

Roj: **STS 470/2014 - ECLI:ES:TS:2014:470**Id Cendoj: **28079120012014100063**Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**Sede: **Madrid**Sección: **1**Fecha: **27/01/2014**Nº de Recurso: **10729/2013**Nº de Resolución: **48/2014**Procedimiento: **Penal. Apelación procedimiento abreviado**Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**Tipo de Resolución: **Sentencia**Resoluciones del caso: **SAP GR 743/2013,**
STS 470/2014

SENTENCIA

En la Villa de Madrid, a veintisiete de Enero de dos mil catorce.

En el recurso de casación por infracción de Ley que ante Nos pende, interpuesto por **Jose Daniel**, contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia provincial de Granada, que condenó al recurrente por un delito de agresión sexual, los Excmos. Sres. Magistrados componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para deliberación, votación y Fallo bajo la Presidencia del primero y Ponencia del Excmo. Sr. D. Antonio del Moral Garcia. Estando dicho recurrente representado por la Procuradora Sra. Jaraba Rivera. Ha sido parte también el Ministerio Fiscal.

I. ANTECEDENTES

1.- El Juzgado nº 3 de Granada inició Procedimiento Abreviado nº 13/12, contra **Jose Daniel**, y una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Granada (Sección Primera) que, con fecha dos de mayo de dos mil trece, dictó sentencia que contiene los siguientes **Hechos Probados**:

<< ÚNICO.- resultando probado que Jose Daniel, mayor de edad, en cuanto que nació el NUM007 de 1984, y con antecedentes penales no computables a efectos de reincidencia, el día 1 de julio de 2012, sobre las 14,50 horas, estaba sentado en una zona ajardinada en las proximidades de la calle DIRECCION006 de esta ciudad, cuando pasó por su lado la menor, de siete años de edad, Josefa (nacida el NUM000 de 2004), que iba a una tienda cercana a comprar, y se la quedó mirando con deseos libidinosos, y momentos después, cuando la niña volvió de la tienda con una bolsa en la mano, para satisfacer sus deseos, la cogió violentamente por el cuello, le tapó la boca con una mano para que no gritara, (haciéndole una herida sangrante al romperle un diente que se le movía), la tiró al suelo, junto a una palmera, y con la otra mano le quitó el pantaloncito corto y las braguitas que vestía y le efectuó tocamientos en la zona genital llegando a introducirle al menos dos dedos en la vagina, consiguiendo la menor zafarse y marcharse a su domicilio. El procesado se apoderó de once céntimos que le habían sobrado a la niña de la compra y que llevaba en la bolsa.

La menor sufrió lesiones por erosiones paralelas y bilaterales en cara interna de labios mayores y cara interna de labios menores, erosión en horquilla y en zona himeneal a las siete horarias, precisando tratamiento piscoterapéutico, sufriendo como secuela un trastorno adaptativo, sufriendo pérdida de apetito, trastorno de sueño y pérdida de interés por jugar, con miedo a salir a la calle, tardando en curar 90 días y quedándole como secuela trastorno adaptativo>>.

2.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

<<FALLO.- Debemos de condenar y condenamos a Jose Daniel como autor de un delito de agresión sexual del art. 183.1, 2 y 3 del CP a la pena de doce años de prisión, a la accesoria de inhabilitación absoluta durante el



tiempo de la condena, a la medida de libertad vigilada de seis años, que se ejecutara con posterioridad a la pena privativa de libertad y se le prohíbe aproximarse a la víctima con el contenido que establece el art. 48.2 del CP , así como comunicarse con ella por cualquier medio, por tiempo superior en cinco años al de la pena privativa de libertad impuesta, y debemos de condenarlo y lo condenamos como autor de una falta de hurto a la pena de un mes de multa con una cuota diaria de 3 euros con la responsabilidad personal subsidiaria prevista en el art. 53 CP , al pago de las dos terceras partes de las costas procesales, como se indica en el fundamento jurídico octavo, y a que indemnice a Josefa en la cantidad de 7.000 euros, cantidad que devengará el interés legal del art. 576 LEC . Y debemos de absolver y absolvemos a Jose Daniel del delito de lesiones psíquicas por el que viene acusado declarando de oficio un tercio de las costas procesales>>.

3.- Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por el recurrente, que se tuvo por anunciado; remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso, alegando los motivos siguientes:

Motivos aducidos en nombre de Jose Daniel .

Motivo primero.- Por infracción de ley, con apoyo procesal en el art. 849.1 LECrim en relación con el art. 24.2 CE (vulneración del derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa). **Motivo segundo.**- Por infracción de ley, al amparo del art. 849.2 LECrim, por vulneración del art. 24.2 CE (derecho a la presunción de inocencia en relación con el art. 5.4 LOPJ).

4.- El **Ministerio Fiscal** se instruyó del recurso interpuesto por Jose Daniel solicitando la **inadmisión del recurso y subsidiariamente la desestimación de todos los motivos del mismo**; la Sala admitió el recurso, quedando conclusos los autos para señalamiento de Fallo cuando por turno correspondiera.

5.- Realizado el señalamiento para Fallo se celebró la deliberación y votación prevenidas el día veintiuno de enero de dos mil catorce.

II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Externamente los dos motivos que integran este recurso se amparan respectivamente en los arts. 849.1 LECrim (vulneración del derecho a valerse de los medios de prueba pertinentes) y 849.2 (presunción de inocencia, principio de igualdad de partes y derecho de defensa). El equivocado "etiquetaje" de la impugnación -heredado del escrito de preparación- no puede condicionar su admisibilidad, aunque hay que reconducir la argumentación a su auténtica realidad: nos enfrentamos a un único motivo clásico por quebrantamiento de forma del art. 850.1 LECrim por denegación de prueba. Ambos motivos -cuya pretensión es idéntica, aunque varíe la argumentación- han de examinarse desde esa óptica casacional.

La invocación del art. 852 de la Ley Procesal (que en este caso tampoco se menciona: solo se alude de manera marginal en uno de los motivos al art. 5.4 LOPJ) no puede convertirse en una puerta trasera para eludir el cumplimiento de las exigencias y requisitos de los tradicionales motivos por quebrantamiento de forma (STS 1070/2012, de 19 de diciembre) aunque al mismo tiempo la desenfocada catalogación no puede arrastrar la desproporcionada respuesta de la inadmisión que supondría un enervante formalismo en abierta colisión no solo con el art. 11 LOPJ sino también con el 24 CE.

