



Roj: **STSJ CV 5/2018 - ECLI: ES:TSJCV:2018:5**

Id Cendoj: **46250310012018100002**

Órgano: **Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Civil y Penal**

Sede: **Valencia**

Sección: **1**

Fecha: **17/01/2018**

Nº de Recurso: **3/2018**

Nº de Resolución: **3/2018**

Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**

Ponente: **CARMEN LLOMBART PEREZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

COMUNIDAD VALENCIANA

SALA DE LO CIVIL Y PENAL

VALENCIA

NIG Nº 03065-43-1-2016-0005436

Rollo de Apelación Nº 3/2018

Procedimiento Abreviado Nº 205/2016

Audiencia Provincial de Alicante

Sección 7ª DIRECCION000

Procedimiento Abreviado Nº 132/2016

Juzgado de Instrucción Nº 4 de DIRECCION000

SENTENCIA Nº 3/2018

Ilmo. Sr. Presidente

D. Antonio Ferrer Gutiérrez

Ilmos. Sres. Magistrados

Dª Carmen Llombart Pérez

D. Rafael Pérez Nieto

En la Ciudad de Valencia, a diecisiete de enero de dos mil dieciocho.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados que al margen se indican, ha visto el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia Nº 545/2017, de fecha 26 de septiembre, dictada por la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Alicante, en su procedimiento abreviado Nº 205/2016, dimanante del procedimiento abreviado seguido ante el Juzgado de Instrucción Nº 4 de DIRECCION000 con el número 132/2016, por delito de abuso sexual.

Han intervenido en el recurso, en calidad de apelante, D. Jesús Carlos, representado por el Procurador de los Tribunales Dña. Mirna Gisela Moscoso Arrua y dirigido por el Letrado D. Luis González Diéguez; como apelado, el Ministerio Fiscal y Silvia y Marí Luz representadas por la Procuradora de los Tribunales Dña. Laura Navarro Ros y defendidas por el Letrado D. Miguel Ángel Romero González; y ha sido Ponente la Ilma. Sra. Dña. Carmen Llombart Pérez, quien expresa el parecer del Tribunal.

I.- ANTECEDENTES DE HECHO



PRIMERO.- La sentencia recurrida, declara probados los hechos siguientes:

1.- El acusado Jesús Carlos , mayor de edad y sin antecedentes penales, con DNI NUM000 , en fecha no determinada del mes de marzo de 2016, se encontraba en su domicilio sito en la CALLE000 , nº NUM001 , NUM002 , en DIRECCION000 , en compañía de su madre D^a Carlota , con la que convive en dicho domicilio, y junto a D^a Elvira , que en esos momentos estaba realizando tareas de limpieza en el hogar-acudía al citado inmueble dos veces al mes o cuando la llamaba el acusado.

Estando Dña. Elvira en el cuarto de baño limpiando el lavabo, el acusado la abordó por detrás agarrándole con fuerza el pecho derecho por encima de la ropa. Elvira sorprendida y asustada se revolvió logrando zafarse del acusado, marchándose a continuación de la vivienda. Este episodio, nada más suceder, se lo contó D^a Elvira a su suegra, D^a Mariola , a la sazón cuñada del acusado, no denunciando el hecho en ese instante a la Policía por temor a enfrentar a las familias.

2.- El día 24 de abril de 2016, sobre las 19:00 aproximadamente, el acusado Jesús Carlos se encontraba en el domicilio arriba reseñado en compañía de su madre Dña. Carlota , su cuñada D^a Mariola , antes mencionada, la nuera de ésta, D^a Elvira y su hija menor, Silvia , nacida el día NUM003 de 2005.

Mientras los mayores reseñados se encontraban en la salita de la vivienda, la menor Silvia estaba sola en el patio interior viendo las jaulas de pájaros que tenía el acusado; en un momento dado, y cuando se disponía a salir del patio, el acusado, aprovechando tal circunstancia y el hecho que desde la salita no se ve el patio, con evidente ánimo de calmar sus deseos sexuales y prevaleciéndose de su condición de familiar- tío-abuelo de la niña-, se acercó a Silvia , la cogió, y le metió una mano por dentro de la camiseta que llevaba puesta, agarrándole los pechos al tiempo que metía la otra mano por debajo de su ropa interior, palpando su vulva.

La menor le insistía que la dejara marchar, atemorizada, pero el acusado la sujetó de uno de los brazos, llevando una mano de Silvia a los genitales del acusado, que la menor terminó tocando por dentro del pantalón. En ese momento le dijo a la menor que no contara nada a sus padres.

