

**SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL
SUPERIOR DE JUSTICIA DE ANDALUCÍA, CEUTA Y
MELILLA
SECCIÓN APELACIÓN PENAL.**

REAL CHANCILLERIA, PLAZA NUEVA S/N, GRANADA

Tlf.: 662977340. Fax: 958002718

NIG: 1808731220220000075

RECURSO: **Apelación resoluciones (arts. 790-792 Lecrim) 199/2022**

Negociado: RS

Proc. Origen: Procedimiento Abreviado 2/2022

Juzgado Origen : SECCIÓN Nº 7 DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE MÁLAGA

Apelante: JUAN ANTONIO P. A.

Procurador : ELENA LANCHARRO FERNANDEZ

Abogado : YOLANDA SOLANA GONZALEZ

Apelado: MINISTERIO FISCAL

S E N T E N C I A N Ú M. 3/2023

ILMO SR. PRESIDENTE.....)

D. JOSÉ MANUEL DE PAÚL VELASCO.....)

ILTMOS SRES. MAGISTRADOS.....)

D. JULIO RUIZ-RICO RUIZ-MORÓN.....)

D. MIGUEL PASQUAU LIAÑO.....)

En la ciudad de Granada, a
once de enero de dos
mil veintitrés.

Apelación penal art. 73.3 LOPJ nº 199/2022

Vistos en grado de apelación por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, integrada por el Ilmo. Sr. Presidente y los lltmos. Sres. Magistrados al margen relacionados, el precedente rollo de apelación y autos originales de juicio penal seguidos ante la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Séptima) –Rollo nº 2/2022- , procedentes del Juzgado de Instrucción de Melilla nº 1 (Procedimiento Abreviado nº 19/2019), por delito de abuso sexual y corrupción de menores contra Juan Antonio P. A., con las circunstancias personales que constan en la sentencia apelada.

Ha sido parte, además del acusado, el Ministerio Fiscal; y ponente para sentencia Don Miguel Pasquau Liaño, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

Primero.- Incoada por el Juzgado de Instrucción nº 1 de Melilla la causa antes citada,

previas las actuaciones correspondientes, se acordó la apertura de juicio oral y se celebró éste sin incidencias a reseñar.

Segundo.- Con fecha 21 marzo 2022 se dictó sentencia por la que se condenaba al acusado como autor de un delito de corrupción de menores del 188.4º CP con la atenuante de dilaciones indebidas a la pena principal de tres años de prisión, y como autor de un delito de abuso sexual del art. 182.2 CP con la atenuante de dilaciones indebidas, a la pena principal de tres años y seis meses de prisión.

Tercero.- Por la defensa del condenado se ha interpuesto recurso de apelación en tiempo y forma, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia, y subsidiariamente por indebida aplicación del art. 182,2 CP

Cuarto.- Recibidas las actuaciones en esta Sala, se señaló para deliberación y fallo.

Quinto.- En la sentencia apelada se estimaron como probados los siguientes hechos:

“El acusado Juan Antonio P. A., nacido el 10 de mayo de 1953 y sin antecedentes penales, el día 10 de junio de 2018 acordó mantener relaciones sexuales en su domicilio con O. M. K. a cambio de pagarla cierta cantidad de dinero. O. le pidió 50 euros si tenían relaciones sexuales completas y 10 euros si sentaba con él en un sofá y le hacía compañía. Durante el curso de las relaciones sexuales el acusado penetró vaginalmente a la joven. Una vez finalizaron el acusado pagó a O. la cantidad de 10 euros. En un momento de descuido del acusado, O. le sustrajo 50 euros por considerar insuficiente la cantidad que le había pagado.

El 12 de junio de 2018 el acusado formuló denuncia ante la Dirección General de la Policía contra O. M. e I. B. T., esta última nacida el 12 de junio de 2001, por haberle sustraído en su domicilio el día 10 de junio determinada cantidad de dinero y un anillo.

O. M. K. nació el 28 de septiembre de 2000 en Nador, provincia de Marruecos.

Al tiempo de los hechos O. estaba acogida como menor no acompañada en el Centro de la Divina Infantita de esta ciudad de Melilla y realizaba prácticas en el supermercado local conocido como "Supersol".