Los argumentos del segundo motivo carecen de entidad propia. La igualdad de armas no implica que la admisión de los medios de prueba de una parte deba arrastrar la admisión de los propuestos por el resto de partes. Se trata de examinar si la prueba fue indebidamente denegada. Si estuvo bien rechazada no se afecta a ese principio retóricamente invocado.

El recurso, pese a las señaladas incorrecciones desde una purista técnica casacional, evidencia que ha sido muy trabajado, lo que es gratificante comprobar: defensa de oficio y calidad y laboriosidad, sazónadas con unas gotas de pasión que tampoco sobran, no están reñidas. Lo demuestra tanto éste como muchos otros asuntos.

Se protesta en concreto por la inadmisión de la prueba que mediante el otrosí segundo del escrito de conclusiones reclamaba la defensa (folio 44 del rollo de Sala): pericial psiquiátrica para determinar posibles trastornos del procesado y documental consistente en reclamar de la Consejería de Sanidad de la Junta de Andalucía copia de su historial clínico

SEGUNDO.- Por entresacar de entre la prolija jurisprudencia sobre esta materia alguno de los pronunciamientos más recientes, la STS 948/2013, de 10 de diciembre aborda *in extenso* el marco que sirve de fondo para resolver el presente motivo. También en el asunto allí examinado se acudía a la dualidad de vías casacionales (art 5 4º



LOPJ, en relación con el art 24 CE, por vulneración del derecho a utilizar los medios necesarios para la defensa y quebrantamiento de forma, al amparo del art 850 1º por denegación de prueba).

La cuestión está estrechamente ligada al derecho de defensa: dentro de la panoplia de derechos que enlazan con ese genérico y poliédrico derecho ocupa un papel destacado la facultad de proponer y aportar pruebas.

"En relación con el derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa (art. 24.2 CE) -se expresa en la citada resolución- la doctrina del Tribunal Constitucional puede ser resumida en los siguientes términos (STC 86/2008, de 21 de julio y STC 80/2011, de 6 de junio):

a) Se trata de un derecho fundamental de configuración legal, en la delimitación de cuyo contenido constitucionalmente protegido coadyuva de manera activa el Legislador, en particular al establecer las normas reguladoras de cada concreto orden jurisdiccional, a cuyas determinaciones habrá de acomodarse el ejercicio de este derecho, de tal modo que para entenderlo lesionado será preciso que la prueba no admitida o no practicada se haya solicitado en la forma y momento legalmente establecidos, y sin que en ningún caso pueda considerarse menoscabado este derecho cuando la inadmisión de una prueba se haya producido debidamente en aplicación estricta de normas legales cuya legitimidad constitucional no pueda ponerse en duda [por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio ,].

b) Este derecho no tiene carácter absoluto; es decir, no faculta para exigir la admisión de todas las pruebas que puedan proponer las partes en el proceso, sino que atribuye únicamente el derecho a la recepción y práctica de aquellas que sean pertinentes, correspondiendo a los órganos judiciales el examen sobre la legalidad y pertinencia de las pruebas solicitadas.

c) El órgano judicial ha de motivar razonablemente la denegación de las pruebas propuestas, de modo que puede resultar vulnerado este derecho cuando se inadmitan o no se ejecuten pruebas relevantes para la resolución final del asunto litigioso sin motivación alguna, o la que se ofrezca resulte insuficiente, o supongan una interpretación de la legalidad manifiestamente arbitraria o irrazonable.

d) No toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba puede causar por sí misma una indefensión constitucionalmente relevante, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente cubre aquellos supuestos en los que la prueba es decisiva en términos de defensa. En concreto, para que se produzca violación de este derecho fundamental este Tribunal ha exigido reiteradamente que concurren dos circunstancias: por un lado, la denegación o la inejecución de las pruebas han de ser imputables al órgano judicial (SSTC 1/1996, de 15 de enero , y 70/2002, de 3 de abril , por todas); y, por otro, la prueba denegada o no practicada ha de resultar decisiva en términos de defensa, debiendo justificar el recurrente en su demanda la indefensión sufrida (SSTC 217/1998, de 16 de noviembre y 219/1998, de 16 de noviembre).

e) Esta última exigencia se proyecta en un doble plano: por una parte, el recurrente ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; y, por otra parte, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de la controversia habrían podido tener una incidencia favorable a la estimación de sus pretensiones; sólo en tal caso podrá apreciarse también el menoscabo efectivo del derecho de quien por este motivo solicita amparo constitucional (por todas, SSTC 133/2003, 30 de junio ; 359/2006, de 18 de diciembre ; y 77/2007, de 16 de abril).

Finalmente, ha venido señalando también el Tribunal Constitucional que el art. 24 CE impide a los órganos judiciales denegar una prueba oportunamente propuesta y fundar posteriormente su decisión en la falta de acreditación de los hechos cuya demostración se intentaba obtener mediante la actividad probatoria que no se pudo practicar. En tales supuestos lo relevante no es que las pretensiones de la parte se hayan desestimado, sino que la desestimación sea la consecuencia de la previa conculcación por el propio órgano judicial de un derecho fundamental del perjudicado, encubriéndose tras una aparente resolución judicial fundada en Derecho una efectiva denegación de justicia (SSTC 37/2000, de 14 de febrero ; 19/2001, de 29 de enero ; 73/2001, de 26 de marzo ; 4/2005, de 17 de enero ; 308/2005, de 12 de diciembre ; 42/2007, de 26 de febrero y 174/2008, de 22 de diciembre).

Asimismo, esta Sala Segunda del Tribunal Supremo ha recordado reiteradamente la relevancia que adquiere el derecho a la prueba contemplado desde la perspectiva del derecho a un juicio sin indefensión, que garantiza nuestra Constitución (Sentencias, por ejemplo, de 14 de julio y 16 de Octubre de 1.995), y también ha señalado, siguiendo la doctrina del Tribunal Constitucional , que el derecho a la prueba no es absoluto, ni se configura como un derecho ilimitado a que se admitan y practiquen todas las pruebas propuestas por las partes con independencia de su pertinencia, necesidad y posibilidad.

