



Roj: **STSJ MU 2421/2022 - ECLI:ES:TSJMU:2022:2421**

Id Cendoj: **30030310012022100046**

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

Sede: **Murcia**

Sección: **1**

Fecha: **29/12/2022**

Nº de Recurso: **15/2022**

Nº de Resolución: **41/2022**

Procedimiento: **Recurso de apelación. Juicio penal**

Ponente: **MIGUEL ALFONSO PASQUAL DEL RIQUELME HERRERO**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP MU 3193/2021,**
STSJ MU 2421/2022

T.S.J.MURCIA SALA CIV/PE

MURCIA

SENTENCIA: 00041/2022

TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

SALA DE LO CIVIL Y PENAL

MURCIA

-

Domicilio: RONDA DE GARAY, S/N

Telf: 968229383 Fax: 968229128

Correo electrónico:

Equipo/usuario: PBG

Modelo: 001100

N.I.G.: 30035 41 2 2020 0003471

ROLLO: RPL APELACION RESOLUCIONES DEL ART.846 TER LECRIM 0000015 /2022

Juzgado procedencia: AUD.PROVINCIAL SECCION N. 5 de CARTAGENA

Procedimiento de origen: PROCEDIMIENTO ABREVIADO 0000040 /2021

RECURRENTE: Cesareo

Procurador/a: CARLOS MANUEL RODRIGUEZ SAURA

Abogado/a: AURELIO JOSE ROS FRUTOS

RECURRIDO/A: MINISTERIO FISCAL, Cristobal , MINISTERIO FISCAL

Procurador/a: , MARIA DOLORES CANTO CANOVAS ,

Abogado/a: , JULIANA MARTINEZ MORENO ,

Excmo. Sr.

D. Miguel Pasqual del Riquelme Herrero



Presidente

Ilmos. Sres.

D. Joaquín Angel de Domingo Martínez

D. Concepción Roig Angosto

Magistrados

=====

En Murcia, a 29 de diciembre de 2022.

La Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia, compuesta por los tres magistrados reseñados al margen, ha pronunciado

EN NOMBRE DEL REY

la siguiente

SENTENCIA Nº 41/2022

La Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Murcia ha visto las presentes actuaciones (Rollo 15/2022), en apelación de la sentencia dictada en fecha 28 de diciembre de 2021 por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia en el procedimiento abreviado nº 40/2021, dimanante a su vez del procedimiento abreviado 142/2020, seguido en el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de San Javier. Han sido partes en esta alzada, como apelante: don Cesareo (acusado), representado por el procurador don Carlos Manuel Rodríguez Saura y defendido por el letrado don Aurelio José Ros Frutos. Como apelados, han comparecido: el Ministerio Fiscal; y don Cristobal , (acusación particular), representado por la procuradora doña María Dolores Canto Cánovas y defendido por la letrada doña Juliana Martínez Moreno.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. Presidente don Miguel Pasqual del Riquelme Herrero, quien expresa la decisión de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- La sentencia de instancia declara como HECHO PROBADO ÚNICO el siguiente:

Probado y así se declara que entre las 12:00 y las 13:00 horas del día veintidós de mayo de 2020, el acusado Cesareo con DNI NUM000, nacido el NUM001 de 1958 en Ecuador aprovechando que se encontraba a solas en la vivienda sita en la CALLE000 nº NUM002 de DIRECCION000, con Begoña (nacida el NUM003 de 2008) y su hermano menor con los que residía desde hacía meses al haber arrendado una habitación en la misma, y mientras la niña cogía una pieza de fruta en la cocina, se acercó a ella por detrás con intención de satisfacer sus apetencias sexuales, abrazándola y girándole la cabeza para darle un beso en la boca mientras le tocaba los pechos y los genitales, diciéndole a la menor que no le contara nada a sus padres.

Begoña, como consecuencia de estos hechos, tiene miedo ante la presencia de varones adultos, habiendo también presentado problemas de sueño.

SEGUNDO.- En la misma sentencia, la sala juzgadora dictó el siguiente FALLO:

Que debemos condenar y condenamos, a Cesareo como autor criminal y civilmente responsable de un delito de abusos sexuales a menor de dieciséis años (art. 183.1 del Código penal) ya descrito, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de dos años y seis meses de prisión, con inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, prohibición de comunicación por cualquier medio y aproximación a menos de 150 metros de Begoña o de su domicilio o lugar en el que se encuentra por tiempo de tres años superior a la pena de prisión impuesta, libertad vigilada por plazo de dos años, así como a la de inhabilitación especial para el ejercicio de profesión u oficio relacionado con menores por tiempo superior a dos años a la pena de prisión impuesta, e imposición de costas incluidas las de la acusación particular.

Cesareo indemnizará a Begoña con cinco mil euros más los intereses legales del art. 576 de la LECivil .

