se dice violado no se mide, desde luego, por el grado de aceptación por el órgano decisorio de las manifestaciones de descargo del recurrente" (STS 323/2017 de 4 de mayo; 920/2021, de 24-11).

SEGUNDO.- El motivo sexto por vulneración del **derecho** a la inviolabilidad del domicilio constitucionalmente amparado, en relación con el art. 852 LECrim.

El motivo insiste en varias cuestiones ya expuestas en la instancia y en la apelación afectantes al **derecho** a la inviolabilidad domiciliaria, por la forma en que se realizó la entrada y registro en el local " DIRECCION001 ", como son la ausencia del Secretario Judicial al comienzo de las actuaciones judiciales, en concreto desde las 19:40 horas en que la policía se dirigió al local y las 21:28 horas, hora en que acudió el Secretario Judicial, e insiste en la falta de motivación del auto habilitante de 12-7-2016, al basarse en datos o hechos erróneos y contrarios a la realidad.

El motivo deviene improsperable.

2.1.- En primer lugar la sentencia recurrida -se insiste, la del Tribunal Superior de Justicia- descarta las alegadas irregularidades en la autorización y práctica de la diligencia, razonando que "en ningún caso podrían lesionar el **derecho** a la inviolabilidad domiciliaria que consagra el art. 18.3 CE por la buena y simple razón de que el local en cuestión era un establecimiento abierto al público que no constituía domicilio de ninguno de los acusados ni de persona alguna".



Razonamiento, en principio, acertado.

En efecto, la jurisprudencia (STS 609/2008, 10-10; 534/2009, de 1-6; 924/2009 de 7-10; 1183/2009 de 1-12; 58/2010 de 10-12; 111/2010 de 24/02), 30-3-2011, tiene declarado que la norma constitucional (art. 18.2) que proclama la inviolabilidad del domicilio y la interdicción de la entrada y registro domiciliario, constituye una manifestación de la norma precedente (art. 18.1) que garantiza el **derecho** fundamental a la intimidad personal y familiar (por todas STC 136/2000, de 26-5, FJ 3).

De esta construcción interrelacionada resulta-como decíamos en la STS. 609/2008 de 10.10-, que la protección de la inviolabilidad domiciliaria tiene carácter instrumental respecto a la protección de la intimidad personal y familiar (STC 22/1984, de 17 de febrero, F. 5), si bien dicha instrumentalidad no empece a la autonomía que la Constitución Española reconoce a ambos **derechos**, distanciándose así de la regulación unitaria de los mismos que contiene el art. 8.1 del Convenio Europeo de **Derechos** Humanos (STC 119/2001, de 24 de mayo, F. 6). Si el **derecho** a la intimidad personal y familiar (art. 18.1 CE), tiene por objeto la protección de un ámbito reservado de la vida de las personas excluido del conocimiento de terceros, sean éstos poderes públicos o particulares, en contra de su voluntad (SSTC. 144/99 de 22.7; 119/2001 de 24.5), el **derecho** a la inviolabilidad del domicilio protege un ámbito espacial determinado el "domicilio", por ser aquel en el que los individuos, libres de toda sujeción a los usos y convenciones sociales, ejercen su libertad más íntima, siendo objeto de protección de este **derecho** tanto el espacio físico en sí mismo considerado como lo que hay en él de emanación de la persona y de su esfera privada (SSTC. 22/84 de 17.2, 94/99 de 31.5, 119/2001 de 24.5).

La protección constitucional del domicilio en el art. 18.2 CE se concreta en dos reglas distintas. La primera se refiere a la protección de su "inviolabilidad" en cuanto garantía de que dicho ámbito espacial de privacidad de la persona elegido por ella misma resulte "exento de" o "inmune a" cualquier tipo de invasión o agresión exterior de otras personas o de la autoridad pública, incluidas las que puedan realizarse sin penetración física en el mismo, sino por medio de aparatos mecánicos, electrónicos u otros análogos. La segunda, en cuanto especificación de la primera, establece la interdicción de dos de las formas posibles de injerencia en el domicilio, esto es, su entrada y registro, disponiéndose que, fuera de los casos de flagrante delito, sólo son constitucionalmente legítimos la entrada o el registro efectuados con consentimiento de su titular o resolución judicial (STC 22/1984, de 17 de febrero, FJ. 3 y 5); de modo que la mención de las excepciones a dicha interdicción, admitidas por la Constitución, tiene carácter taxativo (STC 136/2000, de 29 de mayo). De lo expuesto se infiere que la noción de domicilio delimita el ámbito de protección del **derecho** reconocido en el art. 18.2 CE., tanto a los efectos de fijar el objeto de su "inviolabilidad" como para determinar si resulta constitucionalmente exigible una resolución judicial que autorice la entrada y registro cuando se carece del consentimiento de su titular y no se trate de un caso de flagrante delito (STC. 10/2002 de 17.7).

Del mismo modo la Declaración Universal de los **Derechos** Humanos proscribe en el art. 12 las injerencias arbitrarias en el domicilio de las personas, reconociendo el **derecho** de éstas a la protección de la Ley contra las mismas.

En similar forma se manifiesta el Pacto Internacional de **Derechos** civiles y Políticos en su art. 17 y el Convenio Europeo para la Protección de los **Derechos** Humanos y de las Libertades Fundamentales dispone en el art. 8.1, que toda persona tiene **derecho** al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia.

No podrá haber injerencia de la autoridad pública en el ejercicio de este **derecho** sino en tanto en cuanto esté prevista ésta injerencia por la ley y constituya una medida que, en una sociedad democrática, sea necesaria para la seguridad nacional, la seguridad pública, el bienestar económico del país, la defensa y el orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los **derechos** y las libertades de los demás. Se trata, por lo tanto, en cuanto está recogido con ese carácter en la CE. de un **derecho** fundamental que protege una de las esferas más íntimas del individuo, el ámbito donde desarrolla su vida privada sin estar sujeto necesariamente a los usos y convenciones sociales, a salvo de invasiones o agresiones procedentes de otras personas o de las autoridades públicas.

A pesar de esta consideración, este **derecho** fundamental individual puede ceder ante la presencia de intereses que se consideran prevalentes en una sociedad democrática.

Ahora bien, no todo espacio cerrado ni todo lugar que necesite el consentimiento del titular para que terceros puedan entrar en él lícitamente constituyen domicilio.

Según ha declarado el Tribunal Constitucional, resaltando el carácter de base material de la privacidad (STC. 22/84), el domicilio es un "espacio apto para desarrollar vida privada" (STC. 94/99 de 21.5), un aspecto que "entraña una estrecha vinculación con su ámbito de intimidad", "el reducto último de su intimidad personal y familiar (SSTC. 22/84, 60/91, 50/95, 69/99, 283/2000).



Esta Sala, por su parte, entre otras STS. 1108/99 de 6.9, ha afirmado que "el domicilio es el lugar cerrado, legítimamente ocupado, en el que transcurre la vida privada, individual o familiar, aunque la ocupación sea temporal o accidental", y en STS. 1448/2005 de 18.11, se entiende como "domicilio" "cualquier lugar cerrado en el que pueda transcurrir la vida privada, individual o familiar, o lo que es lo mismo, que "sirva de habitación o morada a quien en él vive", estimándose que constituye domicilio o morada, cualquier lugar, cualquiera que sea su condición y característica, donde vive esa persona o una familia, sea propiamente domicilio o simplemente residencia, estable o transitoria, incluidas las chabolas, tiendas de campaña, roulotes, etc..., comprendidas las habitaciones de un hotel en las que se viva.

Se resalta de esta forma la vinculación del concepto de domicilio con la protección de esferas de privacidad del individuo, lo que conduce a ampliar el concepto jurídico débil o administrativo de la morada para construir el de domicilio desde la óptica constitucional, como instrumento de protección de la privacidad.

Y al mismo tiempo restringe el concepto de domicilio excluyendo aquellos lugares donde no se desarrollan actos propios de dicha privacidad, aunque el titular pueda estar legitimado para no permitir la entrada o permanencia de terceros.

2.2.- En el caso presente, del relato fáctico se deduce que el establecimiento " DIRECCION001 " estaba abierto al público al ser un local de alterne, existiendo solo "una pequeña habitación que era utilizada a modo de reservado, donde se introducían las mujeres que allí trabajaban con clientes que así lo solicitaban para realizar actos de naturaleza sexual".

Siendo así, en STS 71/2006, de 28-1, se dice que no ofrece duda la validez del registro efectuado en un bar al no tratarse de un domicilio, sino de un establecimiento abierto al público, que no requiere autorización judicial. El principio que informa esta exclusión se deriva del hecho de que los lugares públicos no amparan la intimidad que protege el domicilio y quienes se encuentran en ellos no tienen una pretensión de privacidad que el lugar no les puede proporcionar. De ahí que la jurisprudencia reiteradamente venga diciendo que para el registro de locales de recreo, tales como bares, cafeterías, pubs u otros locales de esparcimiento, no sea preciso una previa resolución que lo autorice "salvo que exista, además de la parte destinada al público, otra reservada a morada de los titulares del negocio, en cuyo caso esta última y no la primera, tendrá la consideración de domicilio (SSTS 26-6-2000, 26-12-2000). Y en concreto en relación a los reservados de un club de alterne, STS 484/2004, de 16-4, dice que una cosa es que determinados actos se lleven a cabo en la intimidad de un espacio cerrado anejo al lugar donde se conciertan y otra distinta es que aquel constituya domicilio. Por ello los reservados de un establecimiento público destinados a la práctica de relaciones o actos sexuales deben estar excluidos del concepto de domicilio.

2.3.- No obstante lo anterior, tanto la sentencia de instancia como la de apelación, se pronuncian sobre la motivación del auto de entrada y registro del local, que la recurrente considera insuficiente.

Previamente debemos recordar que la restricción de los **derechos** fundamentales solo podrá entenderse constitucionalmente legítima si se autoriza judicialmente para alcanzar un fin constitucionalmente legítimo, como acontece cuando la medida restrictiva se adopta para la privación de delitos calificables de infracciones punibles graves (SSTC 49/99, de 5-4; 166/99, de 27-9; 126/2000, de 16-5; 14/2001, de 29-1; 202/2001, de 15-10).

Ahora bien la decisión judicial que autorice la injerencia debe motivar su adopción comprobando que los hechos para cuya investigación se solicita revisten caracteres de delito y que la solicitud y adopción guardan la debida proporcionalidad entre el contenido del **derecho** fundamental afectado y la gravedad del hecho delictivo investigado.

Debe, por tanto, motivarse la resolución judicial expresándose las razones que hagan legítima la injerencia, si existe conexión entre el delito investigado, en este caso un delito grave como lo son los delitos contra la salud pública, y la persona o personas contra la que se dirige la investigación.

