

**TRIBUNAL SUPREMO**

Sentencia 1144/2024, de 12 de diciembre de 2024

Sala de lo Penal

Rec. n.º 11437/2023

**SUMARIO:****Proceso penal. Prueba testifical. Incidente. Contradicciones. Prueba intempestiva.**

El incidente probatorio del artículo 714 LECrim cuando la declaración del testigo en el juicio oral no sea conforme en lo sustancial con la prestada en el sumario, solo puede activarse si la respuesta ofrecida por el testigo en el acto del juicio a la pregunta abierta formulada contradice esencialmente previas manifestaciones y siempre, además, que el tribunal aprecie la contradicción y ofrezca a quien testifica la posibilidad de explicarla. La introducción, al formular las preguntas, de las previas informaciones prestadas por el testigo en otras fases del proceso, sin respetar las estrictas condiciones que deben darse para ello, es un elemento profundamente disruptivo de las reglas y el modo en que se debe desarrollar el interrogatorio plenario que altera, también, la calidad epistémica de la información así obtenida. Los altos niveles de sugestividad y capciosidad que introduce ese antinormativo modo de interrogar "sepulta" el relato plenario que pudiera ofrecer el testigo, impidiendo, en consecuencia, identificar y valorar aspectos tan decisivos como la calidad del recuerdo, el grado de precisión descriptiva, la propia narratividad del relato y la genuinidad de los términos y palabras empleadas por la persona interrogada.

Una pregunta capciosa, sugestiva o ininteligible por superar la competencia lingüística de su destinatario introduce el alto riesgo de que la respuesta obtenida carezca de todo valor informativo. Que no corresponda a los términos de la proposición aparentemente interrogativa que la precede. Pero no solo. Supone también trasladar a la prueba plenaria al rincón de los trastos inútiles sustituyéndose por informaciones preprocesales o sumariales que carecen de idoneidad para acceder al cuadro probatorio y, en consecuencia, para servir como información sobre la que basar la decisión sobre la inocencia o la culpabilidad de la persona acusada.

En puridad, supone un reflejo intolerable de los viejos modos inquisitivos para los que, toda palabra pronunciada en el juicio oral debe permanecer bajo la vigilancia de la "palabra durmiente" registrada en la fase instructora. Las graves alteraciones que sobre el modelo de adquisición probatoria se derivan del incumplimiento de las reglas de producción de los medios de prueba, muy en particular cuando se trata de la prueba testifical, obliga a los jueces que presidan el juicio a adoptar las medidas razonables que salvaguarden los graves intereses en juego. Y entre estas, la más evidente, hacer cumplir las reglas de producción contenidas en los artículos 439 y 707, ambos, LECrim.

Finalizada la fase de instrucción, el juez no puede seguir investigando el hecho punible practicando diligencias. De hacerlo, la parte agraviada podrá formular el correspondiente recurso pretendiendo, por un lado, la anulación y consiguiente exclusión de las diligencias intempestivas. Pero la intempestividad de las diligencias no contamina de ilicitud constitucional a las informaciones sumariales reportadas irregularmente al proceso. Reiteramos: el vicio tempo-procesal de producción no reclama en este caso que dicha información quede definitivamente excluida de todo aprovechamiento posible, como acontece con la prueba constitucionalmente ilícita cuya exclusión resulta una exigencia para la protección de la integridad del proceso. La falta de validez por incumplimiento del plazo de producción afecta a la diligencia de investigación, al vehículo informativo que quedará, valga el símil mecánico, *inservible*, pero no compromete la licitud constitucional de la información contenida y su potencial utilización probatoria en el juicio oral.

**PONENTE:** D. Javier Hernandez Garcia

Síguenos en...



Magistrados:

D.JULIAN ARTEMIO SANCHEZ MELGAR  
D.PABLO LLARENA CONDE  
D<sup>a</sup>. CARMEN LAMELA DIAZ  
D.LEOPOLDO PUENTE SEGURA  
D.JAVIER HERNANDEZ GARCIA

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Sentencia núm. 1.144/2024

Fecha de sentencia: 12/12/2024

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION (P)

Número del procedimiento: 11437/2023 P

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/12/2024

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Procedencia: Tribunal Superior Justicia de Aragón

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

Transcrito por: IGC

Nota: Siendo aplicable la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, y los artículos 236 bis y siguientes de la Ley Orgánica del Poder Judicial, los datos contenidos en esta comunicación y en la documentación adjunta son confidenciales, quedando prohibida su transmisión o comunicación pública por cualquier medio o procedimiento, debiendo ser tratados exclusivamente para los fines propios de la Administración de Justicia, sin perjuicio de las competencias del Consejo General del Poder Judicial previstas en el artículo 560.1.10<sup>a</sup> de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

RECURSO CASACION (P) núm.: 11437/2023 P

Ponente: Excmo. Sr. D. Javier Hernández García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María del Carmen Calvo Velasco

## TRIBUNAL SUPREMO

### Sala de lo Penal

#### Sentencia núm. 1144/2024

Excmos. Sres. y Excma. Sra.

D. Julián Sánchez Melgar

D. Pablo Llarena Conde

D.<sup>a</sup> Carmen Lamela Díaz

D. Leopoldo Puente Segura

D. Javier Hernández García

Síguenos en...



En Madrid, a 12 de diciembre de 2024.

Esta sala ha visto el recurso de casación por infracción de precepto constitucional, infracción de ley y quebrantamiento de forma número 11437/2023, interpuesto por **D. Leopoldo**, representado por la procuradora D<sup>a</sup>. Amalia Ruiz García, bajo la dirección letrada de D. Daniel Romero Sanz, contra la sentencia n.º 70/2023 de fecha 28 de noviembre dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia núm. 102/2023 de fecha 17 de abril, dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza, Sección Primera en el Procedimiento Sumario ordinario 693/2022, procedente del Juzgado de Instrucción de Tarazona.

Interviene el **Ministerio Fiscal** y como parte recurrida D<sup>a</sup>. Elisabeth representante de su hija menor Enriqueta representadas por la procuradora D<sup>a</sup>. Rosa Rivero Ortiz, bajo la dirección letrada de D. Jorge Berdún González.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Javier Hernández García.