Como señala entre otras, la Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012 , la facultad del Tribunal, valorando razonada y razonablemente la pertinencia de las pruebas en el momento de la proposición y su necesidad en el momento de la práctica, a los efectos de evitar diligencias inútiles así como indebidas dilaciones, no vulnera el



derecho constitucional a la prueba, sin perjuicio de la posibilidad de revisar en casación la razonabilidad de la decisión del Tribunal, en orden a evitar cualquier supuesto que pudiere generar efectiva indefensión a la parte proponente de la prueba.

A los efectos de esta revisión es determinante, como señalan la **STC 308/2005, de 12 de diciembre** y la **Sentencia de esta Sala de 19 de junio de 2012**, que la parte recurrente argumente, de modo convincente, que la resolución final del proceso "a quo" podría haberle sido favorable en caso de haberse aceptado y practicado las pruebas objeto de controversia, es decir que se ponga de relieve la trascendencia de la prueba en orden a posibilitar una modificación del sentido del fallo (SSTC 73/2001, de 26 de marzo, 168/2002, de 30 de septiembre y 71/2003, de 9 de abril, entre otras)".

TERCERO.- El empleo de una vía oblicua (art. 5.4 LOPJ y 849 LECrim) en lugar del art. 850.1 no dispensa del cumplimiento de los requisitos externos (vocablo éste preferible a "formales"; el calificativo "formal" parece condicionar la efectividad de un derecho fundamental procesal a requisitos "burocráticos"). Así lo advertíamos antes. El motivo previsto en el art. 850.1 según la tradicional jurisprudencia de esta Sala exige en ese ámbito periférico, una serie de presupuestos que condicionan su prosperabilidad: **i)** Que la prueba se haya planteado tempestivamente, es decir en el momento procesal adecuado; **y ii)** que frente a la denegación se haya formulado la oportuna protesta razonando en su caso la pertinencia de la prueba y su objeto. Moviéndonos en el ámbito del procedimiento ordinario no es exigible una reiteración de la petición al inicio del juicio oral como sí sucede en el procedimiento abreviado donde se abre un turno previo de intervenciones que permite, entre otros contenidos posibles, insistir en las pruebas denegadas. Con independencia de que no se detecte obstáculo para potestativamente incrustar esa eventual audiencia preliminar en el juicio que se celebra a través del procedimiento ordinario cuando así se estime pertinente, no es trasladable el requisito de la reiteración de la petición desde el procedimiento abreviado al ordinario.

En este caso esos presupuestos están plenamente cumplidos:

a) La prueba fue propuesta en el escrito de conclusiones provisionales de la defensa: es el cauce ordinario para proponer prueba para el juicio oral (escenario donde ha de practicarse con toda amplitud y plenitud la actividad probatoria, lo que explica la denominación consagrada de tal acto esencial - *plenario* en contraste con el *sumario*-). Es verdad que desde la reforma de 2009 de la LECrim las partes pasivas del proceso han encontrado su hueco en el trámite del art. 627 LECrim habilitado, entre otras cosas, para reclamar la revocación de la conclusión del sumario e instar nuevas diligencias. Se ha acogido así lo que ya era una praxis habitual desde que veinte años antes una conocida sentencia del Tribunal Constitucional decretase que el art. 627 originario (que solo preveía la intervención de las partes acusadoras en ese momento) exigía otra interpretación desde prismas constitucionales. La Audiencia Provincial atendió escrupulosamente esa prescripción legal y confirió el correspondiente traslado por diez días no solo a las acusaciones, sino también a la defensa (folio 25 del rollo de Sala) que dejó transcurrir el plazo sin evacuar petición alguna. Un mes después (folio 31 del rollo) la Sala reanuda el trámite al no haberse presentado escrito alguno por la representación procesal del procesado y dicta resolución mediante la que rechaza una petición de la acusación particular de que se revocase el auto de conclusión para una preconstitución probatoria (Auto de 10 de enero de 2013). No solicitar en ese momento la revocación del auto de conclusión no cercena la facultad de proponer pruebas para el acto del juicio oral. Que la prueba pericial interesada exija unas actividades previas a las sesiones del juicio no la convierte en prueba ineludiblemente sumarial. Prevé la Ley con toda lógica que algunas pruebas -y entre ellas pueden destacar determinadas periciales- no puedan practicarse directamente en el plenario sino que necesiten algunas actuaciones preparatorias: vid. Arts 657.2, 725 o 745 LECrim. Es verdad que por su propia naturaleza la prueba que se solicitaba era idónea para fundar un petición de revocación del sumario (la praxis judicial ofrece muestras no infrecuentes de revocaciones del sumario para ese tipo de pruebas). Pero ni la nueva redacción del art. 627 LECrim impone a la defensa la carga de solicitar necesariamente antes la revocación del sumario, ni las pruebas propuestas han de ser consideradas, como erróneamente estima el Tribunal *a quo*, exclusivas del periodo de instrucción y no de la fase de juicio oral. Ha de entenderse cubierto este primer requisito: la prueba se pidió en momento idóneo.

b) Tal y como exige el art. 659.4 LECrim el rechazo de la prueba dio lugar a la oportuna protesta. Estamos ante un procedimiento ordinario. Se encauzó como recurso de súplica -seguramente por la errónea o, al menos, confusa indicación de los recursos procedentes contra el auto-. En ese momento (art. 659.4) no cabe ese tipo de impugnación sino tan solo la protesta para un ulterior recurso de casación. Pero ese improcedente recurso de súplica colma sobradamente la finalidad de esa protesta, imprescindible para mantener abiertas las puertas de una ulterior casación. El recurso de súplica (folio 56 del rollo) expresaba, de forma sintética pero rotunda, la disconformidad con esa negativa y las razones que la apoyaban: se reseñan los indicios extraídos de la causa que sugerían un trastorno psíquico en el procesado, se insiste en que la prueba se ha presentado en el momento procesal oportuno y se alega la indefensión en que se sumiría a la defensa privándola de ese medio



probatorio en un asunto en que se estaba ventilando una petición de condena de un total de catorce años de prisión (folios 56 a 59 del rollo).

c) Pese a lo que se dice y reitera en el escrito de recurso esa prueba no fue solicitada de nuevo al inicio del juicio oral por la defensa. Así lo demuestra el visionado de la grabación. Pero, como se ha advertido, no es ese requisito exigible en un procedimiento ordinario.