En términos de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional las sospechas que ha de emplearse en este juicio de proporcionalidad no solo son circunstancias meramente anímicas sino que precisan para que puedan entenderse fundadas, hallarse apoyadas en datos objetivos, en un doble sentido. En primer lugar, el de ser accesibles a terceros sin lo que no serían susceptibles de control, y en segundo lugar, han de proporcionar una base real de la que pueda inferirse que se ha cometido o se va a cometer un delito, sin que puedan consistir en valoraciones acerca de la persona.

Pero igualmente -dicen las SSTS. 1019/2003 de 10.7 y 1393/2005 de 17.11- no debe olvidarse que el sustento de la resolución no ha de consistir en la aportación de pruebas acabadas de la comisión del ilícito, pues en tal caso no sería ya necesaria la practica de más diligencias de investigación, sino, tan solo, la de fundadas



sospechas del actuar delictivo que requieran la confirmación a través del resultado que pudiera arrojar precisamente el registro.

Por tanto, la existencia de una imputación referida a un delito de la gravedad del tráfico de drogas no afecta en modo alguno a la proporcionalidad.

Una cuestión diferente es la concerniente a la motivación del auto que ordena la entrada y registro. En diversos precedentes de esta Sala hemos señalado que la motivación del auto que dispone una medida de instrucción que la ley autoriza a tomar sin conocimiento del afectado y que, como tal, no puede ser recurrida, no necesita hacer constar especiales razonamientos que informen a dicho afectado de las razones que debería combatir ante el tribunal de alzada si tuviera a su disposición un recurso. La legitimidad del auto en cuestión, por lo tanto, depende de si la medida adoptada por el Juez de Instrucción era o no necesaria, a la luz de la información con la que el Juez contaba en el momento de la decisión.

En este sentido en lo que se refiere a la valoración de estos datos como indicios suficientes debe exigirse que consten los que el órgano judicial ha tenido en cuanto como apoyo para considerar razonable y fundada la sospecha acerca de la comisión de un delito y de la participación en él del sospechoso, pero no es necesario que se alcance el nivel de los indicios racionales de criminalidad, propios de la adopción del procesamiento. Es de tener en cuenta, que en el momento inicial del procedimiento en el que ordinariamente se acuerda la entrada y registro no resulta exigible una justificación fáctica exhaustiva, pues se trata de una medida adoptada, precisamente, para profundizar en una investigación no acabada, por lo que únicamente pueden conocerse unos iniciales elementos indiciarios. Pero sin duda han de ser superadas las meras hipótesis subjetivas o la simple plasmación de la suposición de la existencia de un delito o de la intervención en él de una determinada persona, pues en este caso la invasión de la esfera de intimidad protegida por un **derecho** fundamental dependería exclusivamente del deseo del investigador, sin exigencia de justificación objetiva de ninguna clase, lo que no es tolerable en un sistema de **derechos** y libertades efectivos".

Asimismo, y dado que la apreciación de conexión entre la causa justificativa de la medida -la investigación del delito- con las personas que pueden verse afectadas por la restricción del **derecho** fundamental constituye el presupuesto lógico de la proporcionalidad de la misma resulta imprescindible que la resolución judicial haya dejado constancia también de las circunstancias que pueden sustentar la existencia de dicha conexión" (S.S.T.C. 171/ 99 y 8/00).

Debe por tanto motivarse la necesidad de la autorización (STS. 299/2004 de 19.9), sostenida en razonamientos suficientes a partir de indicios o, cuando menos, sospechas sólidas y seriamente fundadas acerca de la concurrencia de los requisitos de hechos, comisión de delito y responsabilidad en el mismo del sujeto pasivo de la restricción del **derecho**, que no sólo cumpla con las exigencias constitucionales de fundamentación de las Resoluciones judiciales (art. 120.3 CE) sino que, además, permita la ulterior valoración de la corrección de la decisión por parte de los Tribunales encargados de su revisión, a los efectos de otorgar la debida eficacia a los resultados que pudieran obtenerse con base en ella o por vía de recurso contra la misma (STS. 999/2004 de 19.9).

Se trata por consiguiente, de que al solicitarse esta injerencia en su **derecho** constitucionalmente protegido se aporten cualquier tipo de datos fácticos o "buenas razones o fuertes presunciones de que las infracciones se han cometido o están a punto de cometerse ((SSTEDH de 6.9.78 caso Klass y de 15.6.92 caso Ludi,); en otros términos, algo más que meras sospechas, pero algo menos que los indicios racionales que se exigen por el art. 384 LECrim., para el procesamiento (SSTC. 49/99 de 4.4, 200/2000 de 11.12, 138/2001 de 17.7, 167/2002 de 18.9, STS. 16/2007 de 16.1). El sustituto de la medida (STS. 1019/2003 de 10.7), no ha de consistir en la aportación de pruebas acabadas de la comisión del ilícito, pues en tal caso no sería ya necesaria la práctica de más diligencias de investigación, sino, tan solo, la de fundadas sospechas del actual delito que requieran la confirmación a través del resultado que pudiera arrojar precisamente el registro. Y no es exigible a la autoridad judicial (STS. 1231/2004 de 22.10) verificar la veracidad de los datos suministrados por la Policía como requisito previo al auto habilitante, porque no existe una presunción de inveracidad de los informes policiales y porque la práctica de diligencias judiciales para confirmar la realidad de los datos suministrados por los servicios policiales del Estado supondrían una notoria dilación incompatible con la urgencia que de ordinario requiere esta clase de actuaciones (ATS. 25.1.2007).

En el caso presente, la sentencia recurrida acepta que en el auto del instructor parece que se tomaron en cuenta algunos datos indiciarios que en realidad se referían a investigaciones muy anteriores a aquella en que se producía la solicitud policial de la diligencia, pero entiende, que subsistía el elemento fundamental y actual en que se sustentaba la medida: las declaraciones el 14-6 de la menor en sede policial y el 29-6 en las diligencias de investigación del Ministerio Fiscal, de las que se desprendía que había sido contratada por Rita , también conocida como Adoracion , para trabajar como camarera en dicho establecimiento, a sabiendas de su edad



y de que carecía de permiso de residencia y trabajo, y según la menor la estaba prostituyendo en ese local, lo que unido a las vigilancias policiales, justificaron el auto cuestionado, que debe entenderse suficientemente motivado.

2.4.- Por último, en cuanto a la falta de presencia de la Letrada de la Administración de Justicia en la diligencia de registro, tal queja no es asumible.

Es cierto que la STS 408/2006, de 12-4, recuerda como la doctrina científica ha destacado la presencia del Secretario Judicial tiene una triple finalidad: como garantía de legalidad, asegura el cumplimiento de los requisitos legales; como garantía de autenticidad, se robustece de certeza lo ocurrido en el registro y se garantiza la realidad de los hallazgos descubiertos; y como garantía judicial, en la medida en que el Secretario forma parte integrante del órgano judicial autorizante de la diligencia, se garantiza que la intromisión del **derecho** fundamental se realizó dentro de los límites dispuestos en la resolución judicial (STS 1189/2005, de 23-9).

Por Ley 22/95, de 17-7, se dio la redacción actual del art. 569.4 LECrim, disponiendo que el registro se practicará siempre en presencia del Secretario del Juzgado o tribunal que lo hubiere autorizado, o del secretario del servicio de guardia que le sustituye, quien se levantará acta del resultado, de la diligencia y de sus incidencias, el secretario podrá ser sustituido en caso de necesidad en la forma prevista en la LOPJ.

La doctrina jurisprudencia, estima que la ausencia del secretario judicial, cuando su presencia viene exigida por la normativa procesal, determina la nulidad del acto como actuación procesal, privándole de su carácter de prueba anticipada o preconstituida y al del acta en que se recoge su resultado, pues la ausencia de la fe pública legalmente exigida le priva de autenticidad y valor probatorio pero no constituye una violación del **derecho** constitucional a la inviolabilidad del domicilio - al estar amparada la intervención domiciliaria por una autorización judicial válida, que es lo que se exige constitucionalmente- y en consecuencia no determina el efecto prevenido en el art. 11.1. LOPJ para cualquier contenido probatorio que se derive directa o indirectamente de la violación de un **derecho** fundamental, por lo que nada impide que mediante otros medios de prueba complementarios se evidencie la ocupación de los efectos intervenidos en el domicilio registrado con autorización judicial (STS 183/2005, de 18-2, 408/2006 de 12-4), pudiendo suplirse tal defecto con la declaración de los intervinientes en el registro en dicho acto, por ejemplo, funcionarios de policía (STS 21-11-94, 14-11-97).

La doctrina del TC viene manteniendo de forma constante que el único requisito necesario y suficiente por sí lo para dotar de licitud constitucional a la entrada y registro fuera del consentimiento expreso de quien lo ocupa o la flagrancia delictiva, es la existencia de una resolución judicial que con antelación lo mande o autorice, de suerte que una vez obtenido el mandamiento la forma en que la entrega y el registro se practiquen, las incidencias que en su curso se puedan producir y los defectos en incurra, se inscriben y generan efectos sólo en el plano de la legalidad ordinaria. A este plano corresponde la asistencia del Secretario judicial, cuya ausencia por tanto -en toda la diligencia o en parte de la misma -no afecta del **derecho** a la inviolabilidad del domicilio, ni a la tutela judicial del mismo, aunque sí afecta a la eficacia de la prueba preconstituida por la diligencia (STS 290/94, 133/95, 228/97, 94/99, 239/991, 775/2002, de 17-6; 183/2005 a 18-2).