TERCERO.- Contra la anterior sentencia, en tiempo y forma, la representación de don Cesareo, interpuso recurso de apelación basado en los siguientes motivos: Motivo primero: incongruencia omisiva e incongruencia interna en la sentencia recurrida, al no atender la misma a las cuestiones planteadas por las partes, que no afronta de forma razonada, no relacionándolas con los hechos y cuestiones suscitadas, por razones fácticas, jurídicas y, finalmente, de sentido común, con infracción del artículo 24 CE por carecer de toda



base razonable la condena impuesta atendida la prueba practicada. En el suplico de su recurso, el apelante interesó el dictado de sentencia que estime los motivos contenidos en su escrito, y absuelva al apelante con todos los pronunciamientos favorables.

CUARTO.- Del recurso presentado se dio traslado a las partes personadas, evacuándose por el Ministerio Fiscal en el sentido de impugnarlo en base a las alegaciones contenidas en su escrito, que concluía pidiendo la confirmación de la sentencia dictada.

QUINTO.- Por su parte, la representación procesal de don Cristobal, evacuó el traslado conferido en el sentido de impugnarlo en base a las alegaciones contenidas en su escrito, que concluía suplicando la confirmación de la sentencia dictada.

SEXTO.- Teniéndose por interpuesto el recurso en ambos efectos, se remitieron por la Audiencia Provincial las diligencias originales a esta Sala de lo Civil y Penal, formándose el oportuno rollo y personándose las partes intervinientes en la forma que acaba de indicarse. Por providencia de fecha 3 de noviembre de 2022 se señaló la deliberación, votación y fallo de la causa para el 15 de diciembre siguiente, en que ha tenido lugar.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO.- Se aceptan los que así se declaran en la sentencia de instancia.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Análisis del motivo único del recurso.

1.- Denuncia el recurrente en su recurso la incongruencia omisiva interna en que incurre la sentencia apelada, así como la falta de sentido común y ausencia de toda base razonable de la condena impuesta, que dice sustentada únicamente en meros juicios de valor. Ciertamente que la mayor parte del esfuerzo expositivo del recurso se extiende prolijamente a consideraciones abstractas y citas jurisprudenciales sobre diversas cuestiones. De forma que la argumentación de soporte a las quejas del recurrente se contrae exclusivamente a un único párrafo (el último del apartado primero del recurso). Es aquí donde el recurrente traslada sus discrepancias con la valoración probatoria efectuada por el tribunal *a quo* en los siguientes extremos: a) al concluir en la ausencia de razones de incredibilidad subjetiva en el testimonio de la menor, cuando dicho testimonio habría venido influenciado por el de su padre, guiado éste por el ánimo de expulsar al acusado de la vivienda por las sospechas que tenía de una relación extramarital con su esposa y madre de la menor; b) al no otorgar valor exculpatorio a la ausencia de reacción del padre y del hermano de la menor; y c) al dar al parte de asistencia médica de la menor el valor de corroboración periférica de su versión.

2.- El motivo, impugnado por el Ministerio Fiscal y la acusación particular, no va a tener acogida.

3.- Comenzaremos nuestra respuesta a la queja del recurrente recordando cuál es el ámbito de actuación de este tribunal de apelación cuando ha resolver una impugnación por error probatorio contra sentencia condenatoria. Como señala la sentencia del Tribunal Supremo 555/2019, de 13 de noviembre, con cita de las SSTs 162/2019 de 26 de marzo y 216/2019, de 24 de abril, la apelación constituye "una segunda instancia no plena, alejada de un nuevo enjuiciamiento"; de suerte que el órgano de apelación "[solo] puede rectificar el relato histórico [de la sentencia impugnada] cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un claro error del juzgador que haga necesaria su modificación", con el único límite "determinado por la inmediatez en la percepción de la actividad probatoria".

En otras palabras, siguen las sentencias citadas, el tribunal de apelación puede valorar "si la narración descriptiva contiene apreciaciones inexactas que conlleven inferencias erróneas; puede apreciar la existencia de errores de valoración evidentes y de importancia, de significación suficiente para modificar el fallo; puede apreciar la falta de valoración de algunas pruebas cuya apreciación conlleve una conclusión probatoria diferente y, en general, puede hacer un análisis crítico de la valoración probatoria, dejando al margen aquellos aspectos del juicio que dependen sustancialmente de la inmediatez", pero su función "no consiste en reevaluar la prueba, sino en revisar críticamente la valoración realizada por el tribunal de instancia", sin que pueda sustituir esta por la propia salvo si aprecia en la primera un error basado en "parámetros objetivos", y "no en simples apreciaciones subjetivas sobre el peso o valor de determinadas pruebas". Se trata, en definitiva, como se ha dicho en acertada síntesis, de llevar a cabo un juicio sobre el juicio del tribunal *a quo*.