Así pues todos los requisitos externos para que un motivo de esta naturaleza pueda ser examinado están cumplidos (prueba propuesta en tiempo; protesta expresa y tempestiva; razonamiento sobre la relevancia de la prueba).

CUARTO.- Se aborda ahora el fondo del motivo, es decir los requisitos materiales: necesidad, utilidad y pertinencia de la prueba; y posibilidad.

No hay duda de que era una prueba **posible**. La situación de prisión preventiva del penado incluso facilitaba la agilidad en su realización. Era prueba no solo posible sino además nada dificultosa.

El siguiente paso es comprobar si la prueba era **necesaria**. En casación no se trata tanto de ventilar si la denegación de la prueba era la decisión más ajustada a derecho o más procedente; sino si ahora, en el momento en que se ventila este recurso, en un juicio *ex postesa* prueba se revela como **necesaria** e indispensable para el debido enjuiciamiento de los hechos y si encerraba virtualidad potencial para modificar el fallo en algún punto relevante (sea esencial -culpabilidad o inocencia-, o accidental -como en este caso: apreciación de alguna circunstancia modificativa o incluso eximente de la responsabilidad penal-).

El Auto de la Audiencia de 13 de marzo (folios 46 y 47 del rollo) denegó la prueba argumentándose que era diligencia propia de la fase de investigación y que esa prueba iría dirigida a acreditar un hecho que no se había alegado en las conclusiones de la defensa proponente -posibles trastornos psíquicos del acusado-.

Esas dos razones no justifican ni remotamente handicapar un derecho elemental de la defensa como es su capacidad de articular los medios de prueba necesarios para su defensa. Son irritantemente formalistas, aunque se puede entender y disculpar el afán de la Sala de instancia por imprimir la máxima celeridad a una causa en que existía un preso preventivo (art. 528.3 LECrim), así como su contrariedad por no haberse evacuado tal petición durante la fase de instrucción.

Que no estamos ante una diligencia que solo puede practicarse en la etapa de investigación ya ha sido razonado. No puede sobrevalorarse el sumario en detrimento del plenario. Por supuesto que ese examen psiquiátrico podía haberse realizado en la fase de instrucción. Pero esa posibilidad no significa que deba ya excluirse sin más. Ninguna disposición impide a la defensa reclamar en ese momento *ad hoc*, el oportuno, una prueba de esa naturaleza. Que no se haya realizado durante la instrucción como probablemente debiera haberse efectuado (vid arts 2, 381, 382 y 392 LECrim), no arrastra la preclusión de este tipo de pruebas. Eso sería una conclusión tan huérfana de apoyo legal como desmentida por la práctica. Es verdad que la defensa podía haber sido más incisiva en la fase de instrucción y no esperar al escrito de conclusiones para impetrar ese informe, lo que hubiese permitido mayor agilidad al simultanearse su realización con la práctica de otras pruebas que fueron llevadas a cabo; también lo es que pudo solicitar la revocación del sumario y no lo hizo; como lo es que la situación de prisión provisional del procesado puede alentar equivocadas decisiones como la adoptada en este caso por la Audiencia queriendo primar por encima de todo la celeridad para obtener una respuesta pronta. Pero ese laudable propósito jamás puede ser coartada para rechazar sin fundamento suficiente pruebas pertinentes que reclama la defensa.

Viene bien aquí recordar la sentencia de esta Sala Segunda que con toda pertinencia se invoca en el recurso, como ya se hizo en el acto del juicio oral. Se trata de la STS 848/2009, de 24 de julio. El asunto allí examinado, en efecto, presenta puntos paralelos con el que ahora se enjuicia: abusos sexuales a un menor; y petición de prueba psiquiátrica denegada, entre otras razones también por su falta de correspondencia con los hechos consignados en el escrito de conclusiones de la defensa: "*Pasando, por tanto, al análisis de los motivos hay que comenzar afirmando la evidente pertinencia de las pruebas interesadas, toda vez que, para el caso de María Consuelo ya existían antecedentes psiquiátricos, documentalmente acreditados, que llevaron a la Sala de instancia a aplicar, exclusivamente sobre esa base, la eximente incompleta de alteración psíquica, mientras que en el caso de Argimiro se ignora si padece algún trastorno que pudiera afectar a la plena imputabilidad que el Fiscal le atribuye en su escrito de acusación, cuando tanto la naturaleza de los hechos como el ambiente social, doméstico y cultural en que éstos acontecen parecen revelar un trasfondo anómalo que convendría dilucidar, en uno u otro sentido, para un adecuado enjuiciamiento de las conductas de los acusados.*

El hecho mismo de que el Tribunal "a quo" haya tenido que extenderse en argumentaciones de naturaleza psiquiátrica, acerca del alcance y efectos de la patología, esquizofrenia paranoica, sufrida por María Consuelo



, evidencia lo oportuno que hubiere resultado contar con la información que un experto pudiera facilitar en ese terreno.

Al igual que acontece para el caso del otro acusado acerca del cual incluso, como queda dicho, no existe información autorizada alguna como consecuencia de la denegación de la prueba interesada.

Por otro lado, la circunstancia de que no se hiciera constar formal protesta por parte de la Defensa, ante la inadmisión de la prueba, no puede tampoco ser obstáculo, en el supuesto que nos ocupa, para la formulación de la queja ante este Tribunal de Casación, toda vez que nos hallamos ante la denuncia de la vulneración de un derecho fundamental, como lo es el derecho a la prueba, dentro del pleno ejercicio de la Defensa, ante la que no puede atenderse a defectos de naturaleza meramente formal...

... Pertinencia que, como también se ha dicho, es indiscutible, de igual modo que resulta de todo punto correcto el planteamiento de su solicitud, tanto en su dimensión temporal, al haberse formulado en el escrito de conclusiones provisionales de la Defensa, como en la propia explicación de las razones de la pretensión que, al determinar el objeto de las pericias, y contra el parecer expuesto por la Audiencia para su inadmisión, en modo alguno se expresa con esa impropia "generalidad" que se le atribuye sino, muy al contrario, especificando que lo que se interesa acreditar no son sino los extremos literalmente recogidos en el propio Código Penal (art. 20.1º) para la apreciación de la eximente, plena o semiplena, afectante a la imputabilidad de los acusados, es decir, la posibilidad de existencia de una base patológica de naturaleza psíquica y los efectos que la misma pudiera proyectar sobre las facultades psicológicas, cognoscitivas o volitivas, de los informados, con el añadido de la específica remisión de estos aspectos a la relación que los mismos pudieran tener con los concretos hechos objeto de enjuiciamiento.