Todo ello sucedió hasta que la madre de la menor, D^a Marí Luz , entró en el patio y sorprendió al acusado cogiendo la camiseta de su hija y mirándole los pechos desde arriba.

Como consecuencia de los hechos anteriormente descritos, Silvia comenzó a padecer fuertes episodios de ansiedad, terrores nocturnos y se ausentó numerosos días del colegio por el malestar que sufría; sintomatología que ha ido superando en positivo con el tratamiento psicológico recibido durante este tiempo, encontrándose en la actualidad más tranquila y sosegada.

D^a Elvira formuló denuncia por ambos episodios en la Comisaría de Policía de DIRECCION000 , en fecha 28 de abril de 2016.

SEGUNDO.- El fallo de la sentencia apelada dice:

" Que debemos **CONDENAR** y **CONDENAMOS** al **ACUSADO** en esta causa Jesús Carlos , como autor criminalmente responsable de:

A) un delito de abusos sexuales, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **DIECIOCHO MESES DE MULTA, A RAZÓN DE 6 EUROS/DÍA**, con responsabilidad personal subsidiaria de un día de privación de libertad por cada dos cuotas impagadas, si no la satisficiera voluntariamente o por la vía de apremio.

B) un delito de abusos sexuales a menor de dieciséis años, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a la pena de **CUATRO AÑOS DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Y prohibición de aproximarse a menos de 300 metros a la menor Silvia en cualquier lugar en que se encuentre, así como acercarse a su domicilio o lugar de trabajo o cualquier otro que éste frecuente y de comunicarse con ella por cualquier medio por tiempo superior a **SIETE años** a la pena de prisión impuesta.

Se le impone, además, al acusado, la medida de libertad vigilada, a ejecutar con posterioridad a la pena de prisión impuesta, por tiempo de **CINCO AÑOS**, consistente en la participación en cursos de educación sexual.

Se condena al procesado al pago de las costas del juicio, incluidas las de la acusación particular.

En vía de responsabilidad civil, el referido condenado deberá indemnizar a D^a Elvira en la suma de 1000 euros por los daños morales causados, más el interés legal que devengue dicha suma conforme al artículo 576 de la LEC .

Asimismo deberá indemnizar a la menor Silvia , a través de su representación legal en la cantidad de **NUEVE MIL EUROS (9.000 EUROS)**, en concepto de daño moral más el interés legal que devengue dicha suma conforme al artículo 576 de la LEC .



En ambos casos es de aplicación en cuanto al pago de la indemnización lo prevenido en la LO 35/95 de 11 de Diciembre que regula las ayudas a las víctimas por delitos dolosos y contra la libertad sexual.

Para el cumplimiento de la pena impuesta, le servirá de abono los días que hubiere estado privado de libertad por esta causa.

Requírase al acusado al abono, en plazo de quince días de la responsabilidad civil declarada; caso de impago y si carece de bienes, procédase conforme a Ley".

TERCERO.- Notificada dicha sentencia a las partes, por la representación de Jesús Carlos se interpuso contra la misma recurso de apelación ante el órgano judicial que la dictó, por los motivos que desarrolla ampliamente en su correspondiente escrito.

CUARTO.- Recibido el escrito de formalización del recurso, se dio traslado del mismo a las demás partes por un plazo común de diez días para la presentación, en su caso, de los correspondientes escritos de impugnación o de adhesión al recurso. El Ministerio Fiscal evacuado el recurso de apelación interpuesto interesó la desestimación del mismo la confirmación de la sentencia recurrida. Por la representación de Elvira y Marí Luz se formuló escrito de impugnación al recurso planteado oponiéndose de forma total y absoluta al recurso interpuesto solicitando la confirmación de la sentencia todos los extremos Transcurrido dicho plazo, se elevaron a este Tribunal Superior de Justicia los autos originales con todos los escritos presentados.

QUINTO.- Recibidas las actuaciones se acordó el registro y formación del presente rollo, siendo designado el Magistrado ponente que turno correspondía, así como la composición de los restantes miembros del Tribunal, señalándose seguidamente día para la deliberación, votación y fallo de la causa al no entenderse que existieran méritos que justificases la celebración de vista pública.

II. HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos declarados probados en la Sentencia apelada, que han quedado anteriormente transcritos

III. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

PRIMERO.- El recurso de apelación interpuesto se basó en primer lugar, en quebrantamiento de normas y garantías procesales, con indefensión por indebida denegación de prueba, con infracción de lo dispuesto en el artículo 24.2 de la constitución . En el escrito de defensa de 26 de octubre de 2016 solicitábamos como prueba previa al acto del juicio oral informe psicológico del acusado, prueba que fue admitida mediante auto de fecha 21 de diciembre de 2016 para posteriormente y por diversos motivos, se rechazara. Solicitada la suspensión del juicio oral parece practicarse dicha pericial fue rechazada nuevamente por la sala formular la correspondiente protesta.