O. y el acusado se conocían desde hacía seis meses aproximadamente. Durante este periodo O. mantuvo relaciones sexuales a cambio de dinero con el acusado en varias ocasiones. El acusado le daba entre 30 y 50 por tener relaciones sexuales con penetración y 10 euros si sentaba con él en un sofá y le hacía compañía.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

Primero.- Sobre la destipificación del antiguo delito de abuso sexual con menores con más de dieciséis años regulado en el art. 182.2 CP.

Con carácter previo al estudio de los argumentos del recurso, y dado que éste se formuló con anterioridad a la reforma del código penal llevada a cabo por la Ley Orgánica

10/2022 de 6 septiembre, de oficio debe apreciarse por la Sala que la conducta por la que se ha condenado al acusado como autor de un delito de abuso sexual ha quedado destipificada.

En efecto, en la sentencia se aplicó el artículo 182.2 CP, en su versión derogada, apreciándose la modalidad de “engaño”, y no la de abuso de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima,, que no quedaron acreditadas.

La intervención de engaño (que en la sentencia se concretó en la oferta de una cantidad de dinero superior a la que finalmente se entregó), que en la normativa anterior sólo era relevante cuando la víctima tenía una edad entre dieciséis y dieciocho años, no es circunstancia mencionada en la nueva regulación legal. Por tanto, en la medida en que doña O. M. K. manifestó terminantemente que las relaciones sexuales habidas con el acusado fueron consentidas (aunque a cambio de precio, lo que incardinaría los hechos en el delito de corrupción de menores por el que también viene condenado), la conducta no es constitutiva de delito en la actualidad, lo que comporta la absolución del acusado por el delito de abuso sexual, sin necesidad de valorar las alegaciones del recurrente sobre la existencia de prueba del engaño, ni si la diferencia entre la cuantía esperada por la víctima y la finalmente entregada puede calificarse como engaño a tales efectos.

Segundo.- Sobre la existencia de prueba del carácter oneroso de la relación sexual y del conocimiento por el acusado de la edad de la víctima.

Por lo que se refiere al delito de corrupción de menores, éste viene fundamentado en la sentencia en una única prueba: lo manifestado por O. en su declaración testifical.

Dicha declaración tiene una particularidad destacada por el recurrente que es necesario poner de manifiesto: la testigo no compareció en el acto del juicio y se acordó la reproducción de la declaración prestada en el Juzgado de Instrucción como prueba preconstituida. Sin embargo, por problemas técnicos consistentes en que no se veían las imágenes en el monitor de la Sala, sino sólo en los monitores de los magistrados integrantes del tribunal, se acordó por el Presidente, tras dos minutos aproximadamente de visionado, que la grabación audiovisual sería vista y oída privadamente por los magistrados una vez terminado el juicio oral.

Es de todo punto evidente que tal modo de proceder no es admisible. No se trata de una prueba documental, sino de una prueba testifical, y como tal prueba anticipada ha de ser introducida *en el juicio oral* a fin de integrarla junto con el resto de las pruebas practicadas, a fin de que al término del juicio los magistrados integrantes de la Sala estuvieran ya en condiciones de deliberar. El problema técnico aludido permitía la práctica de la prueba, aunque con incomodidades. En todo caso, y como mínimo, no había obstáculo alguno para, al menos, su audición: las dificultades para el visionado (lo que constituye, ciertamente, una merma para la integridad de la prueba testifical) no pueden invocarse como motivo para degradar aún más la prueba, excluyendo la audición en el plenario.

Es cierto que ni el Ministerio Fiscal ni la defensa pusieron reparos a la decisión de la Sala y prestaron su conformidad. Por el letrado de la defensa se aseguró que conocía el contenido de la declaración. Sin embargo el acusado manifestó, en su intervención al amparo del derecho a la última palabra, que ignoraba su contenido, y rebatió una de las afirmaciones que sí pudieron escucharse en la reproducción parcial. Y es claro que una condena no puede basarse en una única prueba que no se ha hecho accesible al acusado, puesto que, entre otras consideraciones, queda fatalmente mermado su derecho a la última palabra, en la que bien habría podido rebatir cualquier aspecto de las afirmaciones de la testigo de haberlas

presenciado. Téngase en cuenta al respecto que el hecho de que el acusado sea el primero en declarar, antes por tanto de la práctica de las pruebas de cargo, hace que el derecho a la última palabra adquiera un valor especial, también desde el punto de vista probatorio: no puede dudarse de que, en tal caso, el acusado tiene el derecho a comentar personalmente el contenido de las pruebas que ha presenciado, con independencia o al margen del informe final que en su nombre haga su abogado defensor. La defensa, en efecto, asiste técnicamente al acusado, pero éste no es un cero a la izquierda y puede aportar, directamente en la última palabra, o a través de su abogado si así lo prefiere, dándole las indicaciones que fueran necesarias, cuantas consideraciones entienda que puedan resultarle favorables, para lo que es fundamental que haya podido conocer las pruebas de cargo que pudieran conducir a su culpabilidad.