Jurisprudencia STS 58/2010, de 10-2, FJ 4. Incidencia en la práctica del registro. Entrada sin estar presente el secretario judicial asegurar las pruebas. Distinción entre entrada y registro:

"El art. 567 LECrim. establece que desde el momento en que el Juez acuerde la entrada y registro en cualquier edificio o lugar cerrado se adoptarán las medidas de vigilancia convenientes para evitar la fuga del procesado o la sustracción de los instrumentos, efectos del delito, libros, papeles o cualesquiera otras cosas que hayan de ser objeto del delito. Cierto es que en la sentencia 227/2000 de 22.2 se afirma que las medidas precautorias a las que se refiere el art. 567 LECrim deben ser de carácter periférico, manteniéndose en el exterior del domicilio, la vigilancia adecuada para evitar la fuga del sospechoso o para que se saquen del interior instrumentos, efectos o cualesquiera cosas que haya de ser objeto del registro, no pudiéndose legitimar una entrada previa en el domicilio por los funcionarios policiales o los agentes de la autoridad, aunque tenga carácter preventivo, sin exhibir mandamiento judicial ni por tanto mostrárselo al interesado. Sin embargo en el campo penal las circunstancias concretas de cada caso adquieren especial relevancia y así en STS. 171/2007 de 26.2, precisaba como la ley procesal distingue entre la entrada y el registro. No cabe duda que los policías que accedieron a la vivienda tenían un mandamiento judicial que amparaba la entrada en la misma, y que para el registro era necesaria la presencia del Secretario Judicial. Además, en ese caso, la autorización judicial contemplaba la práctica sucesiva de tres registros domiciliarios. Lo más conforme a la legalidad ordinaria sería la habilitación de funcionarios judiciales para que pudiera practicarse el registro de forma simultánea en todos los casos, con objeto de asegurar la diligencia. Pero lo trascendente aquí lo constituye el hecho de verificar una entrada para la que la policía judicial cuenta con la habilitación judicial correspondiente, no, por el contrario, para verificar



el registro por propia autoridad, si no es con la asistencia y el concurso del fedatario judicial. Y a su vez, la ley procesal permite la adopción de las llamadas medidas preventivas que disciplina en el art. 567 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es, por ello, que en un caso que guarda similitudes con el actual, concretamente el decidido en la STS 14-3-2000, se consideró válida la entrada, ante el temor de resultar fallida la diligencia, ordenando el Jefe del Grupo Policial (que venía de camino con el Secretario Judicial) a sus fuerzas, la entrada, reuniendo a los ocupantes en el salón de la vivienda, aguardando la llegada del Secretario que portaba el mandamiento, antes de llevar a cabo el registro autorizado judicialmente."

2.5.- Situación similar a la presente, en que la sentencia recurrida razona, en cuanto a la práctica de la diligencia, que "el lapso temporal entre la intervención de la policía en el local y la llegada de la Letrada de la Administración de Justicia se explica y justifica perfectamente por razones operativas. El registro se acordó en tres locales distintos, y en todos ellos intervino como fedataria y garante la misma letrada del Juzgado ese día de guardia. Como es obvio, los registros hubieron de practicarse de manera sucesiva, a las 19:50, 20:50 y 21:35 (folios 84, 88 y 92), siendo el último el que nos ocupa. Pero como no es menos obvio que la práctica sucesiva de las diligencias podía perjudicar el resultado de la segunda y la tercera, la intervención policial había de producirse al mismo tiempo en los tres locales, a fin de asegurar que no se hiciesen desaparecer posibles elementos de interés para la investigación al conocerse la primera actuación. A esa función de control se limitó, según afirman los agentes, su presencia en el local hasta que llegó la letrada y dio comienzo la diligencia propiamente dicha. Este modo de proceder ha sido convalidado por la jurisprudencia, sobre la base de la distinción de los momentos de entrada y registro (por todas, sentencia 773/2013 de 22 de octubre, FJ. 2.º, con las que en ella se citan). Nada indica que los agentes policiales hicieran otra cosa que asegurar que no se alterasen posibles elementos de prueba, y el uso por la LAJ de tiempos verbales en pasado en el acta no es inequívoco y carece de trascendencia. Ninguno de los presentes en el registro ha indicado que los objetos que figuran en el acta de la diligencia hubieran sido introducidos, manipulados o trasladados por la Policía; y, como indica la sentencia impugnada, es especialmente significativo, por su preparación profesional, que el acusado Sr. Fructuoso, que llegó al local una hora antes que la LAJ, no haga ninguna referencia a esta cuestión en sus declaraciones".

Siendo así, el motivo deberá ser desestimado, debiendo insistirse, tal como precisa la sentencia del Tribunal Constitucional de 31-5-1999 que "una vez obtenido el mandamiento judicial, la forma en que la entrada y registro se practiquen, las incidencias que su curso puedan producirse y los excesos o defectos en que incurran quienes lo hacen, se mueven siempre en otra dimensión, el plano de legalidad", la autorización judicial, en tanto en cuanto cumpla con las exigencias ya analizadas es el único requisito, necesario y suficiente por sí mismo, para dotar de legitimidad constitucional a la invasión del hogar, reduciéndose las restantes cuestiones a mera legalidad ordinaria que podrá afectar a su regularidad y valor probatorio, pero no conlleva la nulidad radical de dicha diligencia ni podrá extender tal vicio invalidante a otras fuentes de prueba.

TERCERO.- El motivo cuarto por quebrantamiento de forma recogido en el art. 850.1 LECrim, por haber solicitado la parte la práctica de diligencias de prueba que fueron denegadas, formulándose la correspondiente protesta ante el Tribunal sentenciador, y de igual manera ha reiterado tal petitum ante el Tribunal encargado de resolver la apelación, siendo desatendido también por el Tribunal.

- En concreto se refiere a las siguientes pruebas que la parte solicitó en el escrito de defensa:

1) Con carácter anticipado, que se libre oficio a la Comisaría Provincial de Almería Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras-UCRIF para que proceda al volcado de las imágenes y vídeos contenidos en el disco duro de cámaras de vídeo vigilancia marca Ayhua que fue intervenido en el Pub DIRECCION001 y que no se ha producido a su volcado.

2) Con carácter anticipado, que se libre oficio a la Comisaría Provincial de Almería Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras-UCRIF para que proceda al volcado integral y completo de las conversaciones contenidas en el "Informe sobre dispositivos móviles", obrante en autos, folios 674 y ss., concretamente:

Fragmento 1 relativo a la contratación de la menor en el establecimiento en fecha 07/06/2016 (página 6 del precitado informe).

Fragmento 2 relativo a la contratación de la menor en el establecimiento en fecha 07/06/2016 (página 6 del precitado informe).

Fragmento 3 relativo a la interrogación de la menor por parte de la investigada Rita en lo relativo a cuestiones de índole sexual que nada tiene que ver con el puesto de trabajo supuestamente ofertado con fecha 15/06/2016 (página 6-7 del precitado informe).



Fragmento 4 relativo a la presunta participación de la menor testigo protegida en actividades de índole sexual, con fecha 15/06/2016 (página 7 del precitado informe).

3.1.- El motivo se desestima.

Es doctrina jurisprudencial (SSTS. 771/2006 de 18.7, 181/2007 de 7.3), que "la formulación en tiempo y forma de una proposición de prueba no es bastante, aun siendo necesario, para originar en caso de inadmisión, el quebrantamiento de forma que se denuncia, es preciso además que la prueba merezca la calificación de "pertinente". Como ha recordado el Tribunal Supremo, en Sentencia de 16 de abril de 1998, la constitucionalidad, por virtud del artículo 24 de la Constitución Española del **derecho** fundamental a utilizar los medios de prueba como inseparable del **derecho** mismo a la defensa no se configura como un **derecho** absoluto e incondicionado a que se practiquen todas las pruebas propuestas por las partes, ya que como señala la doctrina del Tribunal Constitucional y del Tribunal Supremo, el **derecho** a la prueba no desapodera al Tribunal competente de su facultad para valorar, en cuanto a su admisión, la pertinencia de las propuestas "rechazando las demás" (artículos 659 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), y en cuanto a su práctica la necesidad de las admitidas pero cuya realización efectiva plantea dificultades o dilaciones indebidas (Sentencias del Tribunal Supremo 1661/2000 de 27.11).

No existe para el tribunal la obligación de admitir toda diligencia de prueba propuesta, o, en su caso, de suspender todo enjuiciamiento por imposibilidad de practicar una prueba anteriormente admitida. Es necesario que el Tribunal de instancia realice una ponderada decisión valorando los intereses en conflicto, decidiendo sobre la pertinencia de la prueba y su funcionalidad. Ha de valorarse, como se ha dicho, los intereses en juego: el **derecho** de defensa, la pertinencia de la prueba propuesta y, en su caso, la necesidad de realizar el enjuiciamiento impidiendo su demora.

Por ello, para una adecuada valoración del conflicto, la jurisprudencia ha proporcionado dos criterios, el de la pertinencia y el de la relevancia. Por la primera se exige una relación entre las pruebas y el objeto del proceso. La relevancia presenta un doble aspecto, el funcional, relativo a los requisitos formales necesarios para la práctica y desarrollo de la prueba y de la impugnación; y el material, relativo a la potencialidad de la prueba denegada con relación a una alteración del fallo de la sentencia (STS. 136/2000 de 31.1). Así pues, para que tenga éxito un recurso de casación basado en este motivo, es preciso que "el órgano judicial haya denegado la diligencia de prueba no obstante merecen la calificación de "pertinentes", porque no está obligado el Juez a admitir todos los medios de prueba que cada parte estime pertinentes a su defensa "sino los que el Juzgador valore libre y razonablemente como tales". Y dos son los elementos a valorar al respecto: la pertinencia, propiamente dicha, y la relevancia de la prueba propuesta: "pertinencia" es la relación entre las pruebas propuestas con lo que es objeto del juicio y constituye "thema decidendi"; "relevancia" existe cuando la no realización de tal prueba, por su relación con los hechos a que se anuda la condena o la absolución u otra consecuencia penal relevante, pudo alterar la Sentencia en favor del proponente, pero no cuando dicha omisión no haya influido en el contenido de ésta, a cuyo tenor el Tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone, por ello ha de ser necesaria, es decir que tenga utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión, y ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica (STS. 21.5.2004).

Las SSTS 643/2016 de 14 julio, y 881/2016 de 23 noviembre, sintetizan con precisión el alcance de la casación por motivo de denegación de diligencia de prueba previsto en el artículo 850.1 LECrim. que requiere para prosperar <<según se deduce de los términos de tal precepto, de lo dispuesto en los arts. 659, 746.3, 785 y 786.2 LECrim. y de la doctrina del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, las condiciones siguientes:

1º) La prueba denegada tendrá que haber sido pedida en tiempo y forma, en el escrito de conclusiones provisionales y también en el momento de la iniciación del juicio en el procedimiento abreviado (art. 786.2).
2º) La prueba tendrá que ser pertinente, es decir relacionada con el objeto del proceso y útil, esto es con virtualidad probatoria relevante respecto a extremos fácticos objeto del mismo; exigiéndose, para que proceda la suspensión del juicio, que sea necesaria; oscilando el criterio jurisprudencial entre la máxima facilidad probatoria y el rigor selectivo para evitar dilaciones innecesarias; habiendo de ponderarse la prueba de cargo ya producida en el juicio, para decidir la improcedencia o procedencia de aquella cuya admisión se cuestiona.
3º) Que se deniegue la prueba propuesta por las partes, ya en el trámite de admisión en la fase de preparación del juicio, ya durante el desarrollo del mismo, cuando se pide en tal momento la correlativa suspensión del juicio. 4º) Que la práctica de la prueba sea posible por no haberse agotado su potencia acreditativa. Y 5º) Que se formule protesta por la parte proponente contra la denegación (SSTS. 1661/2000 de 27-11; 869/2004, de 2-7; 705/2006, de 28-6; y 849/2013, de 12-11).