### **ANTECEDENTES DE HECHO**

**PRIMERO.-** El Juzgado de Instrucción único de Tarazona incoó procedimiento sumario ordinario núm. 20/2021 por delitos de agresión sexual a menor de 16 años, maltrato familiar y delito de exhibición de material pornográfico a menor de edad, contra Leopoldo; una vez concluso lo remitió a la Audiencia Provincial de Zaragoza, cuya Sección primera, (P.O. núm. 692/2022) dictó Sentencia nº 102/2023 en fecha 17 de abril de 2023 que contiene los siguientes **hechos probados**:

"Se considera probado que el procesado Leopoldo, mayor de edad, y sin antecedentes penales, natural de Rumania, desde 2017 mantenía una relación sentimental con Elisabeth, comenzando a vivir juntos desde el mes de junio de 2020.

Elisabeth tenía entonces das hijas menores de edad de 3 y 9 años, llamadas Leticia y Enriqueta, y en las navidades de ese año 2020, como el padre de Elisabeth estaba muriéndose y ella tenía que estar en el hospital, le pidió a Leopoldo que se ocupara de sus hijas, con las cuales tenia buena relación, así Enriqueta, aunque con su padre biológico tenia buena relación a Leopoldo, le llamaba papá.

Así unos días antes de nochebuena, . Leopoldo les dijo que como ambas hermanas dormían juntas en la misma habitación, y tenían que dormir en habitaciones separadas, para tener intimidad, y Leopoldo se quedó con Enriqueta, le Metía la mano por detrás, y le hacía movimientos, y como no le gustaba, ella se levantó al baño como excusa, y cuando volvió le dijo que ella no quería, que Leopoldo le respondió que era normal hacer esas cosas, pero se fue.

El procesado llamó a Enriqueta "mi morena", que era como solía llamar a Elisabeth en la intimidad.

En nochebuena estaban solos los tres, ya que Elisabeth estaba en el hospital, y Leopoldo les dijo que durmieran todos juntos, jugaron porque se aburrían, y ese día le dijo a Enriqueta que le dejara introducirle su pene en sus partes íntima& sintiendo dolor, y cuando ella se despertó vio su pijama bajado, pero no le introdujo su órgano sexual.

Hubo en aquellos días otros episodios, intentó introducirle el pene, pero ella dijo que no le gustaba, y esa noche no pasó nada, aunque los días anteriores le introdujo los dedos en la vagina, y los movía, e intentaba introducirle el pene, ella sangraba.

En la noche del día 5 al 6 de enero de 2020, noche de Reyes, su madre dormía con su abuela, Leopoldo se quedó durmiendo en el sofá, y después se fue a la habitación de Enriqueta, y esa noche estando ella situada encima de él, sí consiguió introducirle el pene en la vagina.

En aquellos días, en alguna ocasión, había intentado penetrarla por detrás, pero no lo consiguió.

Elisabeth vio que Enriqueta sangraba y sospechaba; ya que el día 7 de enero de 2020, Leopoldo tenía mucho interés en que se tomara aquella una pastilla para dormir, y no se la

Síguenos en...



tomó, y en dos ocasiones, vio como Leopoldo estaba en la habitación de Enriqueta, con el pantalón medio bajado, y Enriqueta estaba dormida.

Elisabeth le preguntó a Enriqueta si pasaba algo, y esta al principio le dijo que no, y después que el día 24 de diciembre, le había bajado el pantalón, le metió la mano, y le decía mi morena, y Elisabeth, aunque Leopoldo le negó los hechos, le echó do casa. Leopoldo se quiso suicidar en dos ocasiones, la primera en el bar que ambos regentaban, mezclando matarratas con whisky, y la segunda vez el día 10 de enero de 2020, el procesado volvió a la casa, y se intentó ahorcar en la cocina, que le decía que le dejara morir, que se sentía atraído sexualmente por su hija, y le reconoció los contactos sexuales, que entonces llamó a la hermana, cuñado y sobrina de Leopoldo, y ese día quedaron todos juntos en el bar para hablar.

Con posterioridad a estar Leopoldo en el bar, con Elisabeth y su familia, el procesado en compañía de su cuñado Hilario, se personó en la comandancia de la guardia civil de DIRECCION000, manifestando a los guardias civiles que se encontraban allí NUM000, y NUM001, que iba 'a entregarse porque había agredido sexualmente a la hija de su pareja, Enriqueta de 9 años de edad, si bien posteriormente cuando declaró en presencia de letrado negó los hechos.

Consta según informe ginecológico y examen realizada por la médico forense de guardia el día 10/1/2021 a la menor Enriqueta, que carece de himen, que tenía un eritema en labios mayores, y una fisura de un centímetro de longitud a nivel de horquilla vulvar.

Leopoldo en una ocasión en el transcurso de su relación, le dio una bofetada a Elisabeth.

No ha quedado suficientemente acreditado que Leopoldo enseñara a Enriqueta numerosos videos pornográficos, tanto en la televisión, como en su móvil.

Tampoco ha quedado acreditado que Leopoldo durante la relación sentimental con Elisabeth le solicitara mantener relaciones sexuales, y ante la negativa de esta, le propinara puñetazos y patadas en todo el cuerpo, obligándola contra su voluntad, a mantener relaciones sexuales con penetración vaginal.

Tampoco ha quedado acreditado que como consecuencia de un maltrato recibido por Elisabeth de Leopoldo, de forma continua, experimentara un deterioro o malestar en su funcionamiento diario, ni que le controlara en sus relaciones sociales, y le impidiera tener contacto con su familia."

**SEGUNDO.-** La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

"CONDENAMOS al Procesado Jose Francisco, en concepto de autor de, un delito continuado de agresión sexual a menor de 16 años con penetración por vía vaginal con prevalimiento tipificado en los artículos 178, 179 y 181 n° 3, y n° 4 del código penal actual, y de un delito de maltrato en el ámbito de la violencia de género del artículo 153,1, 3 y 4 del código penal, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, **a las penas de, por el primer delito, DIEZ AÑOS Y SEIS MESES DE PRISION**, accesoria legal de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena, y libertad vigilada durante 11 años y 6 meses, que se cumplimentará posteriormente a la pena privativa de libertad, conforme a lo previsto en el artículo 192.1 del código penal, y al amparo del artículo 57 del código penal se interesa que se establezca la prohibición de aproximarse a menos de 100 metros para el acusado, respecto al domicilio, colegio o lugar donde se encontrara la menor Enriqueta, y comunicación con la misma por cualquier medio durante un periodo de 1 1 años y 6 meses, y la inhabilitación especial para cualquier profesión u oficio, sea o no retribuido que conlleve contacto regular y directo con menores de edad por un tiempo de 1 1 años y 6 meses, y por el segundo delito, seis meses de prisión, así como pena accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio durante todo el tiempo de la condena, privación, del derecho de tenencia y porte de armas durante un año y 1 día y la prohibición de aproximación a Elisabeth, a su domicilio, o cualquier otro lugar donde se encuentre a menos de cien metros, así como la de comunicación por cualquier medio o procedimiento durante un año y seis meses, más 2/5 de costas procesales totales, debiendo indemnizar civilmente a la menor Enriqueta, por medio de su representante legal, en la cantidad de 6000 euros por daños morales,

Le abonamos todo el tiempo de prisión provisional preventiva desde el día 10/1/2021.