La Sala entiende, en consecuencia, que pese al aquietamiento o aquiescencia del abogado defensor a la propuesta del Presidente de omitir la reproducción de la declaración de la testigo, dicha omisión es sumamente relevante en orden, no ya a su validez (en el recurso no se pide nulidad de actuaciones), sino a su valoración. Ha de tenerse en cuenta, en este plano de valoración de prueba, que el hecho de tratarse de una prueba preconstituída ya es de por sí un déficit (en la medida en que se limita la contradicción con inmediación ante el tribunal), y que al tratarse de una única prueba ha de ser analizada sin automatismos y con especial rigor, lo que en este caso se incrementa al no haberse en realidad introducido en el juicio oral y no haber sido presenciada por el acusado.

Desde este punto de vista, los elementos centrales de la declaración de la testigo, consistentes en que medió precio por la relación sexual y en que había manifestado al acusado que tenía diecisiete años, quedan enormemente debilitados.

En efecto, la testigo declara inicialmente, en dependencias policiales, en situación de denunciada, por cuanto el acusado acudió a la policía para denunciar el robo de una cantidad de dinero y de un anillo, atribuyendo responsabilidad a la testigo y a otra persona. En su declaración como prueba constituida mantuvo su versión (es decir, que mediaba dinero a cambio de relaciones sexuales, que no había otro tipo de relación entre ambos, y que él conocía su edad) en calidad de testigo, es decir, con obligación de decir la verdad, pero puede apreciarse con la audición de la misma (respecto de la que esta Sala tiene exactamente las mismas condiciones de inmediación que las que tuvo el tribunal de instancia) un claro sentido autoexculpatorio, pues de su contenido destaca su interés en limitar la relación al aspecto puramente económico (llegó a negar que ayudara en la casa del acusado, aunque a preguntas de la defensa manifestó después que sí) y se centró en explicar que sustrajo dinero del acusado como compensación por el acto sexual. Dicho de otro modo: en la medida en que la existencia de promesa económica por el acto sexual era lo único que le permitía justificar el hurto por el que había sido denunciada, resulta legítimo sospechar de la existencia de un concreto motivo espurio en su declaración inculpatoria.

A ello debe añadirse el contraste entre lo manifestado por dicha testigo y el contenido de la testifical de don Pablo N., que sí se practicó con regularidad en el juicio. Dicho testigo narró el modo en que, por su mediación, contactaron el acusado y la testigo doña O. M., y la finalidad de ayuda doméstica (no inicialmente sexual), mientras que ella manifestó que se conocieron a través de una amiga suya (a la que no identificó) y con finalidad exclusivamente sexual desde el primer momento. Igualmente el testigo Sr. N. manifiesta que O. dijo tener dieciocho años y que a él incluso le parecía que “se estaba quitando años”. La sentencia no explica por qué no cree a este testigo respecto de la existencia de una relación de asistencia doméstica entre acusado y víctima, limitándose a decir que ese aspecto es irrelevante, cuando no lo es, pues en caso de ser creído el Sr. N. quedaría de manifiesto el énfasis de doña O. M. en negar cualquier otro aspecto de la relación que no fuera el comercio sexual, lo que resultaría presupuesto necesario para

justificar la sustracción que llevó a cabo. Ha de aclararse que esto no se dice como conclusión o convencimiento de la Sala sobre lo sucedido, sino exclusivamente a los efectos de razonar la insuficiencia de la prueba de cargo para la condena impuesta.