Impecable precisión en la formulación de la demanda probatoria que tampoco puede desautorizarse por el hecho de que el resto de las conclusiones provisionales de la Defensa no hicieran alusión a circunstancia de exención de la responsabilidad alguna, pues no debemos olvidar que ese escrito recoge, como su propio nombre indica, un mero planteamiento "provisional" y por tanto susceptible de posterior modificación, en el que no puede hurtarse a los acusados la posibilidad de solicitar pruebas que desacrediten la plena imputabilidad que la Acusación previamente les atribuye y cuyo resultado pudiera ser utilizado posteriormente en un eventual cambio de conclusiones.

Por otro lado, tampoco se está hablando de la práctica de unas pruebas de imposible práctica, ni tan siquiera de excesiva dificultad, sino, muy al contrario, de algo tan sencillo como la emisión de informes no por un especialista en Psiquiatría sino por el propio Médico Forense adscrito al Tribunal.

De manera que nos hallamos ante una solicitud de pruebas plenamente pertinentes, temporal y formalmente solicitadas con toda corrección, necesarias para el esclarecimiento de datos que pudieran tener indudable relevancia en el enjuiciamiento y sobre los que existe una información precaria, en el caso de María Consuelo, y plenamente inexistente, en el de Argimiro, y, por si todo ello fuera poco, incluso de muy sencilla realización.

Con lo que no se alcanza a comprender la rigidez del criterio de los Jueces "a quibus" que, inadmitiendo la práctica de tales medios probatorios, proceden a la celebración del Juicio oral cercenando el derecho esencial a la prueba del que ha de gozar la Defensa de los acusados, criterio que, por ello, ha de ser corregido por nosotros con el consiguiente perjuicio que toda repetición de Juicio oral comporta".

En el presente supuesto la defensa (no puede perderse de vista que se trata de una designación de oficio) solicitó la prueba en el momento natural para reclamarla: las conclusiones provisionales. Que esas conclusiones se limitasen a mostrar la disconformidad genérica con las acusaciones para pedir un pronunciamiento absolutorio no ata las manos para reclamar pruebas que pueden sustentar una eximente o atenuante. Las conclusiones en ese momento son provisionales. Ni podía exigirse a la defensa que plasmase una hipotética enfermedad mental no diagnosticada; ni aun en el supuesto -que no es éste claramente- de que dispusiese de ese dato, se le puede reprochar que opte por unas conclusiones absolutorias reservándose para el momento del juicio oral una vez efectuada la pericial psiquiátrica una eventual modificación para formalizar conclusiones alternativas o subsidiarias o mostrar la conformidad con una condena atenuada. Pero no es correcto rechazar sin más la prueba por no dirigirse a probar una afirmación explícita de la primera de las conclusiones.

Era obvia la finalidad de la prueba y era también patente que no era una solicitud gratuita o voluntarista. En este momento procesal -admisión o no de pruebas- las decisiones han de venir inspiradas por la máxima generosidad (en caso de duda, admitir), máxime cuando se están juzgando unos hechos graves, y es la defensa la que reclama esos medios probatorios. Si ese es el criterio general, en este caso se patenta todavía más la improcedencia de ese rigorista rechazo sustentado en cuestiones más formales que materiales. La petición era congruente con una serie de datos que se observan examinando la causa y que le fueron puestos de



manifiesto a la Audiencia en el recurso de súplica mediante el que se refutaba también el argumento de que las pruebas han de ir encaminadas a probar "hechos alegados". En efecto:

a) En el atestado policial el que se de cuenta de la detención del ahora recurrente se hace constar la recepción de una llamada en el 091 que genera un asiento informático: habría estado masturbándose momentos antes en un lugar público. Reseñan sus datos descriptivos según la información proporcionada por los vecinos que indican "que le llaman el loco".

b) Ese episodio -masturbación pública- conocido por esa referencia es sugestivo de una posible "anormalidad psíquica". Es dato que se añade al elocuente apodo.

c) En esa misma dirección podrían apuntar otros elementos. De una parte los hechos que fueron enjuiciados: asalto a una menor también por un lugar público y a la luz del día (aunque desde luego por la hora -14.50- y la fecha y lugar -1 de julio en la ciudad de Granada- no es presumible la concurrencia de mucha gente por una vía urbana). De otra, su indicación persistente de que había tomado "pastillas" y que no recordaba nada, y que un médico se las había recetado. La insignificancia del metálico sustraído abunda en esa estimación.

No parece lógico negar la prueba que hubiese permitido justificar ese eventual trastorno psíquico (reclamación del historial clínico y pericial psiquiátrica) para después atribuir esa "desmemoria" a una estrategia defensiva del procesado. Acompaña la razón al recurrente al denunciar esa forma de argumentar del Tribunal a quo.

QUINTO.- Es verdad que nuestra perspectiva en este momento -recurso contra la denegación- no es idéntica a la que tiene la Audiencia al decidir sobre la admisibilidad. La nuestra es más estricta.

En trance de decidir sobre la suspensión por la no posibilidad de practicar una prueba admitida en cierta medida se invierten los términos. 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 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.

Y el criterio se hace todavía un punto más riguroso cuando se está revisando esa decisión (no admisión; o no suspensión ante la no práctica) en vía de recurso.