Síguenos en...



Asimismo, procede ABSOLVER Procesado Jose Francisco, de los delitos de exhibición de material pornográfico a menor de edad tipificado en el artículo 186 del código penal, de un delito de agresión sexual con penetración vaginal del artículo 179 del código penal actual, y de un delito de violencia habitual sobre su pareja sentimental y la hija de esta en el domicilio familiar tipificado en el artículo 173.2 del código penal, con declaración de oficio de 3/5 costas.

Así por esta nuestra sentencia, contra la que puede interponerse recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, a presentar ante esta Sección Primera de la Audiencia Provincial dentro del plazo de diez días contados a partir del siguiente al de la última notificación, y de la que se llevará certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos."

**TERCERO.-** En fecha 11 de mayo de 2023, la Audiencia de instancia dictó **Auto de Aclaración** con la siguiente parte dispositiva:

"Procede aclarar la sentencia nº 102/2023 de fecha 17 de abril de 2023 en el sentido de que, en el Fallo de la misma, donde dice " Jose Francisco", debe decir " Leopoldo", haciendo extensiva dicha aclaración al resto del cuerpo de la Sentencia. "

**CUARTO.-** Contra la anterior sentencia se interpuso recurso de apelación por la representación procesal de Leopoldo; dictándose sentencia núm. 70/2023 por la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Aragón en fecha 28 de noviembre de 2023, en el Rollo de Apelación 64/2023, cuyo Fallo es el siguiente:

"1.- Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Leopoldo, centra la sentencia dictada en procedimiento sumario ordinario nº 693/2022, el día 17 de abril de 2023 por la Sección Primera de la Audiencia Provincial de Zaragoza.

2.- Declaramos de oficio las costas causadas en el recurso de apelación

Se hace saber a las partes que contra esta sentencia cabe interponer recurso de casación para ante el Tribunal Supremo en los supuestos previstos en el artículo 847 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que ha de prepararse mediante escrito autorizado por Abogado y Procurador, y ser presentado ante este Tribunal dentro de los cinco días siguientes al de su notificación.

Firme que sea esta resolución, devuélvase la causa al órgano de procedencia, junto con testimonio de esta sentencia y, en su caso, de la que resuelva el recurso de casación."

**QUINTO.-** Notificada en forma la anterior resolución a las partes personadas, se preparó recurso de casación por las representación procesal de D. Leopoldo 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.

**SEXTO.-** Formado en este Tribunal el correspondiente rollo, el recurrente formalizó el recurso alegando los siguientes **motivos de casación**:

Motivo primero.- Por quebrantamiento de forma del nº 1 del art. 850 de la LECrim, al haberse denegado la prueba documental en el escrito de conclusiones provisionales promovido por la defensa de Leopoldo y que en este motivo se desarrolla.

Motivo segundo.- Por quebrantamiento de forma del nº 3 del art. 850 de la LECrim, al negarse un testigo, Doña Elisabeth, a contestar a las preguntas formuladas por la defensa del recurrente, negándose igualmente el Tribunal a que contestase.

Motivo tercero.- Por infracción del artículo 851.1º de la LECrim, en sus dos primeros incisos " *cuando en la sentencia no se exprese clara y terminantemente cuáles son los hechos que se consideren probados, o resulte manifiesta contradicción entre ellos...*".

Motivo cuarto.- Por quebrantamiento de forma del nº 3 del artículo 851 de la LECrim " *cuando no se resuelva en ella sobre todos los puntos que hayan sido objeto de la acusación y defensa*".

Motivo quinto.- Por infracción del artículo 24. 1 y 24.2 de la Constitución Española, por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva, sin que pueda producirse indefensión y a un proceso con todas las garantías.

Motivo sexto.- Por infracción de los artículos 24.1 y 120.3 de la Constitución Española, y 142 de la LECrim, al no haberse motivado suficientemente la Sentencia.

Motivo séptimo.- Por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva del nº 1 del artículo 24 de la Constitución Española y a un proceso con todas las garantías, artículo 24.2 de la Norma Fundamental, en relación con la vulneración del artículo 324 de la LECrim.

Motivo octavo.- Por infracción del derecho a la tutela judicial efectiva ( artículo 24.1 de la Constitución Española) y al juez ordinario predeterminado por la ley y a un proceso con todas las garantías (artículo 24.2 de la Norma Fundamental) en relación con la obligación de notificación y comunicación de la composición del Tribunal.

Motivo noveno.- Por infracción del principio de presunción de inocencia del artículo 24.2 de la Constitución Española al no existir prueba de cargo y suficiente obtenida con las garantías legales exigibles y por infracción del principio in dubio pro reo.

Motivo décimo.- Por infracción de Ley del número 2 del artículo 849 de la LECrim, al existir error en la apreciación de la prueba basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del Juzgador sin resultar contradichos por otros elementos probatorios.

Motivo undécimo.- Por infracción de Ley del número 1 del artículo 849 de la LECrim, por indebida aplicación de un delito continuado de agresión sexual a menor de 16 años con penetración por vía vaginal tipificado en los artículos 178, 179 y 181 nº 3 y nº 4 del Código Penal y por indebida aplicación de un delito de maltrato en el ámbito de violencia de género del artículo 153 nº 1, 3º y 4º del CP.

**SÉPTIMO.-** Conferido traslado para instrucción, el Ministerio Fiscal y la parte recurrida solicitan la inadmisión del recurso, y subsidiariamente su desestimación. La sala lo admitió quedando los autos para señalamiento de fallo cuando por turno correspondiera.