Siendo el expuesto el enfoque adecuado de nuestra revisión, es fácil colegir que el recurso del acusado no puede prosperar frente al análisis de la prueba practicada que se efectúa en la sentencia impugnada, sin que el recurrente proporcione datos o elementos de hecho que revelen una valoración arbitraria del tribunal de primera



instancia, ni argumentos para poner seriamente en entredicho la racionalidad de su motivación probatoria, en términos tales que demuestren objetivamente el "claro error" que exigen las sentencias antes citadas.

4.- Pues bien, la pretendida falta de racionalidad en la valoración probatoria denunciada no es identificable con su personal discrepancia ni con su particular valoración de las pruebas en función de su lógico interés.

El recurrente cuestiona aspectos circunstanciales valorados por el tribunal de instancia para otorgar plena credibilidad y verosimilitud al relato ofrecido por la menor sobre los tocamientos de los que habría sido objeto por parte del acusado. No parece necesario insistir más aquí (ya lo hace la sentencia apelada) acerca de la aptitud de la sola declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia, no obstante lo cual tal prueba debe ser valorada con cautela (SSTS 434/99, 486/99, 862/2000, 104/2002, 470/2003 ó 975/2005, entre otras; así como del Tribunal Constitucional, SSTC 201/89, 160/90, 229/91, 64/94, 16/2000, entre otras muchas).

Eso es, precisamente, lo que hace la sentencia de instancia al analizar con detalle y cuidado la versión ofrecida por la menor y las características y condiciones de su testimonio, exteriorizando las pautas de valoración tenidas en cuenta y que pueden, así, ser controladas en vía de recurso desde puntos de vista objetivos. No se limita, por tanto, el tribunal *a quo* a una mera declaración apodíptica de la credibilidad de la testigo menor de edad que señala como víctima del delito cometido por el acusado. Por el contrario, hace un análisis pormenorizado de los datos y circunstancias en que sustenta la credibilidad que otorga a dicho testimonio, al tiempo que justifica el carácter decisivo que le atribuye en el decaimiento de la presunción de inocencia.

Así, la sentencia de instancia analiza pormenorizadamente (fundamento jurídico tercero) las condiciones de fiabilidad que le ofrece el testimonio de la menor. Lo hace identificando la concurrencia de las notas de ausencia de incredulidad subjetiva, persistencia en la incriminación y corroboración periférica de su versión.

Respecto de la primera, no advierte el tribunal *a quo* la concurrencia de móviles o motivaciones espurias en la menor respecto del acusado; extremo éste reconocido por ambos en el plenario. Y descarta también dicho tribunal que tales motivaciones ilegítimas pudieran concurrir en el padre de la menor y haber éste influido espuriamente en el relato ofrecido por su hija. En este sentido, constata la sentencia expresamente la inexistencia de prueba (que ni siquiera se propuso por la defensa) acerca de las sospechas que aquel pudiera abrigar respecto del acusado por una pretendida relación extramarital con su esposa. En este sentido, la queja del recurrente ya obtuvo una razonada y razonable respuesta del tribunal *a quo*, que merece ser avalada en esta alzada.

Constató también el tribunal *a quo*, en apoyo de la fiabilidad del testimonio de la menor, la nota de la persistencia de ésta en el relato que la misma ha ofrecido en todo momento sobre el modo de sucederse los hechos objeto de enjuiciamiento. Persistencia que viene acompañada con la consistencia y detalle con que la misma describe los diversos tocamientos de los que fue objeto por parte del acusado. Notas para cuya valoración no puede tampoco obviarse la menor edad de la menor al tiempo de los hechos (11 años).

Finalmente, la sentencia de instancia razona también acerca de la corroboración periférica que del relato de la menor se obtiene por diversas fuentes de prueba. No solo por la inmediatez de la llamada telefónica realizada por la menor a su padre, que ambos confirman, sino también por el estado alterado que la niña presentó en aquellos momentos iniciales, tal y como constatan coincidentemente tanto el propio padre (al narrar que encontró a la niña llorando) como el parte de asistencia médica urgente realizado poco después de la data de los hechos denunciados. Respecto de éste, el valor acreditativo que la sentencia le otorga es de carácter meramente circunstancial o periférico, por lo que en modo alguno le reste valor probatorio el hecho de que no se constataran más hallazgos que el estado de alteración que presentaba la menor. Un estado y una ausencia de más hallazgos que, por lo demás, resulta perfectamente coherente con la entidad de los hechos relatados por la menor. Acreditación periférica que, en su justa medida, cabe otorgar también al dato facilitado por el padre sobre los problemas para dormir y las pesadillas que sufre la menor tras aquellos hechos. La falta de una mayor indagación durante la fase de instrucción en el estado psicológico de la menor, que ni siquiera fue intentada o propuesta por el ahora recurrente, no puede ser utilizada ahora por éste como elemento debilitador del valor de aquellos datos objetivos que sí han sido traídos a la causa.