En efecto, para la anulación de una resolución judicial por no práctica de alguna prueba es necesario que la prueba cuya omisión va a determinar la retroacción del procedimiento sea no solo pertinente y posible sino también **indispensable** o **necesaria**. La **necesidad** es requisito inmanente a todos los motivos de casación en los que se solicita la anulación para practicar pruebas omitidas. Si la prueba no practicada podía ser **pertinente** en un juicio *ex ante*, pero carece de utilidad a la vista del desarrollo del juicio oral y de la resolución recaída, el motivo no podrá prosperar. No tendría sentido, v.gr., anular una sentencia parcialmente absolutoria por haberse rechazado una prueba que se hacía valer precisamente para acreditar la inocencia respecto de ese delito excluido de la condena por muy pertinente que fuere esa prueba y por improcedente que fuere su denegación. Si la prueba carece de aptitud para variar el sentido del fallo, pese a su eventual pertinencia, no puede arrastrar una nulidad que redundaría negativamente en el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (STS 315/2013, de 14 de marzo)

La STC 142/2012, de 2 de julio, aunque desde una perspectiva diferente (amparo constitucional por vulneración del art. 24.2 de la CE) así lo expresa: " ...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 , FJ 2).**"

No es acogible desde esas bases la alegación del Fiscal, objeto de enérgica protesta por el recurrente al contestar el escrito de impugnación, de que en todo caso la pena estaba impuesta en su duración mínima por lo que una eventual atenuante carecería de practicidad. No lo es porque está en juego algo más: una hipotética eximente completa o incompleta, e incluso, como señala atinadamente el recurrente la morfología de la respuesta del Estado (no es lo mismo una pena de prisión que una medida de seguridad privativa de libertad, que también se ha admitido en ocasiones cuando lo que se aprecia no es una eximente incompleta sino una atenuante analógica). Es indiferente a estos efectos que el acusado sea un ciudadano español



(como subraya el recurrente) o no: se entiende que es un argumento retórico para enfatizar la importancia que representaba esa prueba para su defensa.

El informe del Fiscal, bien elaborado, después de escudriñar en toda la causa, es exhaustivo a la hora de recopilar todos los factores que abonarían la desestimación del recurso por no ser prueba "necesaria". El acusado no ha adoptado iniciativa alguna para referirse a algún tratamiento por trastorno psíquico. Ni él, ni algún familiar. La defensa en el acto del juicio oral no formuló pregunta alguna al respecto al propio procesado (cerciorarse si es conocido como "el loco", si ha estado sometido a tratamiento, qué tipo de pastillas tomaba, dónde vive, de qué contexto familiar está rodeado...). Ese tema fue ajeno al acto del juicio, aunque eso venía condicionado por el rechazo de la Audiencia.

Pero no puede descartarse que esa desidia o desinterés del procesado no obedezca a que nada fundado tenga que aportar a ese respecto, sino que sea producto del propio trastorno que se quiere acreditar. Además, cuando la defensa es asignada por el turno de oficio no existen normalmente esas relaciones más estrechas entre la dirección letrada (por más que ésta efectúe sus funciones con la máxima profesionalidad y celo) y el propio representado o su entorno familiar.

De manera aguda también, el Fiscal aduce que el procesado fue ingresado en prisión preventiva. El acceso al sistema penitenciario sitúa a una persona bajo observación médica y análisis de su salud, física y mental lo que, por lógica, debe hacernos confiar en que un trastorno de la entidad suficiente como para dar vida a una eximente completa o incompleta debería haberse detectado y se habría puesto en conocimiento del órgano judicial correspondiente. Pero, al margen de las insinuaciones que se vierten en el escrito de contestación del recurrente, tampoco podemos olvidar que una cosa es el *desideratum* normativo y otra la realidad penitenciaria condicionada por medios personales limitados.

SEXTO.- No es impermeable esta Sala a los efectos colaterales tan perniciosos que comportaría la anulación sin matiz alguno de todo lo actuado y la retroacción al momento en que se cometió la falta. Supondría la necesidad de reproducir el juicio oral y de que la menor afectada, además de la otra menor testigo de los hechos, deban testificar otra vez. Aquella habría de rememorar el suceso con el riesgo que ello supone en cuanto a regresiones en su proceso de recuperación. No puede permanecer insensible esta Sala a las secuelas que describió la madre en el acto del juicio oral (y que justificaban una petición de condena por un delito de lesiones concurrente) y que han ido amortiguando el paso del tiempo y el tratamiento, aunque, como puntualizó persisten fobias y desazón asociadas a unos hechos graves y especialmente victimizadores cuando recaen sobre una niña que todavía no había cumplido los ocho años. Las recomendaciones sobre el sometimiento de la menor al proceso judicial que se contienen en el informe obrante en la causa (folios 141 a 151: en concreto las contenidas en el folio 151), el efecto negativo - sabido y conocido- que en un menor víctima tiene su paso por los tribunales lo que aconseja reducirlo a lo estrictamente indispensable, y la normativa supranacional a la que inmediatamente se aludirá estimulan a buscar fórmulas legales que ahuyenten esos indeseables efectos. Seguramente estas consideraciones también han tenido su influjo en la posición en casación del Ministerio Público.

SÉPTIMO.- La Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 por la que se establecen las normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que sustituía a la anterior Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo anima a exégesis en esa dirección. Su artículo 20 invita a que el número de declaraciones de la víctima sea el menor posible, el estrictamente necesario. El art. 22 recuerda la especial sensibilidad que ha de presidir el trato procesal de víctimas de violencia sexual y menores de edad.

Más específico es el Convenio del Consejo de Europa para la protección de los niños contra la explotación y el abuso sexual de 25 de octubre de 2007, hecho en Lanzarote (BOE de 12 de noviembre de 2010; ratificación por España el 22 de julio de 2010), cuyo art. 35 exige que el número de declaraciones del menor sea el indispensable, el estrictamente imprescindible. Se proclama también la conveniencia de establecer la validez de la grabación de esas declaraciones como medio de prueba (sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 16 de junio de 2005, asunto PUPINO).

Estos textos han llevado ya a reformas legales (v.gr., la modificación llevada a cabo en la legislación procesal alemana hace pocos meses para implantar en estos casos un sistema de entrevista única con posible complemento solo en casos en que se revele como necesario).

En todo caso el derecho de defensa de quien se enfrenta a una petición de pena de prisión de catorce años no admite la más mínima fisura. Está en juego la misma legitimidad de la respuesta penal del Estado. Solo si queda plenamente salvaguardado, sin la más mínima brecha, ese derecho de defensa podrán admitirse vías alternativas. Ese conflicto de intereses, ambos de elevado rango, sirve de acicate a esta Sala para explorar en nuestra legislación procesal soluciones diferentes a la nulidad íntegra que, por más que puedan



ser excepcionales, se ajustan plenamente al ordenamiento y permiten cohonestar sin merma de ninguno de ellos, los derechos aparentemente en conflicto.