**OCTAVO.-** Evacuado el traslado conferido, se celebró la votación y deliberación prevenida el día 11 de diciembre de 2024.

## **FUNDAMENTOS DE DERECHO**

### **PRIMER MOTIVO, POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 850.1º LECRIM : INDEBIDA DENEGACIÓN DE MEDIOS DE PRUEBA**

1. El motivo denuncia la indebida denegación de un medio probatorio relevante como lo era el completo historial médico y asistencial de la menor que pudiera obrar en los respectivos servicios de salud de la Comunidad Foral de Navarra o de la Comunidad Autónoma de Aragón para, de este modo, poder acreditar si aquella había sido atendida por la introducción de objetos en la vagina. Dato este que fue revelado por la madre de Enriqueta en su declaración sumarial y que resultaba relevante para determinar si pudo existir o no la penetración que fue objeto de denuncia. Se insiste en el recurso que la ausencia de himen, de marcas de rotura reciente y de ADN del recurrente en la cavidad vaginal al momento de la exploración ginecológica y forense de la menor el día 10 de enero de 2021 coliga con la conclusión pericial-psicológica de que el relato inculpativo ofrecido por la menor resulta inconsistente, lo que abre el camino a la duda razonable de que pudiera haber existido penetración.

La evidente relevancia probatoria de la documental solicitada tanto en la primera como en la segunda instancia como la ausencia de buenas razones para rechazarla justifican la estimación del motivo y la consecuente rescisión del juicio.

2. El motivo no puede prosperar.

Como es bien sabido, el derecho a la prueba no se trasmuta en un derecho incondicionado a que se practiquen todas aquellas que identifiquen relación con lo que es objeto del proceso -vid. SSTC 61/2019, 110/95-. No basta solo que un medio de prueba adquiera la nota en abstracto de la pertinencia para que este deba admitirse -vid. STS 545/2014, de 26 de junio-. El

Síguenos en...





test al que debe someterse la pretensión es más exigente. La mera relación del objeto de la prueba con la cuestión fáctica no puede desconectarse de las condiciones de admisibilidad como criterio complejo de ordenación procesal del esfuerzo probatorio.

De tal modo, la pertinencia y la admisibilidad actúan como presupuestos interaccionados del juicio de admisión al que debe someterse toda pretensión probatoria.

La pertinencia -entendida como relevancia- debe atender a si el hecho sobre el que versa la prueba es apto para constituir un elemento de confirmación de la hipótesis fáctica de acusación o defensa. Pero si bien dicho criterio disciplina, en términos generales, la estructura del juicio sobre la relevancia probatoria, en particular, su *función exclusión* consistente en la imposibilidad de admitir en el proceso las pruebas no relevantes, sin embargo, no identifica de manera tan clara la *función inclusión*, esto es, la oportunidad de admitir en el proceso todas las pruebas relevantes/pertinentes.

En efecto, puede suceder que la ley subordine la admisión de una prueba a un criterio más restrictivo que el representado por la mera posibilidad de que aquella ofrezca elementos utilizables para la confirmación de la hipótesis sobre el hecho. Esto puede depender, por ejemplo, de la naturaleza peculiar de un determinado medio de prueba, del hecho de que la ley limite la posibilidad de adquirir pruebas por criterios de esencialidad o indispensabilidad o de respeto a límites de adquisición muy vinculados con la función de los derechos fundamentales como instrumentos que delimitan, a la postre, qué, con qué y cómo puede probarse.

Entre los límites iusfundamentales a la admisión de prueba, destacan los que se derivan del derecho a la intimidad de terceros. Su íntima relación de contingencia con el valor de la dignidad personal - SSTC 207/96, 123/2002, 196/2004, 25/2005, 143/2006, 70/2009- implica la obligación de reconocer y proteger " *un ámbito propio y reservado frente a la acción y el conocimiento de los demás, necesario, según las pautas de nuestra cultura, para mantener una calidad mínima de la vida humana y referido preferentemente a la esfera, estrictamente personal, de la vida privada o de lo íntimo*". Y si bien dicho espacio puede ceder o limitarse ante intereses constitucionalmente relevantes, la decisión limitativa ha de presentar siempre una justificación objetiva y razonable que patentice su proporcionalidad tanto en un sentido amplio como estricto.

Ni el interés público en la investigación de un delito ni el derecho a la prueba de las partes del proceso penal, incluso de la persona acusada, justifican por sí y sin ninguna otra consideración ponderativa una intervención que recaiga sobre la esfera íntima de un tercero. Ninguna persona puede verse despojada a la ligera de sus derechos por la sola razón de que sea llamada al proceso ya sea como testigo o en cualquier otra condición.

En particular, el derecho a la intimidad de la persona que aparece como presunta víctima del hecho justiciable actúa como parámetro normativo de admisión de aquellos medios de prueba que puedan afectarlo de manera significativa -vid. artículos 22 y 25 c) Estatuto de la Víctima-. Ello supone que, en caso de conflicto, deban ponderarse de forma rigurosa los intereses concurrentes evaluando los costes de lesión a la luz de los fines de protección que en el supuesto concreto deban prevalecer.

**3.** En el caso, pretender que se recabe el historial médico completo de una niña de nueve años no es admisible. No identificamos ninguna finalidad de protección constitucional prioritaria que justifique una lesión tan intensa de los derechos a la intimidad y a la confidencialidad de los datos de salud. Datos que, como es sabido, son objeto de un muy cualificado nivel de protección tanto en el *Reglamento de Protección de Datos de la Unión Europea* de 2016 - artículo 9- como en la *Ley Orgánica de protección de datos y de garantía de los derechos digitales* -artículos 9 y D.SA 17ª, entre otros-.

Insistimos, los derechos a la intimidad y a la confidencialidad no quedan suspendidos, reducidos o desplazados por la existencia de un proceso penal. La menor Enriqueta sigue siendo titular de una fuerte expectativa de privacidad que comporta que su intimidad quede al abrigo del examen de terceros. También de los tribunales, a salvo que se identifique una razón grave y proporcional que justifique dicho examen.