Falta de protesta que impide el recurso de casación al amparo del art. 850 LECrim y que el TS ha dicho debe hacerse en el plazo de 5 días a partir de la fecha de la notificación del auto denegatorio (STS 760/2001, de



7 de mayo). La protesta tiene por finalidad plantear ante el tribunal que acordó la denegación o en su caso, la suspensión, la proporcionalidad de la decisión adoptada, teniendo en cuenta, nuevamente, los intereses en conflicto desde la protesta de la parte que la propuso, manifestando así un no acatamiento de la decisión adoptada, al tiempo que proporcionaría criterios que permiten el replanteamiento de la decisión.

Esta Sala de casación, al examinar el requisito de la necesidad de la prueba denegada, establece, en la sentencia 545/2014, de 26 de junio, que para que pueda prosperar un motivo por denegación de prueba hay que valorar no sólo su pertinencia sino también y singularmente su necesidad; más aún, su indispensabilidad en el sentido de eventual potencialidad para alterar el fallo. La prueba debe aparecer como indispensable para formarse un juicio correcto sobre los hechos justiciables. La necesidad es requisito inmanente del motivo de casación previsto en el art. 850.1 LECrim. Si la prueba rechazada carece de utilidad o no es "necesaria" a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. El canon de "pertinencia" que rige en el momento de admitir la prueba se muta por un estándar de "relevancia" o "necesidad" en el momento de resolver sobre un recurso por tal razón.

Y en la misma resolución citada se precisa que en casación la revisión de esa decisión ha de hacerse a la luz de la sentencia dictada, es decir, en un juicio ex post. No se trata tanto de analizar si en el momento en que se denegaron las pruebas eran pertinentes y podían haberse admitido, como de constatar a posteriori y con conocimiento de la sentencia (ahí radica una de las razones por las que el legislador ha querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, sin prever un recurso previo autónomo), si esa denegación ha causado indefensión. Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con valorar su pertinencia. Ha de afirmarse su indispensabilidad. La superfluidad de la prueba, constatable a posteriori convierte en improcedente por mor del **derecho** a un proceso sin dilaciones indebidas una anulación de la sentencia por causas que materialmente no van a influir en su parte dispositiva.

La STC 142/2012, de 2 de julio, al analizar el **derecho** a la prueba en el ámbito del art. 24.2 de la CE, argumenta que "...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)". Y también tiene dicho que cuando el medio de prueba rechazado en ningún modo podría alterar el fallo no procederá la anulación de la resolución (STC 45/2000, de 14 de febrero)>>.

3.2.- En el caso que se analiza, tal como precisa el Ministerio Fiscal en su informe oponiéndose al motivo, el volcado de las imágenes de las cámaras de seguridad, aunque se hubiera acordado en instrucción, a través de las declaraciones de los policías que las revisaron resulta ser una prueba irrelevante, ya que eran cámaras orientadas a la barra del local sin que las grabaciones permitan apreciar los lugares y las personas relativos a los hechos que revisten caracteres de delito. Esa fue la razón por la que finalmente no se unieron al procedimiento. En estas circunstancias, su visionado no permitiría modificar ninguno de los hechos probados.

En cuanto al volcado de las comunicaciones y conversaciones de los dispositivos móviles a que hace referencia el informe a los folios 674 y siguientes de la causa, como consta al folio 676 el informe se hace sobre "Un DVD con número de referencia 26-IF-2017 que contiene el volcado de la información extraída" de los dispositivos móviles. No es procedente el volcado de esas comunicaciones y conversaciones porque ya está hecho. El DVD con número de referencia 26-IF-2017 (que corresponde con el informe de los folios 613 a 616 de la causa) se encuentra en una bolsa de plástico entre los folios 516 y 517 de la causa. Al haberse practicado el volcado que se interesaba, la queja carece de contenido.

CUARTO.- El motivo tercero al amparo del art. 849.2 LECrim por infracción de ley.

Entiende que ha existido error en la apreciación de la prueba, designando como documentos los mensajes de DIRECCION000 presentados por la defensa del coacusado Fructuoso , que acreditan que Carmela ejercía la prostitución por su cuenta y que en ningún momento dependía del beneplácito de Rita para atender a su cliente y en todo caso tenía ella disponibilidad de su libertad sexual.

El motivo se desestima.

4.1.- Como con reiteración ha declarado la jurisprudencia, por todas STS 607/2010 de 30-6, el ámbito de aplicación del motivo de casación previsto en el art. 849.2 LECrim. se circunscribe al error cometido por el



Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica elementos fácticos no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza por si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron.

En todo caso, el error a que atiende este motivo de casación se predica sobre aspectos o extremos de naturaleza fáctica, nunca respecto a los pronunciamientos de orden jurídico que son la materia propia del motivo que por "error iuris" se contempla en el primer apartado del precepto procesal, motivo éste, art. 849.1 LECrim. que, a su vez, obliga a respetar el relato de hechos probados de la sentencia recurrida, pues en estos casos solo se discuten problemas de aplicación de la norma jurídica y tales problemas han de plantearse y resolverse sobre unos hechos predeterminados que han de ser los fijados al efecto por el Tribunal de instancia salvo que hayan sido previamente corregidos por estimación de algún motivo fundado en el art. 849.2 LECrim. o en la vulneración del **derecho** a la presunción de inocencia.

Por ello, la vía casacional del art. 849.2 LECrim, conforme reiterada doctrina de esta Sala, por todas SSTs 72/2021, de 28-1; 46/2022, de 20-1, exclusivamente autoriza rectificar el relato de hechos probados para incluir en él un hecho que el Tribunal omitió erróneamente declarar probado o bien para excluir de dicho relato un hecho que el Tribunal declaró probado erróneamente. En todo caso, es exigencia ineludible que el error fáctico o material se demuestre con documentos, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba, ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones, así como que el dato que el documento acredite no se encuentre en contradicción con otros elementos de prueba. La prosperabilidad del motivo exige, en esencia, que el tenor de los documentos acredite una contradicción de su contenido con los enunciados del relato fáctico de la sentencia o la insuficiencia de este relato en aspectos esenciales del juicio de responsabilidad y que lo hagan de forma tan manifiesta, incontrovertida y clara, que evidencien la arbitrariedad de la decisión del Tribunal por haberse separado sin fundamento del resultado de la prueba (STS 982/2011, de 30.9).

4.2.- En el caso presente, el contenido de los mensajes de DIRECCION000 que se citan en el motivo son recogidos en las sentencias de instancia y apelación en los hechos probados, y valorados para llegar al pronunciamiento condenatorio. La recurrente les da otra interpretación que, a su juicio, excluiría la comisión del delito de prostitución de menores, lo que no es propio de esta vía casacional, sino de la infracción de ley del art. 849.1 LECrim.

QUINTO.- El motivo primero por infracción de ley del art. 849.1 LECrim en cuanto el art. 188.1 CP, al no darse los requisitos para la aplicación del delito de prostitución de menores.

La recurrente parte de la absolución del coacusado Fructuoso de los dos delitos de abusos sexuales que se imputaban por la relación mantenida en el reservado y la posterior en el despacho de aquel, al no apreciarse que el consentimiento de la menor estuviera viciado por engaño o alguna de las circunstancias previstas en el art. 182.1 y 2 CP y considera que la actuación de la recurrente no encaja directamente en el tipo penal del art. 188.1, al quedar encuadrada la situación de la menor en una actividad de alterne más que de prostitución, y acreditado que ésta siempre dispuso del consentimiento y de su voluntariedad para desplegar todas las actividades sexuales que ella quería, sin que en ningún momento fuese coaccionada o violentada en su libertad sexual.

Argumentación inatendible.

5.1.- En cuanto a los menores (o personas con discapacidad necesitadas de especial protección), además de la sanción agravada de estas conductas cuando se cometan con violencia o intimidación, art. 188.2, también se castigan aquellos comportamientos que induzcan, promuevan, favorezcan o faciliten su prostitución, art. 188.1, aún sin coacción alguna, pues se actúa sobre personas que carecen de la plena capacidad de autodeterminación que caracteriza a los adultos.

Estima el legislador que la tutela del **derecho** de los menores a un adecuado proceso de formación sexual, supone activamente su exclusión del mercado de la prostitución, dada la influencia que el precio puede ejercer sobre su voluntad inmadura viciando su consentimiento.

Por coherencia con el actual art. 187 CP y en atención a las necesidades de tutela del bien jurídico -que no es la moralidad pública o la honestidad, sino la libertad o indemnidad sexual en sentido amplio- ha de entenderse que las referidas conductas son punibles tanto si tienen por objeto iniciar a un menor en el ejercicio de la prostitución como si tienden a mantenerlo en ella.

En efecto, la prostitución no puede ser considerada como una especie de "estado irreversible", por lo que el menor ya iniciado no pierde por ello la tutela del ordenamiento jurídico frente a los comportamientos de los mayores que contribuyen a mantenerlo en dicha dedicación o ejercicio.



5.2.- En el caso que nos ocupa hemos de partir del hecho probado -cuyo respeto exige la vía casacional del art. 849.1 LECrim- y del art. 188.1 que castiga "al que induzca, promueva, favorezca o facilite la prostitución de un menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección o se lucre con ello, o explote de algún otro modo a un menor".

Siendo así, la recurrente omite que el hecho probado, además del párrafo que transcribe, añade que "su verdadero propósito -el de Rita - era lucrarse mediante la prostitución de la menor.", que es precisamente lo que describe en los siguientes párrafos al señalar la existencia de "una pequeña habitación que era utilizada a modo de reservado, donde se introducían las mujeres que allí trabajaban con los clientes que así lo solicitaban para realizar actos de naturaleza sexual a cambio del precio fijado por la acusada Rita (30 euros por 15 minutos, 60 euros por media hora y 110 euros por una hora, siendo la mitad para el local y la otra mitad para la mujer en cuestión)."

Aprovechamiento de la prostitución de la menor subsumible en el art. 188.1 CP.

SEXTO.- El motivo segundo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, por aplicación indebida del art. 188.1 en relación con el art. 66.6ª CP, al haberse aplicado circunstancias agravantes que no vienen recogidas en el tipo penal.

El motivo transcribe todos los subtipos agravados recogidos en el último párrafo del apartado 1º y los apartados 2, 3 a), b), c), d), e) y f), del art. 188, que no concurren en el caso enjuiciado, y considera que se ha aplicado una agravante inexistente "que la acusada actuó con el respaldo de una cierta infraestructura, proporcionada por el local y las demás empleadas, lo que agrava la situación", con la única finalidad de elevar la penalidad.

Pretensión inaceptable.