OCTAVO.- La LECrim carece de matizaciones sobre este particular en casación. Las nulidades anudadas a la estimación de un recurso de casación parecen ser totales. O, al menos, no está expresamente prevista otra cosa en la legislación. Parece darse por supuesto.

Dispone el art. 901 bis a) LECrim: "*Cuando la Sala estime haberse cometido el quebrantamiento de forma en que se funda el recurso, declarará haber lugar a él y ordenará la devolución de la causa al Tribunal de que proceda para que, reponiéndola al estado que tenía cuando se cometió la falta, la sustancie y termine con arreglo a derecho*".

Como se ve no se introduce distingo ni modulación. Estimado el motivo por quebrantamiento de forma ha de acordarse nulidad con retroacción al momento en que se apreció la falta.

Sin embargo no son insólitos los casos de "nulidades parciales" cuando el objeto de una causa es subjetivamente plural -varios acusados-, (v.gr., uno de los acusados no estaba citado, pero para el resto se celebró el juicio válidamente; la sentencia carece de motivación suficiente en cuanto a la participación solo de un recurrente, pero los recursos interpuestos por los demás son desestimados lo que lleva a anular la sentencia sólo en los extremos referidos a ese recurrente al tiempo que se desestima el resto de recursos y la sentencia adquiere firmeza para los coacusados; la prueba denegada indebidamente afectaba tan solo a uno de los recurrentes por ser personalísima -como en este caso- mientras que las quejas de los demás condenados no podían prosperar y se repone el juicio exclusivamente para ese acusado). Esas soluciones cuentan además con el apoyo indirecto de ciertas previsiones legales que admiten -o imponen- en determinados casos el enjuiciamiento separado de los distintos acusados, o que consienten la posibilidad de que la sentencia alcance firmeza para algunos mientras está pendiente de recurso frente a otros (arts. 861 bis b) y 903 LECrim).

Menos frecuentes pero tampoco absolutamente extravagantes son los casos en que esa nulidad parcial podría referirse a un objeto plural: varios delitos cuando solo uno de ellos -perfectamente deslindable- se ve afectado por el motivo de nulidad. Tampoco esa solución es totalmente inédita si se bucea en los repertorios. No tiene sentido anular todo un complejo juicio oral, que ha durado muchas sesiones, y que tenía un objeto plural (muchos acusados, muchos delitos) para su repetición íntegra por el hecho de que se haya denegado una pregunta de trascendencia pero solo relevante para uno de los múltiples delitos (o una falta conexa, por buscar ejemplos que por hiperbólicos hacen más visible la irracionalidad de ese maniqueísmo; o una cuestión atinente exclusivamente a la responsabilidad civil) y que en nada afectaría al resto del enjuiciamiento.

Esta eventual vía intermedia -"nulidad parcial"- no está prevista pero tampoco excluida por la Ley Procesal vigente. Cuenta sin embargo con un soporte legal claro que por otra parte trae causa de un clásico principio procesal: el principio de conservación de los actos procesales. Tal principio tiene varias vertientes. Una de ellas, muy significada, es el axioma de que la nulidad de un acto no puede afectar a la de los demás que hubiesen permanecido inalterados; es decir aquellos a los que no podía afectar la irregularidad. El principio que plasmó primero en la vieja y derogada Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa, hoy tiene un alcance generalizado a través del art. 243.1 LOPJ, del que existe una proyección específica en la Ley de Enjuiciamiento Civil. Ni siquiera hace falta acudir a la supletoriedad de esta norma en el proceso penal (art. 4 LECivil). La LOPJ es aplicable en sus normas procesales a todos los órdenes jurisdiccionales. No es una previsión contradictoria con la LECrim, sino complementaria de lo dispuesto en este cuerpo legal. No existe impedimento para entender que el principio de conservación de los actos procesales puede jugar también respecto de las nulidades que se acuerdan en casación por estimación de un quebrantamiento de forma, siempre que no pueda producirse indefensión alguna, queden salvaguardadas todas las garantías y haya razones de fuste que justifiquen esa especial medida.

Ha de manejarse esa fórmula con extremada cautela para no romper sin causa suficiente el principio de unidad del juicio oral (art. 744 LECrim) más allá de los casos justificados. Pero no hay razón alguna para entender que la legislación procesal penal no admite en casación nulidades parciales en casos muy excepcionales cuando no se viole ningún principio y no exista el más mínimo riesgo de indefensión o merma de alguna garantía. El principio de unidad del juicio oral es instrumental: no es un dogma. No le faltan excepciones en la propia ley. La formación de piezas separadas en el procedimiento abreviado o, singularmente, la posibilidad de que en apelación se practique prueba son algunos supuestos en que la ley consiente la ruptura de esa unidad.

Si lo habitual ha de ser la repetición íntegra del juicio, no pueden excluirse situaciones en que eso no sea congruente con la nulidad impetrada. Eso sucede aquí en que pese a existir unidad de procesado y de acción enjuiciados (se ha acusado por dos delitos pero derivados de una única conducta), el tema afectado por la nulidad -denegación de una prueba encaminada a acreditar una eximente o atenuante- es nítidamente deslindable y separable. No condiciona lo ya enjuiciado y resuelto en sentencia tras el debido proceso con un resultado que, salvo ese particular, por nadie ha sido cuestionado.



El ordenamiento, interpretado entrelazadamente, no solo consiente esa solución, sino que en este caso conduce a ella como la más aconsejable y la procedente jurídica y legalmente. La indebida denegación de prueba afecta exclusivamente a una circunstancia personal que para nada repercute en la objetividad de los hechos. Podrá determinar una exención completa o incompleta, o una atenuante; o podrá no tener ninguna influencia en la decisión adoptada sobre ese punto. Si la prueba se hubiese admitido, fuese cual fuese su resultado no incidiría ni en la actividad probatoria desplegada, ni en su valoración por la Sala de instancia. Tan solo gozaba de aptitud para influir en la estimación o no de circunstancias modificativas y, en su caso, en la penalidad o consecuencia jurídica adecuada. La defensa no ha cuestionado en casación los hechos probados con los que ha asentido. Sería muy diferente si junto al motivo por quebrantamiento de forma se hubiesen formulado otros por presunción de inocencia o cuestiones de fondo que quedarían imprejuzgadas. Solo se queja de la denegación de esa prueba cuya única y exclusiva finalidad era fundar una eventual atenuación o hipotéticamente una exención de responsabilidad. No hay razones para anular toda la actividad probatoria, y la decisión judicial que la ha valorado en términos no cuestionados. La anulación indiscriminada significaría contradecir el tenor y la filosofía del art. 243.1 LOPJ.