Respecto del alegado error de tipo (creencia del acusado de que doña O. era mayor de edad), ha de tenerse en cuenta lo siguiente: por un lado, que no consta en la causa documentación que acredite la edad de O.; por otro lado, que trabajaba en un supermercado como cajera, lo que bien pudo ser considerado por el acusado como indicio de su mayoría de edad (al no constar que supiera que era un trabajo en prácticas); y por otro, la fotografía del perfil de O. en una red social en la que se la ve conduciendo un automóvil. El acusado manifestó que éste es el automóvil de su propiedad, que la foto la hizo él, y que ella le aseguró que tenía permiso de conducir, lo que sería un indicio más de que el acusado pudo creer que era mayor de edad. O., en cambio, manifestó que quien aparece en la foto (que, se insiste, es la que usaba en su perfil en una red social) no es ella, sin dar una explicación de quién es entonces y por qué usa en su perfil una foto ajena, lo que, a primera vista, no parece especialmente verosímil, salvo que se interpretase como sugerente de que intenta aparentar una edad que no tiene.

Por último, aunque a mayor abundamiento, no puede dejar de considerarse otra circunstancia: el acusado tiene la condición profesional de guardia civil, lo que permite suponer que conoce perfectamente que no puede tener relaciones sexuales a cambio de dinero con menores de entre dieciséis y dieciocho años. De ser consciente de que no alcanzaba los dieciocho años y ser cierto que le pagaba dinero por tener relaciones sexuales, sería verdaderamente arriesgado denunciarla por la sustracción de dinero, pues lo normal sería en tal caso verse implicado en un delito de corrupción de menores. Es cierto que lo relevante no son los cálculos de una persona a la hora de denunciar o no un hecho, pero se dice, de nuevo, como elemento a tener en cuenta en orden a valorar la verosimilitud de lo manifestado por la testigo-víctima, única prueba de cargo sobre el conocimiento por el acusado de su edad.

Si añadimos la tan grande merma del valor probatorio de dicha testifical al no haber sido introducida regularmente en el juicio oral y no haberla presenciado el acusado, la conclusión es que la condena que se le impone por el delito de corrupción de menores sobre una prueba tan irregularmente practicada y tan débil desde el punto de vista de la convicción que suministra, vulnera el derecho del acusado a la presunción de inocencia, lo que conduce a la estimación íntegra del recurso.

Tercero.- Se declaran de oficio las costas causadas en esta segunda instancia.

VISTOS los preceptos legales citados y demás de general y pertinente aplicación, la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, actuando como Sala de lo Penal, dicta el siguiente

FALLO

Que **estimando** el recurso formulado por la defensa de Juan Antonio P. A. contra la

sentencia dictada por la Sección Segunda de la Audiencia Provincial de Málaga (Sección Séptima), la revocamos y en su lugar absolvemos al acusado de los delitos por los que venía acusado, con todos los pronunciamientos favorables. Con declaración de oficio de las costas causadas en esta alzada.

Notifíquese esta Sentencia al Ministerio Fiscal, a la acusación particular y al condenado a través de su Procurador, quien deberá informar a la Sala, en su caso, de la imposibilidad de hacerlo dentro del plazo para recurrir, instruyéndoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación ante la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo, que, en su caso, deberá prepararse ante esta Sala de lo Civil y Penal en el término de cinco días a partir de la última notificación de la misma. Únase certificación de la sentencia al correspondiente Rollo de esta Sala.

Notifíquese esta sentencia a doña O. M. K..

Una vez firme, devuélvanse los autos originales a la Audiencia Provincial, con testimonio de la presente resolución y, en su caso, de la que pueda dictarse por la Sala Segunda del Tribunal Supremo, con remisión del correspondiente oficio para ejecución y estricto cumplimiento de lo definitivamente resuelto.

Así por esta nuestra Sentencia, juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

DILIGENCIA DE PUBLICACIÓN .-

En Granada, a once de enero de dos mil veintitrés. La pongo yo, la Letrada de la Administración de Justicia, para hacer constar que la Sentencia Penal de fecha de hoy, es entregada en este órgano judicial, uniéndose certificación literal al procedimiento de su razón, incorporándose el original al legajo correspondiente, estando registrada con el número 3/2023. La presente Sentencia es pública. Doy fe.-

"La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada sólo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que los mismos contuvieran y con pleno respeto al derecho a la intimidad, a los derechos de las personas que requieran un especial deber de tutela o a la garantía del anonimato de las víctimas o perjudicados, cuando proceda. Los datos personales incluidos en esta resolución no podrán ser cedidos, ni comunicados con fines contrarios a las leyes."