6.1.- El art. 66 regla 1ª CP disponía que: "cuando no concurrieren circunstancias atenuantes ni agravantes o cuando concurren unas y otras, los Jueces o Tribunales individualizarán la pena imponiendo la señalada por la Ley en la extensión adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho, razonándolo en la sentencia". Esta es la redacción hasta la Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, que retocó dicho artículo 66, convirtiendo la regla primera, para lo que aquí afecta, en regla sexta, y si bien es cierto que desaparece el aserto: "razonándolo en la sentencia", no puede ser interpretado de manera que conduzca a la ausencia de motivación, pues ésta resulta del art. 120.3 de la Constitución Española y el art. 72 del Código penal, modificado por LO 15/2003, de 2.11, aclara ahora que para verificar tal individualización penológica, se razonará en la sentencia el grado y extensión concreta de la pena impuesta.

En concreto y en cuanto a la individualización de la pena a imponer deben tenerse en cuenta las circunstancias personales del delincuente y la mayor o menor gravedad del hecho. En cuanto a las primeras son las que se refieren a los motivos o razones que han llevado a delinquir el acusado, así como aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales para efectuar tal individualización penológica y que deben corregirse para evitar su reiteración delictiva.

La gravedad del hecho a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta "gravedad" habrá sido ya contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal delito. Se refiere la Ley a aquellas circunstancias fácticas que el Juzgador ha de valorar para determinar la pena y que sean concomitantes del supuesto concreto que está juzgando; estos elementos serán de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Por ello, en cuanto a los caracteres del hecho, es decir, a un mayor o menor gravedad, tiene que tenerse en cuenta que el legislador ha puesto de manifiesto en la infracción, su doble consideración de acto personal y de resultado lesivo para el bien jurídico, de modo que para determinar ese mayor o menor gravedad del hecho ha de valorarse el propio hecho en sí, con arreglo a la descripción que se contenga en el relato de hechos, es decir, con arreglo al verdadero hecho real, y así concretar el supuesto culpable, por cuanto la gravedad del hecho aumentará o disminuirá en la medida que lo haga la cantidad del injusto (antijuricidad o el grado de culpabilidad del delincuente, la mayor o menor reprochabilidad que merezca). Por ello, y considerando que el legislador, al establecer el marco penal abstracto, ya ha valorado la naturaleza del bien jurídico afectado y la forma básica del ataque al mismo, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá:

En primer lugar, de la intensidad del dolo, -y si es directo, indirecto o eventual- o, en su caso, del grado de negligencia imputable al sujeto.

En segundo lugar, la mayor o menor gravedad del hecho dependerá de las circunstancias concurrentes en el mismo, que sin llegar a cumplir con los requisitos necesarios para su apreciación como circunstancias atenuantes o agravantes, ya genéricas, ya específicas, modifiquen el desvalor de la acción o el desvalor del resultado de la conducta típica.



En tercer lugar, habrá que atender a la mayor o menor culpabilidad -o responsabilidad- del sujeto, deducida del grado de comprensión de la ilicitud de su comportamiento (conocimiento de la antijuricidad del grado de culpabilidad y de la mayor o menor exigibilidad de otra conducta distinta).

Y en cuarto lugar, habrá que tener en cuenta la mayor o menor gravedad del mal causado y la conducta del reo posterior a la realización del delito, en orden a su colaboración procesal y su actitud hacia la víctima y hacia la reparación del daño, que no afectan a la culpabilidad, por ser posteriores al hecho, sino a la punibilidad.

Se trata en definitiva, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial y controlable en casación, incluso por la vía del art. 849.1 LECrim. para la infracción de Ley.

En el caso presente la sentencia hace referencia a la gravedad del hecho deducida de esas circunstancias concurrentes que representan una mayor facilidad para la comisión del delito.

No siendo ocioso recordar que siendo el marco punitivo en lo relativo a la pena de prisión de dos a cinco años, la pena impuesta, 3 años de prisión, ha sido en la mitad inferior, cuyo límite máximo es 3 años y 6 meses.

RECURSO Fructuoso

SÉPTIMO.- El motivo primero por infracción de precepto constitucional al amparo del art. 5.4 LOPJ, al haberse vulnerado el art. 24 CE.

El motivo reitera lo ya expuesto en el previo recurso de apelación, destacando las incongruencias de la menor en sus distintas intervenciones a lo largo de todo el procedimiento, desde la primera exposición ante la fuerza actuante y que la Sala de apelación, asume las expresadas por la Sala de instancia y considera que en el presente caso se ha vulnerado doblemente el principio de presunción de inocencia y ello por cuanto para el dictado de la sentencia condenatoria cuando el testimonio de la víctima no es persistente, no es coincidente en el tiempo y está plagado de contradicciones, estando inducido por la finalidad de dejar a salvo su buen nombre, ocultando que ejercía libremente la prostitución, y además se le atribuye un conocimiento previo y necesario sobre un elemento esencial, como es la minoría de edad de la testigo, cuando esta circunstancia, ni tan siquiera es representable como cierta para los agentes del Cuerpo Nacional de Policía que intervienen en el plenario.

El motivo se desestima.

7.1.- Dando por reproducida la doctrina ya expuesta en el "Preliminar" de esta sentencia casacional, debemos insistir que cuando se trata del recurso de casación promovido frente a una sentencia dictada en apelación por el TSJ, la valoración de la prueba efectuada por el órgano de instancia ya ha sido objeto de fiscalización por la novedosa vía impugnatoria que, aunque con retraso histórico, ha sido arbitrada por la reforma Ley 41/2015. Se trataba, pues, de hacer efectivo el **derecho** de toda persona declarada culpable de un delito de someter el fallo condenatorio y la pena a un Tribunal Superior, tal y como reconoce el art. 14.5 del Pacto Internacional de **Derechos** Civiles y Políticos.

La primera consecuencia, en ocasiones olvidada, es que el objeto del recurso no es la sentencia dictada en la instancia y confirmada en apelación. El único objeto de la casación penal es la resolución emanada del TSJ al pronunciarse sobre el recurso de apelación formalizado. De ahí que los argumentos que sirven de vehículo para expresar -ya en casación- la discrepancia con el desenlace del proceso, tienen que centrarse en lo resuelto por el tribunal ad quem, que en el marco de apelación es precisamente el Tribunal Superior de Justicia.

Por consiguiente, el esfuerzo argumental dirigido a cuestionar los razonamientos que se deslizan en la sentencia inicialmente dictada por la Audiencia Provincial, desenfoca el alcance del recurso de casación promovido. La oportunidad que brindan los arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim para hacer valer un recurso de casación, no puede ser interpretada como la última ocasión para reiterar ante el Tribunal Superior argumentos que no fueron atendidos en la instancia. La Ley 41/2015 no ha creado una apelación encadenada que autorice la repetición de aquello que no ha sido estimado en lo que erróneamente se interpretaría como la primera instancia.

Es desde esta perspectiva como hay que abordar nuestro espacio de fiscalización. Y no vemos, desde luego, una quiebra del canon valorativo que impone el contenido material del **derecho** a la presunción de inocencia y tampoco apreciamos en la sentencia objeto del presente recurso, un desbordamiento de los límites que impone la revisión en segunda instancia del juicio de autoría.

En efecto, tal como se ha razonado en el análisis del motivo quinto del recurso interpuesto por la coacusada Rita, la sentencia de apelación, asumiendo la valoración de la prueba de la sentencia de instancia, ha valorado las declaraciones de la víctima como persistentes en cuanto a los hechos que permiten su subsunción en los delitos por los que se acusaba.



Hechos con relevancia jurídico-penal que consideran corroborados con datos objetivos como las declaraciones de testigos, las libretas con anotaciones, mensajes de voz, y conversaciones por DIRECCION000 .

Prueba, por tanto, suficiente y correctamente apreciada al objeto de desvirtuar la presunción de inocencia.

7.2.- En cuanto al desconocimiento por el acusado de que la víctima era menor de edad, como hemos dicho en SSTs 392/2013, de 16-5; 97/2015, de 24-2; 916/2021, de 24-11, el dolo es un elemento intelectual, supone la representación o conocimiento del hecho que comprende el conocimiento de la significación antijurídica de la acción y el conocimiento del resultado de la acción. En consecuencia, el conocimiento equivocado o juicio falso, concepto positivo, que designamos como error y la falta de conocimiento, concepto negativo, que denominamos ignorancia y que a aquél conduce, incidirán sobre la culpabilidad, habiéndose en la doctrina mayoritaria distinguido tradicionalmente entre error de hecho (error facti) que podría coincidir con el error, y error de **Derecho** (error iuris) que correspondería a la ignorancia (SSTs. 753/2007 de 2.10, 1238/2009 de 11.12).

Se distingue por tanto entre error de tipo y error de prohibición. Aquel se halla imbricado con la tipicidad, aunque hay que reconocer que un tanto cernida por el tamiz del elemento cognoscitivo del dolo, mientras que el error de prohibición afecta a la culpabilidad (SSTs 258/2006 de 8.3 y 1145/2996 de 23.11), que expresamente señala que: "la clásica distinción entre error de hecho y de **derecho** y más actualmente de tipo y de prohibición, aunque no aparecen recogidas en esta denominación en el art. 14 CP. se corresponde con el error que afecta a la tipicidad y a la culpabilidad".

Por ello, en el art. 14, se describe, en los dos primeros números, el error del tipo que supone el conocimiento equivocado o juicio falso sobre alguno o todos los elementos descritos por el tipo delictivo, (núm. 1), y a su vez, vencible o invencible, o sobre circunstancias del tipo, que lo cualifiquen o agraven (núm. 2); por tanto el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que ésta requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción (STS. 1254/2005 de 18.10) .

En el presente caso el elemento subjetivo del tipo exige que el dolo del autor abarque el componente de que la menor tenía menos de 18 años, es decir el conocimiento o racional presunción de que se trata de una menor de edad.

Ahora bien es indudable que el dolo exigido al agente para la correcta aplicación de los delitos de exhibicionismo y prostitución de menores, puede acomodarse al dolo eventual y, dentro de este concepto, al llamado dolo de indiferencia. Más allá de las limitaciones puestas de manifiesto por la dogmática para supuestos fronterizos, lo cierto es que cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual (SSTs 123/2001, 5 de febrero y 159/2005, 11 de febrero). Y el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales pues, en definitiva, "todas las formas de dolo tienen en común la manifestación consciente y especialmente elevada de menosprecio del autor por los bienes jurídicos vulnerados por su acción" (SSTs 737/1999, de 14 de mayo; 1349/20001, de 10 de julio; 2076/2002, de 23 enero 2003).

Ahora bien la doctrina de esta Sala ha reiterado que debe probarse el error como cualquier causa de irresponsabilidad, por lo que no es suficiente con la mera alegación. El desconocimiento de la edad, como argumento cognoscitivo de defensa, ha de ser probado por quien alega tal exculpación e irresponsabilidad, sobre la base de que se trata de una circunstancia excepcional que ha de quedar acreditada como el hecho enjuiciado, lo que en modo alguno se ha producido.