Lo que en modo alguno acontece en el caso que nos ocupa. Entre otras razones, porque el hecho relativo a la no presencia de himen al tiempo de la exploración y de sus posibles causas fue objeto de prueba plenaria por otras vías menos lesivas del derecho fundamental a la

Síguenos en...



intimidad de la menor. Tanto la ginecóloga Sra. Paula, que atendió a Enriqueta en el hospital el día en que se formuló la denuncia, como la forense que, junto a aquella, realizó la exploración médico- legal, ofrecieron significativa información no solo de lo que observaron sino también de las causas o factores que podían explicarlo. Información probatoria que satisfacía el interés probatorio del recurrente.

4. Debiéndose recordar que cuando se trata de evaluar los costes defensivos que puedan justificar la declaración de nulidad tanto de la sentencia recurrida como del juicio que la precedió por indebida falta de actividad probatoria, el tribunal superior no puede prescindir de lo acontecido en la instancia. Debe despejar, primero, si la potencial información que se pretende aportar no ha accedido al cuadro de prueba por otros medios de prueba y, segundo, si puede, atendidas las circunstancias del caso, servir para debilitar o cuestionar la fuerza acreditativa de las informaciones aportadas por la acusación -vid. al respecto, SSTS 614/2021, de 8 de julio; 927/2021, de 25 de noviembre-.

#### **SEGUNDO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 850.3º LECRIM, POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA: NEGATIVA DE LA TESTIGO A RESPONDER A LAS PREGUNTAS FORMULADAS, CON COMPLACENCIA DEL TRIBUNAL, QUE EQUIVALE A DENEGACIÓN**

5. Al parecer del recurrente, la reiterada negativa de la testigo Sra. Elisabeth a responder a las preguntas formuladas por la defensa con la permisividad del órgano enjuiciador lesionó su derecho a la tutela judicial efectiva. No es de recibo que, como aconteció en el caso, se permitiera a la testigo incumplir su deber de responder pues ello supone negar el derecho de la parte a interrogar al testigo de cargo. Como tampoco lo es la respuesta ofrecida por el Tribunal Superior pues, lejos de lo que se afirma en la sentencia recurrida, el examen de la videograbación de la sesión del juicio oral permite constatar de manera indubitada cómo la testigo no respondió a las preguntas formuladas.

6. El motivo rescindente no puede prosperar. En modo alguno observamos gravamen que pueda sustentarlo.

La parte no identifica ni las concretas preguntas que, según se alega, no fueron respondidas por la testigo, con la afirmada aquiescencia del tribunal, ni, tampoco, la trascendencia que, en términos defensivos, pudiera derivarse de tal incidencia. Ambas informaciones preactúan como verdaderas condiciones no solo para la formulación del motivo sino para su eventual estimación pues esta depende de que se identifique un concreto y cualificado pronóstico de indefensión material.

7. Sobre la sorprendente falta de identificación de las preguntas no respondidas tal vez pueda explicarse por la extrema dificultad de identificar qué preguntas se formularon.

Como es sabido, el artículo 899 LECrim nos faculta para acceder a las actuaciones para la mejor evaluación de los motivos que integran el recurso, lo que nos ha permitido constatar cómo la práctica del interrogatorio -que se prolongó durante 39 minutos- desconoció gravemente las reglas que, contempladas en el artículo 709 LECrim, lo disciplinan. Se sucedieron las preguntas sugestivas, capciosas y, en buena medida, ininteligibles. La defensa optó por una suerte de inversión del modelo legal indagatorio introduciendo de manera muy desordenada, como *presupuestos fácticos* de las distintas *preguntas* formuladas, fragmentos de las previas declaraciones prestadas por la testigo ante la Guardia Civil y la Jueza de Instrucción, insertando, al tiempo, fórmulas valorativas tanto de la respuesta en su día dada como de la hipotética respuesta esperada de la testigo.

La parte, sin control alguno por parte de la presidenta del tribunal, utilizó arbitraria e injustificadamente un instrumento procesal, como el previsto en el artículo 714 LECrim, que solo puede activarse si la respuesta ofrecida por el testigo en el acto del juicio a la pregunta abierta formulada contradice esencialmente previas manifestaciones y siempre, además, que el tribunal aprecie la contradicción y ofrezca a quien testifica la posibilidad de explicarla. La introducción, al formular las preguntas, de las previas informaciones prestadas por el testigo en otras fases del proceso, sin respetar las estrictas condiciones que deben darse para ello, es un elemento profundamente disruptivo de las reglas y el modo en que se debe desarrollar el interrogatorio plenario que altera, también, la calidad epistémica de la información así obtenida.



Los altos niveles de sugestividad y capciosidad que introduce ese antinormativo modo de interrogar "sepulta" el relato plenario que pudiera ofrecer el testigo, impidiendo, en consecuencia, identificar y valorar aspectos tan decisivos como la calidad del recuerdo, el grado de precisión descriptiva, la propia narratividad del relato y la genuinidad de los términos y palabras empleadas por la persona interrogada -vid. STS 927/2021, de 25 de noviembre-.

Una pregunta capciosa, sugestiva o ininteligible por superar la competencia lingüística de su destinatario introduce el alto riesgo de que la respuesta obtenida carezca de todo valor informativo. Que no corresponda a los términos de la proposición aparentemente interrogativa que la precede.

8. Pero no solo. Supone también trasladar a la prueba plenaria *al rincón de los trastos inútiles* sustituyéndose por informaciones preprocesales o sumariales que carecen de idoneidad para acceder al cuadro probatorio y, en consecuencia, para servir como información sobre la que basar la decisión sobre la inocencia o la culpabilidad de la persona acusada. En puridad, supone un reflejo intolerable de los viejos modos inquisitivos para los que, como afirma Antoine Garapon, *toda palabra pronunciada en el juicio oral debe permanecer bajo la vigilancia de la "palabra durmiente" registrada en la fase instructora*.

Las graves alteraciones que sobre el modelo de adquisición probatoria se derivan del incumplimiento de las reglas de producción de los medios de prueba, muy en particular cuando se trata de la prueba testifical, obliga a los jueces que presidan el juicio a adoptar las medidas razonables que salvaguarden los graves intereses en juego. Y entre estas, la más evidente, hacer cumplir las reglas de producción contenidas en los artículos 439 y 707, ambos, LECrim.

9. La testigo no se negó a responder preguntas durante los 39 minutos que duró el interrogatorio. Lo que aconteció es que una buena parte del interrogatorio se construyó sobre fórmulas aparentemente interrogativas que, sin embargo, impedían conocer su alcance. El reproche que debe hacerse al tribunal no es porque la testigo no contestara a las preguntas formuladas sino por permitir que se le formularan ese tipo de preguntas indebidas por capciosas e ininteligibles.