Señala la sentencia objeto del presente recurso que dicha prueba pericial deviene innecesaria entendiendo que tampoco le ha resultado útil, necesaria e imprescindible a esta defensa ya que pudiendo aportar dicho informe al acto de la vista no se hizo y que nos ha demostrado que el hecho de no practicarse la pericial es causante de indefensión por vulneración del derecho de defensa y que como se solicitó la suspensión del acto del juicio oral dicha petición alberga intenciones dilatorias de celebración de juicio. Razonamientos que no son acordes con lo que realmente consta en la causa y acaecido el juicio oral.

Alega el recurrente en relación con la no necesidad de la prueba que cabe recordar cronológicamente las distintas peticiones y resoluciones en relación con la pericial denegada. Por escrito de 26 de octubre de 2016 y como prueba previa al acto del juicio oral se solicitaba que se pidiese informe psicológico a fin de determinar los caracteres principales de su personalidad y valoración de sus capacidades intelectivas y volitivas. Mediante auto de fecha 21 de diciembre de 2016, la sección séptima de la audiencia Provincial de Alicante admite y declara pertinente todos los medios de prueba propuestos. En fecha 15 de junio de 2017 se emite informe médico forense el cual señala textualmente "... No está capacitada para pasar test de personalidad y tampoco puede emitir diagnósticos psiquiátricos". El 27 de junio de 2017 solicita que dadas las manifestaciones del médico forense se emita informe solicitado. En fecha 3 de agosto de 2017 se dicta diligencia de ordenación que acuerda emitir los despachos oportunos para que se realice el informe psicológico admitido. Posteriormente cambiado totalmente de criterio en fecha 4 de septiembre de 2017 se dicta nueva diligencia de ordenación en la que ahora se nos dice que dicho tribunal no cuenta con psicólogo forense y por lo tanto no ha lugar a nuestra petición, sin perjuicio de que al acto del juicio oral esta defensa presente dicho informe la firmante del mismo. En el acto del juicio oral y en el turno de cuestiones previas se solicita la suspensión del acto del juicio oral para la práctica de la prueba solicitada y admitida por parte del Tribunal. La Audiencia decidió no suspender



el acto del juicio oral en base a que la prueba no resulta pertinente y útil y necesaria indicando además que la misma debería haberse solicitado en fase de instrucción y que debería haberse aportado como pericial privada por esta parte. Además aunque la sentencia indique que la parte de prueba que no se llega a practicar es únicamente el test de personalidad, el contenido de la pericial denegada es bastante más amplio ya que tenía por objeto determinar los caracteres principales de su personalidad y valoración de sus capacidades intelectivas y volitivas.

Por lo que resulta evidente la necesidad y pertinencia de la prueba que tenía por finalidad acreditar los extremos recogidos en el artículo 20.1 del código penal para la apreciación de la eximente, plena o semiplena, afectante a la imputabilidad del acusado, es decir la posibilidad de existencia de una base patológica de naturaleza psíquica y los efectos que la misma pudieran proyectar sobre las facultades psicológicas, cognoscitivas o volitivas del recurrente. Y entiende el recurrente que la prueba era necesaria e imprescindible para la defensa, causa indefensión y que difícilmente se puede entender que existen intenciones dilatorias cuando la prueba pericial fue solicitada ya en el escrito de conclusiones provisionales, habiendo tiempo más que suficiente para que se pudiese practicar la misma. En conclusión la prueba pericial denegada era necesaria, útil, pertinente y no existía impedimento alguno para su práctica, por lo que la denegación de la misma supuesto una vulneración palmaria del derecho de defensa, en su vertiente del derecho utilizar los medios pertinentes para la misma, generando una total y absoluta indefensión y es por lo que se solicita la nulidad del procedimiento desde ese momento, debiendo retrotraerse las actuaciones al inicio del juicio oral para acordar la realización de la prueba pericial denegada. En segundo lugar, error en la valoración de la prueba, por violación del artículo 24 de la constitución española, en su vertiente del derecho a la presunción de inocencia, en base a las siguientes consideraciones:

a.- En relación con el delito de abusos sexuales previsto y penado en el artículo 181.1 del código penal sobre la persona de Elvira se cuestiona la calificación jurídica que realiza la Audiencia Provincial ya que los citados hechos serían constitutivos de una falta de vejaciones injustas y no de un delito de abuso sexual. Los hechos se desarrollan de forma fugaz, sorpresiva y sin violencia y aunque concurre el ingrediente sexual del tocamiento en la parte del cuerpo descrita tiene mayor relevancia a la ofensa a la dignidad de la víctima que a su indemnidad sexual, no debiendo olvidar la vigencia del principio de proporcionalidad no sólo en relación con la individualización de la pena sino también con la calificación cuando corresponde al tribunal decidir sobre la gravedad de la conducta en relación con una alternativa típica. Es más las propias declaraciones de Elvira y Mariola no hacen otra cosa que corroborar que estamos ante una falta de vejaciones injustas, falta de vejaciones injustas que no podría ser objeto de condena dada la despenalización parcial de la misma realizada mediante la reforma del Código Penal por Ley Orgánica uno/2015, teniendo en cuenta que la víctima no es ninguna de las personas a que se refiere el artículo 173 del Código Penal. Subsidiariamente entiende que no han existido pruebas con entidad suficiente como para enervar la presunción de inocencia existiendo dudas que deben resolverse mediante la aplicación del principio "in dubio pro reo".

b.- En relación con el delito de abusos sexuales a menores de 16 años previsto y penado en el artículo 183.1 y 183.4 d) del Código Penal sobre la persona de Silvia sólo consta como única prueba de cargo la declaración de la menor sin que a la misma se le pueda otorgar credibilidad al no concurrir los requisitos exigidos por el Tribunal Supremo para que la misma pueda desvirtuar la presunción de inocencia, solicitando se dicte nueva sentencia por la que se acuerde la absolución con todos sus efectos favorables.

La representación del recurrente solicita en definitiva que se declare la nulidad del procedimiento desde el inicio del acto del juicio oral por vulneración del derecho de defensa y subsidiariamente se dicte sentencia por la que se absuelva a su defendido de los delitos por los que había sido condenado todos los pronunciamientos favorables.

SEGUNDO.- que del examen de todas las actuaciones, pruebas practicadas, resolución recurrida y alegaciones del recurso de apelación y de impugnación al mismo, se pueden establecer las siguientes consideraciones:

A.-En cuanto a la infracción del art. 746.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al no haber sido suspendido el Juicio ante la petición de prueba hay que recordar, como bien recoge la sentencia de distancia que "En este punto, señala el Tribunal Supremo (STS 25.01.11) que el derecho a usar los medios de prueba pertinentes, como todos los derechos, no es ilimitado y por ello no abarca el derecho a que se permita toda la prueba propuesta, sino sólo la que sea pertinente, es decir tenga relación con los hechos enjuiciados. Cuando ya se ha iniciado el juicio y no comparece alguno de los testigos que el Tribunal admitió como prueba pertinente, este órgano debe ponderar los intereses en juego, es decir, la necesidad de la prueba no practicada y el derecho del imputado a un proceso sin dilaciones indebidas. En esta valoración debe analizar la necesidad o no de la prueba en el sentido de si puede aportar algo al esclarecimiento de los hechos, como establece el art. 746.3 Ley de Enjuiciamiento Criminal. Una vez avanzado el desarrollo del Juicio Oral, si el Tribunal tiene ya elementos bastantes con la prueba ya practicada para formar juicio sobre los acontecimientos que son objeto



del procedimiento, el hecho de la incomparecencia de un testigo no tiene que determinar forzosamente la suspensión del juicio oral (Cfr. Sentencias de 21 de noviembre de 2000 y 2 de enero de 2001 , entre otras.)

Tiene declarado el Tribunal Constitucional, como es exponente la sentencia de 4 de diciembre de 1997 , que la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa integra el contenido de un derecho fundamental contenido en el artículo 24.2 de la Constitución , cuya infracción no es consecuencia de cualquier denegación judicial de peticiones de actividad probatoria, sino que requiere un efecto material de indefensión: requiere que la actividad no practicada y solicitada en tiempo y forma sea potencialmente trascendente para la resolución del conflicto y que, sin embargo, no haya obtenido una respuesta judicial razonable acerca de su omisión .