7.3.- En el caso que nos ocupa, la sentencia recurrida, esto es, la del Tribunal Superior de Justicia, se pronuncia sobre la alegación de este recurrente por inaplicación del art. 14.1 CP, en el fundamento de **derecho** sexto, y tras remitirse a los razonamientos de la sentencia de instancia, que considera acertados, insiste en que:

"Ante todo, Carmela afirma en todo momento que comunicó expresamente al acusado que tenía 16 años de edad, y ella misma explica la contradicción sobre el momento y lugar en que se lo dijo, sin que se advierta ningún motivo para incriminar falsamente al acusado; siendo además lo más verosímil que, como la testigo recordó



en juicio, esa comunicación tuviera ya lugar en un primer momento, en el reservado del local y a preguntas del acusado, puesto que parece de lo más natural que el cliente habitual de un burdel que ve en él a una chica joven y nueva en el establecimiento se interese por su edad, que es un dato relevante en la oferta de sus servicios. Debería ser obvio, frente a lo alegado en el recurso, que lo reducido del reservado donde se encontraban las tres personas favorecía esa comunicación verbal.

Aunque no hubiera existido esa información expresa, es sencillamente impensable que el acusado, por su conocimiento del medio, por su preparación y experiencia como abogado, por el extraño episodio de "iniciación" previo y por su relación, profesional y personal, con la regente del establecimiento (que conocía directamente el dato), no se representara que la joven Carmela era menor de edad o, cuando menos, que tenía una alta probabilidad de serlo, sin que ello le disuadiera de mantener con ella relaciones sexuales mediante precio; con lo que concurriría, cuando menos, el dolo eventual, que basta para integrar el tipo subjetivo de los delitos del artículo 188 del Código Penal (sentencias del Tribunal Supremo 1743/1999, de 9 de diciembre, o 1177/2005, de 19 de octubre, entre otras)."

Razonamiento conforme con la doctrina jurisprudencial anteriormente expuesta y que conlleva la desestimación del motivo.

OCTAVO.- El motivo segundo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim por aplicación indebida del art. 185 CP.

El recurrente reitera lo ya expuesto en la apelación, que el delito de exhibicionismo del art. 185 CP debe entenderse absorbido por el de prostitución de menores del que sería un simple acto preparatorio, y entiende que la jurisprudencia de esta Sala ha resuelto dicha convergencia conforme a las reglas del art. 8, si bien referido al delito de agresión sexual, y cuestiona la particularidad que aprecia la Sala de apelación, de la ruptura temporal entre el acto de exhibicionismo -que la testigo presenciara una relación sexual previa entre el recurrente y otra mujer en el reservado- y el acto sexual posterior que supone la prostitución de menores.

8.1.- Como es sabido, el concurso de normas implica, por definición, una unidad valorativa frente al hecho cometido, de suerte que la aplicación de uno solo de los tipos que convergen en la definición del concurso, es más que suficiente para agotar todo el desvalor jurídico-penal que puede predicarse de la infracción. Forma pues, parte de su fundamento, la suficiencia de uno de los preceptos para la correcta y plena valoración jurídico-penal de la conducta. De no acoger las normas concebidas por el legislador para la solución de esos casos de colisión de preceptos penales, se correría el riesgo de incurrir en una doble incriminación del hecho, con la consiguiente quiebra del principio de proporcionalidad (STS 254/2011, de 29-3) o del principio non bis in idem (STS 97/2015, de 24-2).

Pues bien, la regla de absorción prevista en el art. 8.3 CP con arreglo al cual "el precepto penal más amplio o complejo absorberá a los que castiguen las infracciones consumidas en aquel", exige en sintonía con la idea central de todo concurso aparente de normas, que el desvalor de uno de los tipos aparezca incluido en el desvalor tenido en cuenta en el otro. Dicho con otras palabras, que la desaprobación de una conducta descrita por la ley y expresada en la pena que la misma ley señala para esa conducta (lex consumens), abarque el desvalor de otro comportamiento descrito y penado en otro precepto legal (lex consumpta). Esta relación de consunción, más que en ningún otro supuesto concursal, impone que el examen entre los tipos penales que convergen en la subsunción se verifique, no en abstracto, desde una perspectiva formal, sino atendiendo a las acciones concretas desarrolladas por el acusado, puesto que las soluciones de consunción no admiten un tratamiento generalizado. Mediante este principio encuentran solución, tanto los casos en que al tiempo que se realiza un tipo penal se realiza simultáneamente otro delito -hecho acompañante- y aquellos otros en los que se comete un segundo delito con el fin de asegurar o aprovecharse de los efectos de un delito previo -hecho posterior impune o acto copenado-.

Siendo así, en principio, parece evidente que el acto de exhibición de la propia desnudez es el hecho acompañante de las distintas acciones en que se concretan los abusos sexuales -o en este caso los constitutivos del delito del art. 188.1 CP-. Se trata de una modalidad de progresión delictiva, que infringe en su desarrollo preceptos penales menos graves, afectantes al mismo bien jurídico y, por tanto, absorbidos por el mayor desvalor de la conducta que anima la intención del autor (STS 35/2012, de 1-2).

8.2.- En el caso actual, la sentencia recurrida (fundamento de **derecho** quinto) analiza la cuestión planteada, aceptando como la jurisprudencia citada por el recurrente proclive a admitir el concurso de normas conforme a las reglas del art. 8 CP entre el delito de exhibicionismo y el de abusos sexuales -que entiende aplicable al de prostitución de menores-, pero considera que se refería a supuestos diferentes en los que el acto constitutivo de abuso seguía inmediatamente al de exhibicionismo, sin solución de continuidad entre ellos -el autor exhibía su pene ante las víctimas y acto seguido hacía que se lo tocaran o chuparan-, de modo que, más que de un concurso de normas, se trataba en realidad de casos de unidad jurídica de acción por progresión delictiva.



Y sin embargo, continúa: "El caso aquí enjuiciado no responde a ese patrón de sucesión inmediata, pues primero se invita u obliga a la menor a presenciar un acto sexual entre dos adultos, y solo minutos después, tras una interrupción en la que se entiende que los tres abandonaron el reservado, el acusado y la menor vuelven a entrar en él y se desarrolla el acto de prostitución. Se trata, pues, de dos conductas de características diferentes, separadas por un hiato temporal y en cuya dinámica ejecutiva no cabe apreciar una progresión en la misma línea de ataque, de modo que cada una constituye un delito distinto y autónomo, aunque ambos afecten al mismo bien jurídico; sin que el más grave o complejo absorba al otro ni el primero constituya un acto preparatorio del segundo.

De "acto preparatorio", en realidad, solo puede hablarse en el sentido de que la finalidad de hacer presenciar a la menor el acto sexual era convencerla para que ella se prostituyese después, a su vez, con el mismo cliente; pero es obvio que esa conexión finalística en el plan delictivo del autor no afecta a la relación entre los delitos, que ha de medirse objetivamente, y ni siquiera da lugar a un concurso medial del artículo 77 del Código Penal, porque el previo acto exhibicionista no era un "medio necesario" para cometer el de prostitución, fuera cual fuese la intención con que se cometió el primero."

Debemos partir de que la argumentación del recurrente de considerar que existiría una unidad natural de acción entre los delitos de exhibicionismo y prostitución, analizando los requisitos y conductas de cada uno de ellos y el bien jurídico protegido, se refiere al apartado 1 del art. 188.1 (inducir, promover, favorecer o facilitar la prostitución de un menor) sin tener en cuenta que la conducta imputada al recurrente es la del actual art. 188.4 CP, introducido por LO 1/2015, de 30-3 ("el que solicite, acepte u obtenga a cambio de una remuneración o promesa una relación sexual con una persona menor de edad ...") esto es, se refiere al "cliente" que mantiene esa relación sexual con ese menor de edad y de esta manera la inicia en la prostitución o la induce, estimula y arraiga en su dedicación a dicha actividad.

8.3.- Asimismo, la sentencia no atribuye al acto de exhibición de hacer presenciar a la menor el acto sexual del recurrente con otra persona, la finalidad de convencerla para que ella se prostituya con el mismo cliente. Tal finalidad no se recoge en el hecho probado y en la fundamentación jurídica, y responde a esa alegación del recurrente en que solo sería acto preparatorio si la finalidad de hacer presenciar a la menor el acto sexual para convencerla para que se prostituya después a la vez, con el mismo cliente, no que realmente lo fuese y, en todo caso, no afectaría a la relación entre los delitos.

Siendo así, tal como acertadamente precisa el Ministerio Fiscal en su documentado informe, el delito del art. 185 CP se impone por los hechos realizados en la primera entrada en el reservado en la noche del 4 al 5 de junio. El delito del artículo 188.4 CP por los hechos realizados en la segunda entrada a ese reservado y por los hechos realizados por el acusado en su despacho profesional. La naturaleza de los hechos típicos (relación sexual) hace que sea adecuado el paralelismo que hace la Sala de apelación en su sentencia con el delito de abuso sexual. En este caso, la exhibición del pene en la segunda entrada al reservado para que la víctima le realizara la felación o en el despacho profesional para llevar a cabo las relaciones sexuales completas, sí se absorbe en el delito del artículo 188.4 CP. Sin embargo, lo realizado en la primera entrada al reservado (haciendo que la menor presenciara las relaciones sexuales completas del recurrente y otra condenada), sin importar cuál fuera su propósito ulterior, es constitutivo del delito de exhibicionismo del artículo 185 CP por ser un acto independiente que ni necesariamente iba a ser seguido por otro de naturaleza sexual, ni revestía los caracteres del delito del artículo 188.4 CP por el que también se condenó al recurrente.

8.4.- Por último, la sentencia recurrida se pronuncia sobre el argumento, reproducido en casación, de la posible contradicción existente al condenar por el delito de exhibicionismo (realizar el acto sexual "ante" la menor) y absolver por el de abusos sexuales (realizar el acto sexual "con" la menor) descartando que la absolución por el delito de abusos equivalga a considerar atípico el acto sexual, dado que aquella absolución se basaba en la validez del consentimiento prestado por la menor que había cumplido ya 16 años, pero no impedía la condena por el delito de prostitución, en el que es irrelevante el consentimiento -al igual que el delito de exhibicionismo- al ser menor de 18 años.

El recurrente discrepa dado que lo planteado ante la Sala de apelación no era la relación entre los abusos y la prostitución, sino entre el delito de exhibicionismo y el de abusos, e insiste en que la absolución del delito de abusos sexuales, del que venía siendo acusado, ha de comportar la absolución del delito de exhibicionismo, por haber mediado consentimiento válido de la menor que era mayor de 16 años y el delito de abusos sexuales subsumiría el de exhibicionismo, y siendo atípico aquel, éste igualmente ha de serlo.