La drástica solución de la nulidad total se haría difícilmente explicable a las partes y a la Sociedad. No es muy inteligible que esa sea la salida procesal correcta en un caso como éste. Especialmente ininteligible sería para la menor o para su familia tener que volver a relatar lo que ya contó hace pocos meses por la exclusiva razón de que hay que comprobar si el recurrente padece un trastorno psíquico.

También desde el punto de vista de las partes pasivas esa es solución lógica: les protege de volver sobre hechos ya decididos para un eventual resultado más desfavorable. En principio nada excluiría una renovada individualización de la pena más perjudicial por factores que apareciesen en el nuevo juicio; o una condena por el delito de lesiones del que está absuelto, en pronunciamiento que también ha de verse afectado si atendemos a una interpretación rigorista de la LECrim, (habría quedado privado de eficacia con la anulación de la sentencia). La necesidad no ponderada de reponer las actuaciones al momento en que se detectó la falta supone un retorno absoluto para volver a recorrer todo el itinerario procesal sin condicionante alguno: es viable una condena más grave y una condena por el delito de lesiones excluido en la sentencia que se anula; como lo es también sin duda una absolución por no quedar probada en el nuevo juicio la participación en los hechos del procesado. No son razonables esos eventuales finales fruto de una "carambola" procesal.

En este caso la desvinculación entre la irregularidad y el resto del juicio es tan patente y nítida que por aplicación del art. 243.1 LOPJ en combinación con el art. 901 LECrim la decisión ha de consistir no en la ordinaria y habitual sino en la anulación parcial de la sentencia: tan solo en los aspectos en los que puede influir la prueba indebidamente denegada.

Habrán de practicarse tales pruebas (documental y pericial) y celebrar un nuevo juicio con ese exclusivo objeto. Se salva por tanto expresamente la validez tanto del juicio ya celebrado como de la sentencia en los particulares no afectados por esta nulidad parcial; es decir todos aquellos actos que hubiesen permanecido inalterados y carecen de aptitud para verse condicionados por la prueba que ha de practicarse. No será necesario desplegar más actividad probatoria que la indebidamente denegada (y, por supuesto la declaración del procesado, siempre procedente). El objeto de ese nuevo y "singular" juicio complementario habrá de ceñirse a esa cuestión, dictándose nueva sentencia para variar tan solo aquellos particulares de la ahora anulada parcialmente que vengan exigidos por la nueva actividad probatoria.

Serán excepcionales los casos en que puede asociarse a un recurso por quebrantamiento de forma o violación de precepto constitucional procesal esta solución. Han de estar bien claras las coordenadas que lo permiten. Aquí lo están. En un supuesto en que además están en juego los intereses de un menor se agiganta su pertinencia y procedencia. De esa forma se puede combinar el más exquisito respeto al derecho de defensa junto con el interés superior del menor. Una fórmula como esta viene propiciada por los textos internacionales vinculantes en nuestro país que se han citado antes y que obligan a que las declaraciones de los menores especialmente en asuntos como éste sean las estrictamente indispensables.

Otorgado ese limitado alcance a la nulidad no puede considerarse empañada la imparcialidad del Tribunal de instancia. Ha prejuzgado, sí; mejor, ha juzgado. Pero en lo juzgado permanece válida su decisión no afectada por esta resolución. Una vez ordenada la práctica de la prueba pericial y documental, no hay base alguna para sospechar que puedan examinar con recelo esa prueba referida a un aspecto sobre el que no se debatió. La parte recurrente no ha pedido ni la repetición del juicio ni el cambio del Tribunal. En los casos en que declaramos en casación la valorabilidad de una prueba que el Tribunal de instancia indebidamente considera ilícita se reenvía la causa al mismo órgano para que dicte nueva sentencia valorando la prueba indebidamente excluida sin que se entienda afectada su imparcialidad. Idéntica ha de ser la solución cuando se trata de valorar exclusivamente una prueba que habrá de practicarse y que el Tribunal no ha presenciado aún.



La perfecta deslindabilidad del tema afectado (estado mental acusado) con lo ya decidido (hechos y participación) convierte en irrazonable hacer tabla rasa de toda la actividad procesal realizada (también aquella que nada tiene que ver con el motivo de nulidad), en inútil la repetición del juicio (que ya no será el mismo juicio sino otro), y abre paso a la posibilidad de consecuencias perniciosas y nada congruentes (condena más grave o incluso absolución).

A esas razones legales (art. 243 LOPJ), teóricas (principio de conservación de los actos procesales) y consecuencialistas (valoración de posibles anómalos resultados), se unen aquí las marcadamente victimológicas.

Procede estimar el recurso con las especificaciones efectuadas.

NOVENO.- Habiéndose estimado el recurso procede declarar de oficio las costas procesales (Art. 901 LECrim).

III. FALLO

Que debemos declarar y declaramos **HABER LUGAR** al recurso de casación interpuesto por **Jose Daniel** , contra Sentencia dictada por la Sección Primera de la Audiencia provincial de Granada, que condenó al recurrente por un delito de agresión sexual, **por estimación de los dos motivos de su recurso, y en su virtud casamos y anulamos la Sentencia dictada por dicho Tribunal de instancia solo en los particulares que puedan verse afectados por las pruebas que declaramos indebidamente denegadas y en los términos que se derivan de los anteriores fundamentos de derecho.** Se salva la validez del resto de actuaciones procesales no afectadas por esa denegación de prueba.

Reenvíese la causa a la Audiencia de procedencia para práctica de las pruebas indebidamente denegadas y celebración de vista oral complementaria en los términos que han quedado señalados.

Comuníquese esta resolución al Tribunal Sentenciador a los efectos procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesándole acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Candido Conde-Pumpido Touron Andres Martinez Arrieta Miguel Colmenero Menendez de Luarda Antonio del Moral Garcia Carlos Granados Perez

PUBLICACION.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Antonio del Moral Garcia , estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.