### **TERCER MOTIVO, POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 851.1º LECRIM: AUSENCIA DE CLARA Y TERMINANTE DECLARACIÓN DE LOS HECHOS QUE SE DECLARAN PROBADOS Y MANIFIESTA CONTRADICCIÓN ENTRE ELLOS**

10. El recurrente denuncia quebrantamiento de forma porque, en apretada síntesis, los hechos declarados probados resultan contradictorios con la prueba practicada en el acto de la vista (sic). En su desarrollo argumental se analizan los resultados probatorios que, en su opinión, descreditan la hipótesis acusatoria. Concluyendo *"que no se pueden considerar como probados los hechos expuestos en la sentencia que se recurre por cuanto todos los hechos probados han sido probados en sentido opuesto al que se dice en la sentencia por el testimonio de todos los peritos ya sean médicos, forenses y psicólogos cuyas manifestaciones no han sido sometidas a valoración de la prueba ni a contradicción"* (sic), lo que debe conducir a declarar la nulidad de la sentencia.

11. El motivo rescindente carece de toda consistencia casacional.

Como es bien sabido, las exigencias de claridad, coherencia y precisión a las que deben responder los hechos que se declaran probados coligan no solo con el genérico derecho a la tutela judicial efectiva sino, también, con los núcleos duros de los derechos defensivos. Entre los que destaca, por su especial vigor y trascendencia, el derecho a conocer las razones fácticas de la condena para poder cuestionarlas o combatirlas mediante la interposición de los recursos procedentes.

12. Y, en el caso, este derecho se ha respetado. Como anticipábamos, el relato fáctico de la sentencia de instancia se construye en términos claros, asertivos y descriptivos, utilizando un lenguaje común al alcance de personas no expertas en derecho.

Cuestión muy distinta es que dicha declaración fáctica no se comparta, que se considere que no se apoya en prueba suficiente o que no permita detraer determinadas consecuencias jurídicas. Lo que puede ser combatido por la vía de otros motivos de naturaleza revocatoria. En particular, en caso de sentencias condenatorias, por aquellos que denuncian vulneración del

Síguenos en...



derecho a la presunción de inocencia. Insistir, una vez más, en que el motivo rescindente previsto en el artículo 851.1º LECrim permite cuestionar cómo se ha declarado probado el hecho, como fuente específica de indefensión, pero no lo que se declara probado o las razones probatorias de dicha declaración -vid. por todas, STS 301/2024, de 9 de abril-.

#### **CUARTO MOTIVO, POR QUEBRANTAMIENTO DE FORMA, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , AL AMPARO DEL ARTÍCULO 851.3 LECRIM : NO RESOLUCIÓN DE TODOS LOS PUNTOS QUE HAYAN SIDO OBJETO DE LA ACUSACIÓN Y DEFENSA**

13. El recurrente denuncia que ni la sentencia de instancia ni la de apelación dan respuesta a varias de las cuestiones que se introdujeron en el trámite de conclusiones definitivas. En particular, las alegaciones defensivas basadas en los resultados de las pruebas periciales practicadas que se han dejado de valorar. *" Es un despropósito jurídico y una vulneración flagrante de los artículos invocados [afirma el recurrente], que a día de hoy haya prueba practicada en el acto de la vista oral que es como si no existiera y ello a pesar de que expresamente fue alegado por esta defensa en el trámite de conclusiones de la vista oral el día 13 de abril del 2023" (sic).*

14. El motivo rescindente no puede prosperar. No identificamos incongruencia omisiva en la sentencia recurrida que comprometa su validez. Debe recordarse que la unidad de medida que debe utilizarse para ello no es la que marca la relación entre la alegación de la parte y el fundamento de la decisión, sino entre lo que se pretende y lo que se decide -vid. SSTC 104/2022, 67/2001-.

Es cierto, no obstante, que las alegaciones que fundan lo que se pide, enriquecen el ámbito de juego de la decisión y sirven para, en muchas ocasiones, abrir y estimular un diálogo de razones que se traduce en una mejor y más convincente motivación. Pero no todo lo que se alega puede ser tenido como objeto de pretensión. Como de forma reiterada ha destacado el Tribunal Constitucional -vid. SSTC 128/2017, 165/2020 y, la más reciente, 104/2022-, la distinción entre alegaciones de las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas, comporta que mientras que para las primeras basta una respuesta global o genérica, las segundas entrañan un deber cualificado de respuesta judicial.

15. En el caso, la sentencia recurrida contiene una respuesta suficiente a las pretensiones de nulidad y de revocación formuladas. La ausencia de análisis preciso de los resultados que arrojó el cuadro probatorio será abordada al hilo del sexto de los motivos formulado, pero, como anticipábamos, no compromete la validez de la respuesta pretensional contenida en la sentencia. Solo la falta de respuesta a lo expresamente pretendido prestaría sustento a este específico motivo rescindente -vid. STS 762/2022, de 15 de septiembre-.

#### **QUINTO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DE LOS DERECHOS A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA Y A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS**

16. El recurrente pretende que se declare la nulidad de la sentencia de apelación y la retroacción de las actuaciones al momento procesal que le permita disponer de un nuevo término para interponer la apelación. Y ello porque cuando lo interpuso -el último día del término concedido- no disponía -por no haberlo facilitado la Audiencia pese a solicitarse previamente- del localizador que le permitía acceder a la videograbación de la primera sesión del juicio celebrado el 12 de abril de 2023, lo que le impidió precisar el alcance de algunos de los gravámenes denunciados. La prueba del menoscabo resulta evidente pues en el recurso de casación sí se hacen expresas menciones a las concretas vicisitudes con indicación del minuto de la vista en que se produjeron. El concurrente óbice de documentación fue causante de indefensión porque disminuyó las posibilidades de que el recurso de apelación pudiera prosperar.

17. El motivo rescindente tampoco puede prosperar porque no identificamos la indefensión con relevancia constitucional que, como presupuesto normativo, exige toda declaración de nulidad de un acto procesal tan relevante como lo es una sentencia.