Pretensión inaceptable dado que la sentencia, de una parte, no subsume el delito de exhibicionismo en el de prostitución, considerando a estos efectos no aplicable la doctrina jurisprudencial de la consunción del delito de exhibicionismo en el delito de abusos, y de otra, que la absolución por este último, no implica la de los delitos de prostitución de menores y de exhibicionismo.

RECURSO Sandra

NOVENO.- Al igual que en el recurso interpuesto por Rita , por razones de técnica casacional, alteraremos el orden de los recursos interpuestos, principiando por los articulados por infracción de preceptos constitucionales, continuando por los de quebrantamientos de forma y acabando por los de infracción de ley de los arts. 849.2 y 849.1 LECrim.

El motivo séptimo al amparo del art. 852 LECrim , con infracción de precepto constitucional relativo a la presunción de inocencia.

Considera que sin ninguna prueba de cargo se ha considerado acreditado que la recurrente tenía conocimiento de la edad de la perjudicada, y que no se ha practicado prueba alguna para desvirtuar la presunción de inocencia de la misma, transcribiendo parcialmente la declaración de la menor recogida en el fundamento de **derecho** tercero de la sentencia de la Audiencia Provincial.

9.1.- Dando por reproducida la doctrina jurisprudencial expuesta en los motivos articulados por la misma vulneración de la presunción de inocencia de los anteriores recurrentes, el motivo debe ser desestimado.

Las sentencias de instancia y apelación consideran a Sandra como la persona que ejercía de encargada, asumiendo las funciones de la acusada Rita cuando ésta no estaba, y hacía los apuntes oportunos en las libretas intervenidas, de los registros diarios de actos sexuales y consumiciones vinculadas a estos en cuatro columnas con el título de "nombre", "cliente", "precio" y "pagado", lo que considera acreditado por el testimonio de la víctima, corroborado por aquellos apuntes, mensaje de audio de Sandra a Rita , cuyo contenido (ver folio 13 sentencia AP) es inequívoco sobre las funciones de Sandra , la correspondencia de las manifestaciones de Carmela con los datos de la libreta.

DÉCIMO.- El motivo quinto al amparo del art. 850.1 LECrim por quebrantamiento de forma al haberse denegado diligencias de prueba que, propuestas en tiempo y forma, habían de ser consideradas pertinentes.

1- Que se libre oficio a la Comisaría Provincial de Almería, Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras-UCRIF para volcado de las imágenes y videos contenidos en el disco duro de cámaras de videovigilancia marca AYHUA que fue intervenido en el pub DIRECCION001 en CALLE000 NUM000 .

2.- Que se libre Oficio a la Comisaría Provincial de Almería, Brigada Provincial de Extranjería y Fronteras-UCRIF, para el volcado integral y completo de las conversaciones contenidas en el "informe sobre dispositivos móviles" obrante en autos al folio 674 y ss.

3 - Que la "menor" fueran examinada por medico forense especializado en psicología a fin de que emitiera informe de valoración de credibilidad de la víctima y su capacidad de fabulación, y que dicho forense compareciera en el plenario a fin de ratificar y aclarar dicho informe, (que jamás se hizo).

4- TESTIFICAL DE DOÑA Belinda con DNI NUM003 , al tratarse de la propietaria del Pub DIRECCION001 , y que podría acreditar que mi mandante es una simple empleada con las funciones de camarera en dicho pub y que no es gerente ni encargada en el mismo.

Pruebas que fueron solicitadas por la recurrente y tras su denegación fueron reiteradas con carácter previo al inicio del juicio oral, siendo de nuevo rechazadas por el tribunal "a quo" de forma irrazonable e infundada, siendo pruebas relevantes y decisorias para la defensa.

10.1.- Dando por reproducida la doctrina jurisprudencial expuesta en el análisis del motivo cuarto del recurso interpuesto por Rita , el motivo debe ser desestimado.

En efecto, en relación a las dos primeras pruebas, nos remitimos a lo expuesto en aquel motivo en cuanto son las mismas pruebas denegadas.

10.2.- En cuanto a la tercera, la prueba que se menciona no consta propuesta en el escrito de defensa de la recurrente (folios 729 a 731 de la causa): ni en la propuesta de prueba pericial (folio 730 vuelto) ni en los otrosíes, todos dedicados a impugnar la prueba preconstituída, autos y documentos. Esta prueba fue propuesta por la defensa de D. Fructuoso y el concreto extremo de la credibilidad (se planteaban otros tres objetos previamente como principales) se denegó en auto de 15 de enero de 2019 (en esa fecha la víctima ya era mayor de edad) porque la apreciación de este concreto extremo corresponde al Tribunal en el juicio oral, como así es.

En cuanto a la prueba testifical de D^a Belinda , en el auto mencionado se acordó que las defensas aclarasen su relación con los hechos. En escrito sin fecha presentado el 23 de enero de 2019 se informaba que los testigos (entre los que se encontraba D^a Belinda) eran clientes habituales del Pub y que los días de los hechos estuvieron presentes, por lo que podían aclarar si la testigo protegida estuvo y trabajó en el local. En providencia



de 29 de enero se denegó la testifical de D^a Belinda por ser innecesario su testimonio. En el acto del juicio oral se dijo que era arrendataria del local, aportando un contrato privado de subarrendamiento de 30 de enero de 2017 (posterior a los hechos, que sucedieron a principios de junio de 2016) en el que figura formalmente como administradora única de la mercantil " DIRECCION002 ." sociedad subarrendadora en ese contrato del local en que estaba el establecimiento " DIRECCION001 ". El Tribunal denegó la testifical por innecesaria lo que se ratificó en la vista oral al remitirse a las resoluciones dictadas. El resultado de la prueba practicada en el juicio es suficiente para acreditar que D^a Sandra era la encargada del establecimiento en ausencia de quien lo regentaba, la otra acusada D^a Rita , sin que la práctica de la testifical de cuya ausencia ahora se queja la recurrente pueda producir modificación de los hechos.

UNDÉCIMO.- El motivo sexto al amparo del art. 851.1 LECrim, por resultar manifiesta contradicción entre los hechos probados.

Señala que en el párrafo quinto del hecho único de los hechos probados se recoge que: "... El acusado pagó 60 euros por cada uno de los actos a Sandra , que dejó constancia en una libreta en la que se consignaban los servicios sexuales prestados."

El fundamento de **derecho** cuarto relativo a la valoración de la prueba, recoge en su párrafo tercero que: " Fructuoso quiso mantener relaciones y ella se negó, por lo que Sandra le regañó y no le pagó ese día". Y al final del mismo párrafo quinto se recoge: "La testigo desconocía si de estas cuestiones estaba al tanto Rita , pero puntualizó que fue ella quien los presentó y quien le dijo que tenía que entrar con él al reservado".

El fundamento de **derecho** séptimo relativo a la autoría recoge sin embargo otros hechos como constitutivos de condena: "La segunda (Sandra) acató tales instrucciones, realizando los actos necesarios para que la menor entrara en el reservado, primero acompañada de María Antonieta y luego sola, con otro de los acusados para mantener relaciones sexuales a cambio de dinero".

Considera el Tribunal sin embargo que solo con la declaración de la víctima se puede desvirtuar la presunción de inocencia.

El motivo se desestima.

11.1.- Es doctrina reiterada de esta Sala, SSTS 253/2007, de 26-3; 121/2008, de 26-2; 774/2016, de 19-10; 878/2016, de 22-11; 712/2021, de 22-9, que la esencia del vicio formal de la contradicción consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que por ser antitéticos resultan incompatibles entre sí, de tal suerte que la afirmación de una resta eficacia a la otra al excluirse uno al otro produciendo una laguna en la fijación de los hechos (STS. 299/2004 de 4 de marzo).

Para que pueda prosperar este motivo de casación son necesarios los siguientes requisitos:

- a) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el sentido gramatical de la palabra; por ello, la contradicción debe ser ostensible y debe producir una incompatibilidad entre los términos cuya contradicción se denuncia; en otras palabras, que la afirmación de un hecho implique necesariamente la negación del otro, de modo irreconciliable y antitético, y no de una mera contradicción ideológica o conceptual;
- b) debe ser insubsanable, pues aún a pesar de la contradicción gramatical, la misma puede subsumirse en el contexto de la sentencia; es decir, que no exista posibilidad de superar la contradicción armonizando los términos antagónicos a través de otros pasajes del relato;
- c) que sea interna en el hecho probado, pues no cabe esa contradicción entre el hecho y la fundamentación jurídica; a su vez, de este requisito se excepcionan aquellos apartados del fundamento jurídico que tengan un indudable contenido fáctico; esto es, la contradicción ha de darse entre fundamentos fácticos, tanto si se han incluido correctamente entre los hechos probados como si se trata de complementos fácticos integrados en los fundamentos jurídicos;
- d) que sea completa, es decir que afecta a los hechos y a sus circunstancias;
- e) la contradicción ha de producirse con respecto a algún apartado del fallo, siendo relevante para la calificación jurídica, de tal forma que si la contradicción no es esencial ni imprescindible a la resolución no existirá el quebrantamiento de forma;
- f) que sea esencial en el sentido de que afecte a pasajes fácticos necesarios para la subsunción jurídica, de modo que la mutua exclusión de los elementos contradictorios origine un vacío fáctico que determine la falta de idoneidad del relato para servir de soporte a la calificación jurídica debatida.

Concluyen esas resoluciones con cita de la STS 1250/2005, de 28 de octubre : "...como consecuencia de la contradicción, que equivale a la afirmación simultánea de hechos contrarios con la consiguiente destrucción



de ambos, debe sobrevenir un vacío que afecte a aspectos esenciales del sustrato fáctico en relación a la calificación jurídica en qué consiste el "iudicium", lo que se debe significar diciendo que la contradicción sólo es motivo de casación cuando es causa y determinante de una clara incongruencia entre lo que se declare probado y sus consecuencias jurídicas".

11.2.- En el caso que nos ocupa, se pretende establecer contradicción entre el hecho probado y frases señaladas en el fundamento de **derecho** -el cuarto- que se refiere a partes de lo declarado por la víctima, pero que no constituye hecho probado.

Las frases contenidas en el Fundamento de **Derecho** Tercero, en cambio, sí que pueden ser consideradas hechos que el Tribunal ha considerado probados, aunque estén en los Fundamentos de **Derecho**. Pero, en cuanto a la posible contradicción, son hechos congruentes con otras frases de los hechos probados: "Esta circunstancia era conocida por el también acusado Fructuoso, cliente del local y abogado de Rita, quien, tras ver allí a la menor trabajando y siendo conocedor de su edad, le pidió varias veces en esas fechas que tuviera relaciones sexuales con él, trasladándole su deseo a Rita, que a su vez se lo hizo saber a Sandra y a la también acusada María Antonieta, trabajadora del establecimiento." El párrafo siguiente, del que la recurrente entresaca la frase que señala, es congruente con el que hemos transcrito y con lo que consta en el Fundamento de **Derecho** Tercero sin que exista contradicción lógica.