Recuerda esa Sentencia la relación de los requisitos y criterios que ha ido conformando el Tribunal Constitucional para la consideración de la vulneración del derecho a la utilización de los medios de prueba pertinentes para la defensa que pueden configurarse del siguiente modo:

a) La actividad probatoria ha de ser solicitada en la forma y momento legalmente establecidos (SSTC 149/1987 , 1/1996).

b) La actividad ha de ser pertinente, lo que, a partir de la competencia de los órganos judiciales para la evaluación de pertinencia (SSTC 44/1984 , 147/1987 , 233/1992), supone que el recurrente ha de argumentar convincentemente en torno a la pertinencia de la prueba denegada sin que, por contra, el órgano judicial haya fundamentado el rechazo de un modo no irrazonable (SSTC 233/1992 , 131/1995 , 1/1996), o de un modo tardío tal que genere indefensión o riesgo de perjuicio o condicionamiento de su solución sobre la prueba o de la decisión de fondo (SSTC 89/1995 , 131/3995).

c) La prueba ha de ser relevante para la decisión del litigio (SSTC 30/1986 , 149/1987), "decisiva en términos de defensa" (STC 1/1996). Además hay que tener en cuenta que si el TC (STC 116 (83 , 51/85 , 30/86 , 149/87 , 158/89 , 33/92 etc.) declaró que la constitucionalización, por virtud del art. 24, del derecho fundamental a utilizar los medios de prueba pertinentes es inseparable del derecho de defensa, es también constante la doctrina jurisprudencial (SSTC 31-12-92, 2199/93 de 11 de octubre, etc.) exigiendo que el recurrente justifique la trascendencia que la inadmisión de la prueba pudo tener en la sentencia condenatoria, o dicho de otro modo, que el fallo pudo haber sido distinto si la prueba omitida se hubiere practicado.

B.- Examinado lo actuado en el presente procedimiento a la luz de la anterior doctrina, es evidente que la prueba finalmente no practicada había sido propuesta en tiempo y forma, y había sido admitida en un primer momento por el Tribunal de instancia para su práctica en el acto del juicio oral. Pero hay que puntualizar que: 1 - **la prueba se admitió en los términos que se propuso** , es decir, "que el acusado sea reconocido por el médico forense adscrito a este Tribunal y emita para su incorporación a los autos, informe psicológico relativo al mismo, a fin de determinar los caracteres principales de su personalidad y valoración de sus capacidades intelectivas y volitivas ". **El informe forense** (f.53) concluye "que el perito que suscribe no está licenciado en psicología, no está capacitado para pasar test de personalidad ni tampoco para emitir diagnósticos psiquiátricos. No consta que el peritado este diagnosticado de patología mental alguna. No se aprecian, en el momento de su reconocimiento, alteraciones mentales de rango mayor, que limiten su capacidad de conocer y emitir". Con ello se da traslado a las partes y el recurrente **propone como prueba "que por el psicólogo forense** adscrito al tribunal, se emita informe psicológico del mismo, a fin de determinar los caracteres principales de su personalidad y valoración de sus capacidades intelectivas y volitivas ". **Solicitud de prueba que modifica la anterior petición** , (antes era examen por el médico forense y ahora por psicólogo forense) que **es denegada en esos términos** en base a que no existe adscrito al Tribunal perito psicólogo **sin perjuicio** de que se presente dicho informe solicitado y al firmante del mismo el día del juicio oral. Con ello se concluye que la prueba en los términos propuestos se admitió, que no pudo practicarse en esos términos por causas ajenas al Tribunal y que propuesta entonces la pericial psicológica con perito psicólogo del Tribunal no se admitió en los términos solicitados sin perjuicio de que la parte proponente la aportase el día del juicio oral. **Siendo reproducida** la petición de prueba al inicio de las sesiones en el juicio oral. 2 - Que el recurrente formuló protesta. Estamos por tanto ante un supuesto de prueba admitida pero no practicada a instancia de la parte quien debió aportar el informe psicológico. No obstante la parte insiste en su formulación a fin de que se remita la petición al Instituto de Medicina Legal de Alicante y en esos términos puede entenderse denegada. Podría así concurrir los requisitos formales (propuesta en tiempo; solicitud de suspensión; protesta expresa). No cabe decir lo mismo de los sustanciales. La prueba era **manifiestamente innecesaria** conforme razona la Sala de instancia en el primero de los fundamentos de derecho con una exhaustividad que hace redundantes mayores explicaciones. **Sea cual fuera el resultado de la prueba no hubiese podido variar el sentido del fallo** . En este sentido resulta suficiente el **informe médico forense** , no impugnado, donde se constata que "no existe dato objetivo alguno que sustente dicha petición más allá de la sensación percibida por este letrado ", copia literalmente la alegación de la representación de la defensa formulada como base para el examen psicológico; en la anamnesis " el acusado manifiesta haber trabajado de albañil, ayudante a camarero y en un desguace de