Las dificultades de acceso al acta digital de la primera sesión no se tradujeron ni en imposibilidad ni, tampoco, en cualificada dificultad para identificar los gravámenes que hizo valer en apelación y ofrecer las razones que sostenían las respectivas pretensiones. El hecho

Síguenos en...



de que en el recurso de apelación no precisara los minutos donde pudieron producirse los incidentes probatorios al hilo de la declaración de la testigo Sra. Elisabeth, no impidió que el Tribunal Superior diera respuesta a lo pretendido en términos que indican con toda claridad que examinó las actas digitales del juicio oral.

Como nos recuerda el Tribunal Constitucional " *no toda infracción de normas procesales se convierte por sí sola en indefensión jurídico-constitucional y por ende en violación de lo ordenado por el art. 24 de la Constitución . Ello solo se producirá cuando con esa vulneración se aparejan consecuencias prácticas consistentes en la privación del derecho de defensa y en un perjuicio real y efectivo de los intereses del afectado por ella*"-vid. STC 278/2007-.

Resultado de indefensión que, reiteramos, en el caso, no se ha producido.

### **SSEXTO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL: VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA DE LOS ARTÍCULOS 24.1 Y 120.3 CE POR FALTA DE MOTIVACIÓN**

**18.** El recurrente denuncia vulneración del deber de motivación por parte de los tribunales de instancia y apelación. Reprocha que la sentencia de instancia, avalada por la de apelación, prescindiera de todo examen de los resultados probatorios que fortalecerían la hipótesis defensiva. En particular, el informe elaborado por la psicóloga y la trabajadora social adscritas al Instituto de Medicina Legal y Ciencias Forenses de Aragón, el Informe de la Guardia Civil relativo a las muestras biológicas obtenidas de la menor que descarta la presencia de ADN perteneciente al recurrente y las informaciones periciales obtenidas en el acto del juicio oral sobre la etiología de las lesiones ginecológicas que presentaba la menor cuando fue explorada. Dicha omisión compromete la validez de la sentencia al vulnerar una genuina y decisiva garantía de la persona acusada contra la arbitrariedad.

**19.** El motivo no puede estimarse.

Es cierto que el derecho de la parte a la tutela judicial no se satisface solo con la sentencia. Esta, además, debe contener las razones fácticas y normativas que fundan lo decidido. Es un imperativo constitucional ineludible en los términos fijados en los artículos 24 y 120, ambos, CE.

Deber constitucional de motivación que no garantiza ni una determinada extensión, ni tan siquiera una especial exhaustividad en las razones que fundan lo decidido. Pero sí que las razones sean completas, claras, precisas, adecuadas y, sobre todo, consecuentes o congruentes con el objeto procesal deducido en juicio. El deber de motivación no se mide por parámetros de excelencia en la respuesta sino de suficiencia explicativa de las razones ofrecidas que permita, entre otros objetivos, que la parte que se ve afectada por la decisión pueda combatirla mediante el oportuno ejercicio de los recursos -vid. SSTC 124/2000, 59/2011, 179/2011-.

**20.** Por ello, precisamente, la vulneración, como motivo casacional por la vía del artículo 852 LECrim, del deber constitucional de motivación puede adquirir una destacada polivalencia.

Su incumplimiento puede afectar a los presupuestos de validez de la decisión recurrida, justificando la declaración de nulidad y el reenvío al órgano de instancia para que repare el déficit de justificación detectado. Ello acontecerá cuando la sentencia omita el necesario análisis de todas o algunas de las pretensiones de alcance normativo formuladas por las partes que configuran el objeto del proceso y no pueda acudir a la fórmula integrativa de la motivación tácita -vid. SSTC 87/2008, 165/2008, " *la omisión de toda consideración sobre una alegación fundamental planteada oportunamente por las partes también vulnera el artículo 24.1 CE*"-. También cuando se produzca un vacío absoluto de argumentación justificativa de todas o alguna de las decisiones que integran la parte dispositiva de la resolución. O cuando las razones aportadas estén desconectadas de lo que constituye el objeto decisorio, ya sea por irracionalidad sustancial o por error. Esta tipología especial de incongruencia produce una suerte de crisis de consistencia interna entre las diferentes subdecisiones que integran la sentencia y que, a modo de estructura lógica secuencial, deben justificar de forma coherente la decisión final -vid. SSTC 111/1997, 136/1998-.

**21.** Por otro lado, la infracción del deber de motivación también puede comprometer la propia consistencia fáctico-probatoria de la decisión en aquellos casos en los que no se precisen las

Síguenos en...



premisas externas e internas sobre las que se funda la declaración de hechos probados. Lo que, en supuestos de decisiones de condena, al afectar a la presunción de inocencia, podrá traducirse en la casación de la sentencia y la absolución de la persona condenada en la instancia.

Para destruir la presunción de inocencia no basta solo, ni mucho menos, con la producción objetiva de la mínima actividad probatoria de cargo. Debe, además, valorarse de forma motivada dicha información probatoria.

Y para ello, no cabe duda, el análisis completo del cuadro de prueba resulta relevante no solo para medir el cumplimiento del deber de motivación que impone el artículo 120 CE, sino también para constatar la adecuada protección objetiva del derecho a la presunción de inocencia y, en íntima conexión con este, del derecho a la libertad de la persona acusada -vid. STS 804/2012, de 17 de octubre-.

La valoración fraccionada del cuadro probatorio puede debilitar, sensiblemente, el grado, primero, de racionalidad de aquella y, segundo, de conclusividad de las premisas probatorias que se utilizan para la formulación del hecho probado -vid. SSTS 96/2021 de 4 de febrero, 165/2021 de 24 de febrero-.

El deber de completitud obliga a la utilización de estándares de justificación probatoria exigentes respecto a todos los datos que acceden al cuadro probatorio, con independencia de la naturaleza directa o indirecta de los medios producidos y de la cualidad de estos como de cargo o no. Cuestión esta, por cierto, que, en puridad, no puede abordarse como un "prius" sino como un "posterius" a la propia justificación racional del conjunto de los resultados que arroja el cuadro de pruebas.

En particular, cuando se trata de sentencias condenatorias la atribución de fuerza acreditativa a las informaciones aportadas por los testigos o los peritos, reclama no solo identificar los criterios de atendibilidad y fiabilidad que concurren en aquellos, sino también explicitar las razones por las que se descarta el testimonio de los otros testigos o de los peritos que despusieron en el plenario y que niegan el hecho de la acusación.