5.- Concluyendo, frente a lo invocado por el recurrente, el análisis de la sentencia apelada nos impide apreciar error valorativo alguno en la sentencia apelada. El tribunal *a quo* ha fundado su convicción en un amplio acervo probatorio obtenido y practicado todo él con respeto al canon de legalidad constitucional exigible. Acervo probatorio que traslada un suficiente contenido incriminatorio que ha sido valorado con completitud y racionalidad por el tribunal de instancia, que ha analizado prolija y detalladamente la totalidad de las fuentes probatorias, tanto individualizadamente como en su conjunto, para concluir en la convicción que se declara sobre la forma de desarrollarse los hechos que estima probados.



Una apreciación probatoria y consecuente conclusión fáctica (la expuesta en la sentencia apelada) que también nosotros compartimos y que conduce a la desestimación del motivo y del recurso.

SEGUNDO.- Costas procesales.

Respecto a las costas causadas en esta alzada, ante la falta de previsión legal en esta materia, las recientes sentencias del Tribunal Supremo de 6 de octubre de 2021 y 24 de marzo de 2022 han manifestado que no cabe aplicar por analogía el sistema de vencimiento objetivo que para el recurso de casación establece el artículo 901 LECR, por lo que es necesario acudir a las previsiones generales del artículo 240 del mismo texto. Este precepto habilita la declaración de oficio o la imposición de costas a las partes, con dos matices: uno referente al procesado absuelto y otro relativo a los querellantes, a los que se les impondrán cuando hayan actuado con temeridad o mala fe, por lo que únicamente procederá la condena en costas cuando concurren estas circunstancias.

Adicionalmente, en ambos supuestos el Alto Tribunal requiere al Tribunal de apelación que la condena sea expresamente motivada con exteriorización del proceso de ponderación que justifique su imposición y que la misma sea consecuencia de una previa solicitud de alguna de las partes en el recurso, formulada en condiciones que permitan a la parte afectada esgrimir argumentos en su defensa, ya que su ausencia impediría al Tribunal de apelación apreciar la concurrencia de temeridad o mala fe en la parte recurrente.

No rigiendo, de acuerdo con la doctrina del Tribunal Supremo expuesta, el criterio objetivo del vencimiento en el recurso de apelación y siendo apelante, en el presente caso, el condenado en la primera instancia, en aras a la efectividad de su derecho al recurso contra la sentencia penal condenatoria (arts. 14.5 PIDP y 846 ter LECR) en garantía del principio de tutela judicial efectiva (art. 24 CE), deben declararse de oficio las costas procesales devengadas en esta instancia, al no haberse solicitado por la acusación la condena en costas del recurrente y no apreciarse inconsistencia o falta de fundamento en la interposición del recurso de apelación no obstante su desestimación.

En atención a lo expuesto, en nombre del Rey y por la autoridad conferida por el pueblo español y su Constitución,

FALLAMOS

1º.- DESESTIMAR el recurso de apelación presentado por la representación procesal del acusado don Cesareo contra la sentencia dictada en fecha 28 de diciembre de 2021, por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Murcia en el procedimiento abreviado 40/2021.

2º.- CONFIRMAR íntegramente la indicada sentencia, y

3º.- Condenar al recurrente al pago de las costas de esta alzada.

Notifíquese a todas las partes personadas en esta alzada, y póngase en conocimiento de doña Begoña , en su condición de víctima, a través de su representante legal don Cristobal , por medio de su representación procesal en la causa, tal como disponen los artículos 109 LECrim. y 7 de la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del delito.

Frente a esta resolución cabe recurso de casación previsto en los artículos 792.4 y 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, debiendo manifestar el que lo interponga la clase de recurso que trate de utilizar, petición que formulará mediante escrito autorizado por abogado y procurador dentro de los cinco días siguientes al de la última notificación de la Sentencia, y que solicitará ante este Tribunal.

A efectos del cómputo del indicado plazo se hace saber expresamente a las partes que la presente sentencia se notificará exclusivamente a los representantes procesales de las partes, al estimar que, conforme a reiterada jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, (autos de 18/07/2017, Queja 20011/17, de 22/02/2018, Queja 20219/2017, de 23/05/2019, Queja 20090/2019, de 17/10/2019, Queja 20241/2019, de 11/04/2019, Queja 21145/2018, de 22/10/2020, Queja 20407/2020) no se requiere la notificación personal a sus representados.

La difusión del texto de esta resolución a partes no interesadas en el proceso en el que ha sido dictada solo podrá llevarse a cabo previa disociación de los datos de carácter personal que el mismo contuviera 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.

Así, por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al Rollo de Apelación, lo pronunciamos, mandamos y firmamos los Magistrados de la misma reseñados.