coches"; en la entrevista aparece orientado en las tres esferas, atención conservada, sin alteraciones. Discurso coherente, lenguaje acorde con el nivel cultural. No impresiona de actividad delirante, ni alteraciones de la sensopercepción. La memoria a largo y corto plazo parecen conservadas. Que no ha sido valorado nunca por psicólogo ni psiquiatra, que nunca ha recibido tratamiento con psicofármacos y que nunca ha estado ingresado en una Unidad de Hospitalización Psiquiátrica. Que no se aporta, ni obra en el expediente, documentación médica alguna relativa al peritado y no consta historial DIRECCION001 . " En consecuencia **si en el momento de admitir las pruebas, las decisiones han de venir inspiradas por la máxima amplitud** (en caso de duda, admitir), en trance de decidir sobre la suspensión en cierta medida se invierten los términos pues entra en juego otro derecho fundamental: el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas. En ese momento **no basta con que las pruebas cuya omisión determina la suspensión fuesen pertinentes, han de ser indispensables** , necesarias. No se produce violación del derecho fundamental a la prueba rechazada cuando, la omisión del medio propuesto en ningún modo podría alterar el fallo y su contenido (*STC 45/2000, de 14 de febrero*). Si cualquiera que fuese su resultado el fallo habría de ser el mismo, el motivo deberá fenecer. La prueba en este caso carece de esa cualidad. **No existe dato objetivo, indicio o manifestación alguna, ni siquiera de los propios familiares que declararon el día del juicio**, que corrobore la sospecha del letrado sobre su alteración de la personalidad que influyera en su forma de conducirse. En todo caso excluido por el médico forense patología alguna podríamos estar "hipotéticamente" ante una alteración de la personalidad y de apreciarse sería una atenuante por analogía que no influiría en contenido el fallo de la sentencia ya que las penas impuestas por el Tribunal lo son en el mínimo de su extensión.

A mayor abundamiento **la prueba no practicada** en la primera instancia no debe llevar a la conclusión pretendida por el recurrente, esto es, a la declaración de **nulidad de la sentencia** , del acto del juicio oral y retroacción de las actuaciones hasta el momento del inicio del juicio a fin de que se suspenda para la su práctica . Efectivamente, el art. 790.2, párrafo segundo de la Ley de Enjuiciamiento Criminal permite la petición de la declaración de nulidad del juicio oral en segunda instancia cuando haya existido infracción de normas o garantías procesales que causaren indefensión al recurrente, en términos tales que " no pueda ser subsanada en la segunda instancia", recogándose en el número tercero del mencionado precepto la forma en que la que debe ser subsanada la no práctica en la primera instancia de las pruebas admitidas por causas no imputables al recurrente, esto es, mediante su práctica en la segunda instancia.

En consecuencia, no procede declarar la nulidad de actuaciones solicitada por el recurrente. Y tampoco **puede practicarse en esta alzada la prueba cuya práctica fue omitida por el tribunal de instancia al no haberse efectuado por el recurrente solicitud en tal sentido en su escrito de recurso** . Entendiendo además, que el recurrente la pudo aportarla al juicio en cumplimiento de la decisión de la Audiencia Provincial.

Por último, y recogiendo el criterio del T.S. "...En casación además 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 de que el legislador haya querido acumular el recurso sobre denegación de pruebas al interpuesto contra la sentencia, no consintiendo un recurso previo autónomo), si esa denegación ha causado indefensión. Para resolver en casación sobre una denegación de prueba no basta con constatar su pertinencia sino 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 la parte dispositiva de la sentencia. El art. 850.3º y 4º prevé que para la estimación del recurso de casación no basta con que la pregunta denegada fuese pertinente, sino que también exige que fuese verdaderamente necesaria o de indudable influencia en la causa. Pues bien, el art. 850.1º obliga a utilizar idéntico canon. La necesidad de la prueba -y no solo su pertinencia- es requisito inmanente al motivo de casación establecido en el art. 850.1º, singularmente cuando lo que se está examinando es una denegación de la suspensión del juicio oral por la incomparecencia de un testigo.

Hay tres momentos y otros tantos estándares diferenciados de decisión: a) admisión; b) suspensión en caso de incomparecencia; c) anular la sentencia en casación.

a) En el momento de la admisión el criterio ha de ser lo más generoso posible.

b) En el momento de decidir sobre la suspensión por incomparecencia de un testigo o no práctica de una prueba, el criterio será más restrictivo. Es la necesidad el canon de decisión. Ha de valorarse a la vista del resto de las pruebas si resulta necesario para formar un juicio completo contar con esa que no se puede practicar.

c) En casación, al revisar una sentencia combatida a través del art. 851.1º todavía se restringe más el criterio. Se cuenta ya con una sentencia que solo debería ser anulada si se llega a un pronóstico fundado de que la prueba omitida podría haber variado su sentido." En consecuencia, no procede declarar la nulidad de



actuaciones solicitada por el recurrente. Y tampoco puede practicarse en esta alzada la prueba cuya práctica fue omitida por el recurrente al no aportarla al juicio oral y denegada ese día por el Tribunal de instancia al no haberse efectuado por el recurrente solicitud en tal sentido en su escrito de recurso entendiéndose que su práctica era innecesaria.