DUODÉCIMO.- El motivo segundo por infracción de ley del art. 849.1 LECrim, al amparo del art. 849.2, por infracción de ley por existir error en la valoración de la prueba, con vulneración del principio de culpabilidad del art. 5 CP, vulneración del **derecho** a la presunción de inocencia art. 24 CE.

El motivo se limita a señalar que no se recoge en el relato de hechos probados cuáles han sido "los actos necesarios para que la menor entrara en el reservado" que se refiere en el fundamento relativo a la autoría como realizados por la recurrente. Y se contradice con lo recogido en el fundamento de **derecho** cuarto relativo a la valoración de la prueba donde se expresa que "la testigo desconocía si de estas cuestiones estaba al tanto Rita, pero puntualizó que fue ella quien los presentó y quien le dijo que tenía que entra con él al reservado".

En definitiva, la recurrente plantea cuestiones ajenas a la vía casacional del art. 849.2 LECrim en cuanto no cita documento alguno, se limita a quejarse de lo que considera ausencias en el relato fáctico y a unas hipotéticas contradicciones con afirmaciones en el fundamento de **derecho** cuarto de la sentencia de instancia, no a la recurrida.

DÉCIMO TERCERO.- El motivo primero por infracción de ley del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 188.1 CP, en relación con el principio de intervención mínima del **derecho** penal.

Considera que ser la encargada de la caja del local en los días en que Rita no estaba, haciendo apuntes en los libros y dando cuenta a la que sustituía en tales momentos, sin precisar los momentos o días, aunque los apuntes sean de precio recibido por servicios de contenidos sexual, no constituye infracción penal. Considera además que no ha existido explotación ni falta de libertad y que un mayor de 16 años tiene plena libertad sexual.

El motivo se desestima.

13.1.- La recurrente ha sido condenada por su actuación como encargada del local, animando a Carmela a realizar los actos sexuales que le solicitaban, controlándola, o recibiendo el dinero por el servicio en nombre del establecimiento y haciendo las anotaciones pertinentes en las libretas ocupadas.

Tal actuación, tal como se ha razonado en el motivo 1º del recurso interpuesto por la coacusada Rita, se subsume en el tipo penal del art. 188.1 CP en cuanto induce, promueve, favorece y facilita la prostitución de un menor de edad, aunque no medie coacción alguna, dado que si la víctima fuese menor de 16 años el hecho se califica como subtipo agravado del párrafo 2º del núm. 1 del art. 188 con pena de prisión de 4 a 8 años, en lugar de la pena del tipo básico, de 2 a 5 años, y si los hechos se hubieran cometido con violencia o intimidación, la pena de prisión será de 5 a 10 años, si es menor de 16 años y de 4 a 6 años en los demás casos.

La jurisprudencia que se cita en el motivo se refiere a la prostitución de personas mayores de edad, exigiéndose el empleo de la violencia, intimidación o engaño (vid. actual art. 187.1 CP y la Decisión Marco 2002/629/JAI, de 19-7) alude a la explotación sexual de una persona "que no sea un niño" con fines lucrativos en los que se recurra a la coacción, en particular mediante violencia o amenazas, se recurra al engaño o haya abuso de autoridad u otras formas de presión, de modo tal que la persona carezca de una opción real y aceptable que no sea la de someterse a la presión o abuso de que es objeto.

13.2.- Por último se solicita en el motivo que esta Sala se pronuncie sobre la despenalización de todos los comportamientos actualmente típicos de delitos sexuales sobre menores que hayan superado la edad de consentimiento sexual de tal modo que todos los mayores de 16 años tengan plena libertad sexual en todos los ámbitos posibles y solo merezcan la misma protección penal para los adultos cuando se haya producido



una afección a su libertad sexual, que debe ser predicada de los jóvenes de más de 16 años en los mismos términos que los mayores de edad, lo que implicaría en el contexto de los delitos relativos a la prostitución de menores que los mayores de 16 años tienen plena libertad sexual con quien quieran y como quieran, no importando en absoluto si ello es a cambio de una remuneración económica o cualquier otra promesa.

Pretensión inaceptable.

13.3.- Jurisprudencia consolidada de esta Sala, por todas STS 73/2022, de 27-1, ha afirmado que el recurso de casación por infracción de ley se circunscribe a los errores legales que pudo haber cometido el juzgador al enjuiciar los temas sometidos a su consideración por las partes, o, en su caso, el Tribunal de apelación al conocer del correspondiente recurso. Lo que implica que no puedan formularse ex novo y per saltum alegaciones relativas a otros que, pudiendo haberlo sido, no fueron suscitados con anterioridad. Lo contrario adentraría a esta Sala en cuestiones sobre las que los tribunales que nos precedieron en el conocimiento del asunto no se pronunciaron, y a decidir sobre ellas por primera vez y no en vía de recurso, lo que desnaturalizaría la casación.

Tradicionalmente se han venido admitiendo dos clases de excepciones a este criterio. En el caso de infracción de preceptos penales sustantivos, cuya subsanación beneficie al reo y pueda ser apreciada sin dificultad en el trámite casacional, porque la concurrencia de todos los requisitos exigibles para la estimación de la misma conste claramente en el propio relato fáctico de la sentencia impugnada, independientemente de que se haya aducido o no por la defensa. Y, también, en el caso de infracciones constitucionales que puedan ocasionar materialmente indefensión.

Se trata de excepciones a la regla general que se fueron asentando en un sistema en el que el recurso de casación estaba abocado a suplir una inexistente segunda instancia, que han sido interpretadas con una generosidad no justificada si ha mediado un previo recurso de apelación, como en este caso. Por lo que, una vez generalizada la doble instancia penal, como concluyó la STS 67/2020, de 24 de febrero, que condensó abundante jurisprudencia al respecto, y en el mismo sentido las SSTS 127/2020 de 14 de abril o 260/2020 de 28 de mayo, "en rigor, debe rechazarse en casación, como cuestión nueva, el examen de aquellas cuestiones que no fueron planteadas en apelación, cuando el recurrente pudo hacerlo". Criterio respaldado por la STS 345/2020 de 25 de junio, del Pleno de esta Sala.

En palabras que tomamos de la STS 84/2018 de 15 de febrero "es consustancial al recurso de casación, dada su naturaleza de recurso devolutivo, que el mismo se circunscribe al examen de los errores legales que pudo cometer el Tribunal de instancia -en el presente caso, el órgano ad quem llamado a resolver la apelación- al enjuiciar los temas que las partes le plantearon, sin que quepa ex novo y per saltum formular alegaciones relativas a la aplicación o interpretación de preceptos sustantivos no invocados, es decir, sobre cuestiones jurídicas no formalmente planteadas ni debatidas por las partes. Esta Sala necesita resolver siempre sobre aquello que antes ha sido resuelto en la instancia tras el correspondiente debate contradictorio, con la salvedad de que la infracción contra la que se recurre se haya producido en la misma sentencia (cfr. SSTS 1237/2002, 1 de julio y 1219/2005, 17 de octubre). En caso contrario, el Tribunal de casación estaría resolviendo por primera vez, es decir, como si actuase en instancia y no en vía de recurso, sin posibilidad de ulterior recurso sobre lo resuelto en relación con estas cuestiones nuevas (SSTS 1256/2002 4 de julio, y 545/2003 15 de abril)".

Situación que sería la contemplada en el caso presente, por cuanto tal pretensión no consta se planteara ni en la instancia ni en la apelación, sin que exista pronunciamiento alguno en las sentencias de la Audiencia Provincial y Tribunal Superior de Justicia.

DÉCIMO CUARTO.- El motivo tercero al amparo del art. 849.1 LECrim, por infracción de ley, por inaplicación del art. 14.1 y 2 CP.

Cuestiona que se considere acreditado el conocimiento de esta recurrente de la edad de la perjudicada, dadas las funciones que Sandra desempeñaba de eventual encargada de la caja, y el escaso tiempo que la perjudicada estuvo en el centro de trabajo, además de la apariencia externa de la misma.

Esta cuestión ya ha sido analizada en el motivo primero del recurso interpuesto por el coacusado Fructuoso, por lo que nos remitimos a lo allí expuesto en cuanto a la concurrencia del dolo eventual o el llamado dolo de indiferencia. En el caso actual, la acusada tuvo necesariamente que representarse la posibilidad o la probabilidad de que la víctima era menor de edad, y no obstante se despreocupó por completo de comprobar tal circunstancia por cualquiera de los medios que tenía a su disposición. Conocimiento que se deduce de los elementos externos concurrentes, como el lugar donde trabajaba a las órdenes de la acusada, encargada en funciones del local, y se hace tal alegación de que no sabía la edad de la víctima, esa condición de encargada hace que la alegación no sea creíble, ni eficaz para excusar, ya que esa interesada ignorancia ha de resultar



inocua, atendida la función de dirección efectiva desempeñada en el local, lo que hace que su conducta entre de lleno en el dolo eventual.

DÉCIMO QUINTO.- El motivo cuarto al amparo del art. 849.1 LECrim por indebida aplicación del art. 66.6 CP, dado que el acto realizado por Sandra se limitó a acatar las instrucciones de la encargada del local, realizando los actos necesarios para que la menor entrara en el reservado, primero acompañada de María Antonieta y luego sola, con el coacusado Fructuoso, para mantener relaciones sexuales a cambio de dinero. Por ello solicita que la pena se sitúe en el umbral mínimo de 2 años de prisión.

El motivo es similar al articulado en segundo lugar por la coacusada Rita y debe ser desestimado por las mismas razones.

Con independencia de que en apelación la extensión de la pena privativa de libertad solo fue cuestionada por la recurrente Rita (vid. fundamento **derecho** 8º) y no por esta acusada, el ser encargada del local en que la menor ejerció la prostitución -aun cuando fuera en ausencia de Rita-, colaborando en la gestión de la infraestructura para practicarla y anotando los "servicios" sexuales que las mujeres realizaban, hace que los hechos sean más graves y justifiquen esa pena superior ligeramente al mínimo previsto en la ley.

DÉCIMO SEXTO.- Desestimándose los recursos, procede condenar en costas a los recurrentes (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1º) Desestimar los recursos de casación interpuestos por la representación procesal de Rita ; de Sandra ; y de Fructuoso, contra la sentencia nº 59/2020, de fecha 4 de marzo de 2020, dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, en el Rollo de Apelación nº 206/2019.

2º) Imponer a los recurrentes las costas derivadas de sus respectivos recursos.

Comuníquese la presente resolución, a la mencionada Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla, con devolución de la causa en su día remitida.

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.

Manuel Marchena Gómez, presidente Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Ana María Ferrer García Susana Polo García Ángel Luis Hurtado Adrián