C.- en cuanto a la valoración de la prueba practicada declaración del condenado, testifical, y pericial conviene recordar acerca del error en la valoración de la prueba, la Sentencia del Tribunal Supremo número 262/2017, de 7 de abril (Recurso 1785/2016 - ROJ STS 1564/2017), que resume la doctrina mantenida de forma constante y reiterada respecto de la valoración de la prueba en punto a la infracción de los derechos fundamentales y en particular del derecho a la presunción de inocencia, señala que es necesario un reexamen de la prueba de cargo tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador, desde el triple aspecto de verificar la existencia de prueba válida, prueba suficiente y prueba debidamente razonada y motivada, todo ello en garantía de la efectividad de la interdicción de toda decisión arbitraria prescrita en el artículo 9.3 de la Constitución Española , lo que exige verificar la razonabilidad de la argumentación del Tribunal sentenciador a fin de que sus conclusiones sean acordes a las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos. En definitiva el objeto del control de la prueba practicada no es efectuar una nueva valoración del material probatorio, respecto de cuya práctica no se ha gozado de la imprescindible intermediación que tuvo el tribunal de instancia, sino que el objeto de control lo constituye la racionalidad misma de la valoración efectuado por el Tribunal de instancia en la sentencia recurrida a partir del resultado de las pruebas que presencié; no se trata por tanto que el recurrente sostenga, sugiera o proponga otra valoración distinta a la producida que se acomode mejor a su interés, sino que se habrá de argumentar que el juicio valorativo expresado por el Tribunal de instancia es irracional o carente de lógica. En consecuencia, en esta segunda instancia partiendo del examen de unas pruebas que no hemos presenciado, sin perjuicio del visionado de la grabación de la vista del Juicio Oral, se ha de examinar si la valoración contenida en la sentencia objeto de recurso es homologable por su misma lógica y razonabilidad, y ello - tal como señala la referida Sentencia del Tribunal Supremo 254/2017 de 6 de abril - implica un triple examen: el "*juicio sobre la prueba* ", es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respeto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido a los principios de contradicción, intermediación e igualdad que definen la actividad del Plenario; el "*juicio sobre la suficiencia* ", es decir si constatada la existencia de prueba de cargo, ésta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, y; el "*juicio sobre la motivación y su razonabilidad* ", es decir si el Tribunal cumplió por el deber de motivación, es decir si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia.

En definitiva, se trata de valorar si la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador, en sí misma considerada, es lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos. Se trata de controlar el razonamiento con el que Tribunal de instancia justifica su decisión, de forma que verificada la motivación fáctica y la razonabilidad de sus conclusiones, no cabe sustituir su valoración, ya que esa misión le corresponde a ese Tribunal en virtud del art. 741 Ley de Enjuiciamiento Criminal y de la intermediación de que dispuso.

La Sala respalda la valoración realizada por los Magistrados de la Audiencia Provincial basada en el testimonio de la víctima Elvira , y el de la suegra Mariola y Anibal hermano del acusado, al concurrir los requisitos exigidos por el T.S para que la declaración de la víctima pueda servir de prueba de cargo eficaz, suficiente y válida para enervar la presunción de inocencia que ampara al recurrente. La sentencia los analiza y en virtud del principio de intermediación llega a la conclusión de que el testimonio es creíble viniendo corroborado por el resto de la prueba testifical de los dos familiares. **La testigo da la explicación de porqué tarda dos meses en relatar los hechos ocurridos que no es más que, a raíz de lo sucedido con la menor decide denunciarlo.**

Ocurre lo mismo con el **testimonio de la menor**, es la sentencia la que analiza y valora toda la prueba sin que en esta alzada pueda sustituirse esa valoración por la del recurrente, hay corroboraciones de las manifestaciones de la menor integradas por la testifical de los familiares y la pericial de la menor. La declaración es persistente, sin contradicciones en lo esencial, ausente de motivos espurios y viene corroboradas por el resto de la prueba, no solo está la declaración de la menor como testigo directo de lo acontecido el día 24 sino la declaración de su madre que desde el patio lo ve.

Por lo que existiendo prueba de cargo suficiente procede desestimar este motivo de recurso respaldando el criterio del Tribunal.

D.- El recurrente considera que los hechos se incardinan **en la falta de vejaciones del art. 620 del CP hoy despenalizada** . El motivo invocado exige el respeto a los hechos probados, sin que estos puedan sufrir ninguna alteración y es claro que la narración contenida en el relato describe que "...la abordo por detrás agarrándole con fuerza el pecho derecho por encima de la ropa. Elvira sorprendida y asustada se revolvió



logrando zafarse...". Es evidente resulta patente que la conducta enjuiciada rebasa el ámbito propio de una falta de vejación injusta de carácter leve. Por lo tanto, concurren los elementos objetivos y subjetivos de los tipos penales aplicados.

Es cierta la doctrina alegada del TS alegada en el recurso de apelación: "Es constitutivo de una falta de vejación injusta del art. 620.2 del CP cuando se está en presencia de una leve tocamiento externo a través de la ropa de forma fugaz y episódica sin que exista reiteración de tal roce o tocamiento, ni prueba que lo pueda acreditar. A pesar de que la Audiencia califica los hechos como constitutivos de una falta de vejación injusta del artículo 620.2 CP, vigente al tiempo de suceder los hechos, no procede el dictado de un fallo absolutorio por entender que la L.O. 1/2015 ha despenalizado las faltas. Este argumento es erróneo. La conducta descrita no puede entenderse que haya quedado impune en el texto del Código Penal después de la reforma de la LO 1/2015. Así el art. 172.3 se modifica añadiéndole un párrafo tercero que califica como coacción, fuera de los casos anteriores, el que cause a otro una coacción de carácter leve, siendo castigado con la pena de multa de uno a tres meses, es decir ex- art. 33.4.g) CP se trataría de un delito leve. En general, las vejaciones que consisten en actos o acciones conllevan también un ingrediente de coacción y a falta de un tipo específico de vejación será aplicable este delito. Por lo tanto el nuevo Código no contiene un vacío punitivo en relación con el espacio cubierto por la falta del art. 620.2, hoy derogado, que castiga a los que causen a otro una amenaza, coacción, injuria o vejación injusta de carácter leve, salvo que el hecho sea constitutivo de delito."

En el caso de autos, el acusado con ánimo libidinoso llevo a cabo dos acciones de indudable contenido sexual, tal y como recoge la jurisprudencia, con carácter general, que ha considerado como delito de abuso sexual "los tocamientos de diversa índole siempre que afecten a zonas erógenas o a sus proximidades" (STS 1709/2002 de 15 de octubre), como "los tocamientos en zona vaginal o pectoral" (STS 490/2015, de 15 de mayo). Aquí no se trata de un tocamiento fugaz, la víctima ante lo inesperado de la acción no pudo reaccionar en el primer momento al verse sorprendida, fue después de que el recurrente le cogiese con fuerza el pecho cuando se resistió y logro zafarse. La lectura conjunta de la sentencia no genera dudas sobre la auténtica naturaleza, connotaciones y entidad del tocamiento de claro contenido sexual máxime si al mes de ocurrir estos hechos es sorprendido realizando actos de esta índole con la menor, por lo que en virtud de lo expuesto procede desestimar este motivo de recurso.

TERCERO.- Que desestimado el recurso de apelación procede la imposición de costas a la parte recurrente de conformidad con lo dispuesto en los artículos 240 y 901 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal .

En atención a todo lo expuesto, la Sala Civil-Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana,

FALLAMOS

Que desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Jesús Carlos contra la Sentencia número 545/2017, dictada por la Sección Séptima de DIRECCION000 de la Ilma. Audiencia Provincial de Alicante en el Rollo de Sala núm. 205/2016, la cual se confirma íntegramente, con imposición de las costas de este recurso a la parte recurrente.

Notifíquese la presente sentencia al Ministerio Fiscal y a las partes personadas, con la advertencia de que contra la misma cabe preparar ante este mismo Tribunal, recurso de casación para ante el Tribunal Supremo, mediante escrito autorizado por abogado y procurador, dentro del plazo de cinco días, a contar desde la última notificación, en los términos del artículo 847 y por los trámites de los artículos 855 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal; y una vez firme, devuélvanse las actuaciones al órgano jurisdiccional de su procedencia, con testimonio de la presente resolución.

Así por esta nuestra sentencia de la que se unirá certificación al Rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior sentencia en el día de su fecha por el Ilmo. Sr. Magistrado Ponente, estando celebrando audiencia pública la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de la Comunitat Valenciana. Doy fe.