El valor que se atribuya a dicha información testifical y/o pericial depende, en gran medida, de la menor atendibilidad que se otorgue a los otros testigos o peritos que contradicen dicha información. Y esto solo puede hacerse identificando y analizando el cuadro probatorio completo. No seccionando de forma selectiva una parte de este, omitiendo toda información y valoración crítica del resto de los elementos que lo componen.

Resultado crítico que se dará en aquellos supuestos en los que se han producido informaciones probatorias contradictorias entre sí, particularmente provenientes de medios de prueba personal. En estos casos, la atribución de valor reclama explicar por qué se opta por una determinada información en detrimento de la otra.

**22.** En el supuesto que nos ocupa, es cierto, como afirma el recurrente, que la sentencia de instancia presenta indisimulables déficits de completitud valorativa no corregidos por el tribunal de apelación. La Audiencia guarda silencio sobre las informaciones aportadas por las peritos Sra. Julia y Sra. Leonor y las provenientes del informe pericial elaborado por los expertos de la Guardia Civil con relación al ADN hallado en las tomas de muestras biológicas en su día obtenidas tanto de la afirmada víctima como del propio recurrente.

Sin embargo, dicho déficit valorativo no afecta a la solidez probatoria de la declaración de condena pues ni una ni otra de las informaciones no valoradas contradicen en términos irreductibles, ni nuclear ni periféricamente, lo afirmado por la testigo principal, la menor Enriqueta, sobre los concretos hechos justiciables objeto de acusación, ni las informaciones indirectas corroborativas tomadas en cuenta expresamente por el tribunal.

**23.** Con relación a la pericial psicológica, la identificación, a partir de los resultados que arrojó el test practicado, de rasgos de inconsistencia en el relato que la menor ofreció a las peritos no puede traducirse, en modo alguno, en un óbice que impida la valoración de su testimonio plenario a la luz de los otros elementos de prueba con alcance corroborativo tomados en cuenta. La inconsistencia dosimétricamente identificada mediante el test aplicado, en efecto, puede sugerir para las peritos fragilidad, endebles, inestabilidad en el relato. Pero dicha conclusión pericial, por sí, aislada de otros datos de prueba, no permite ni afirmar que el hecho

relatado no existió o que la testigo mintió ni, y tampoco, dudar sobre tales extremos. Llámese la atención que el dictamen también descarta que la menor careciera de capacidad narrativa o que concurriera algún tipo de patología o alteración que sugiera que el relato es fruto de un delirio o de la pura invención. El potencial debilitador de la fiabilidad del testimonio de la menor que, *prima facie*, cabría atribuir al dato pericial se reduce significativamente si se atiende al conjunto de los datos corroborativos de aquel tomados en cuenta.

**24.** De igual modo, el hecho de que la sentencia no mencione los resultados que arrojó la prueba biológica tampoco permite concluir que la atribución de valor al testimonio de la menor deba ser calificada de arbitraria por inmotivada. Es evidente que la detección de ADN del recurrente en las muestras biológicas obtenidas del interior de la cavidad vaginal de la menor hubiera acreditado, sin duda alguna, la existencia de la relación física sexual, pero el no hallazgo no significa, de contrario, que dicho contacto no se produjo. La identificación de ADN exige la presencia de material biológico. Circunstancia esta que puede darse, o no, en función de distintas, y múltiples, circunstancias que van desde la limpieza de la cavidad o del tejido corporal que pudo estar en contacto con el material genético del tercero antes de la toma de muestras a la no transferencia de fluidos corporales de los que extraer material biológico.

**25.** En cuanto al reproche relativo a la ausencia de análisis de las informaciones periciales forenses sobre las lesiones que presentaba la menor, cabe oponer que la sentencia recurrida, haciendo suya la fundamentación de la de instancia, sí toma en cuenta dichas informaciones, valorándolas junto al resto de los datos de prueba que conformaron el cuadro probatorio. La discrepancia valorativa queda, por tanto, extramuros del gravamen por falta de motivación.

**26.** Como afirmábamos, las informaciones probatorias *preteridas* del análisis probatorio carecen de potencial para, por un lado, interferir con cierta intensidad en la valoración de los otros medios de prueba practicados y, por otro, para cuestionar significativamente las condiciones fenomenológicas de producción del hecho justiciable.

La sentencia de apelación, validando la de instancia, permite identificar los datos esenciales de prueba sobre los que funda su decisión y las razones por las que les atribuye valor reconstructivo.

No hay infracción constitucionalmente relevante del deber de motivación.

#### **SÉPTIMO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM, POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: LESIÓN DEL DERECHO A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS POR HABERSE INFRINGIDO EL RÉGIMEN TEMPORAL DE INSTRUCCIÓN PREVISTO EN EL ARTÍCULO 324 LECRIM**

**27.** El recurrente denuncia infracción del término que la ley establece para practicar las actuaciones propias de la fase previa. La jueza de instrucción no dictó auto prorrogando el plazo general de un año que se previene en el artículo 324 LECrim, lo que arrastra como consecuencia la nulidad de todas las diligencias practicadas fuera de plazo, en los términos recogidos en la STS 455/2021, de 27 de mayo. De tal modo, tanto el auto de procesamiento como la posterior declaración indagatoria al dictarse y practicarse, respectivamente, transcurrido dicho plazo han de reputarse actuaciones nulas por lo que no cabe otra solución que la absolución del recurrente.

**28.** El motivo carece de consistencia y debe ser desestimado.

Sin perjuicio de que la no denuncia de intempestividad de la declaración indagatoria, recurriendo en la fase previa la resolución que la ordenó, pudiera justificar la inadmisión del motivo casacional, el hecho de que al tiempo de dictarse el auto de procesamiento y practicarse aquella el plazo de instrucción ya hubiera transcurrido no permite, en modo alguno, extraer las consecuencias pretendidas: la declaración de nulidad de actuaciones y la absolución del recurrente.

**29.** El recurrente confunde el sentido y alcance de la regla del artículo 324 LECrim. Esta no afecta a las resoluciones que puedan dictarse en el curso de la fase previa, sino al aprovechamiento inculpatario de las informaciones indiciarias que se hayan obtenido mediante las diligencias de investigación practicadas fuera de plazo. El auto de procesamiento no está sometido a una suerte de plazo perentorio de producción, de tal modo que transcurrido deba reputarse nulo. Una cosa es la validez procesal de la resolución y otra muy diferente la



sostenibilidad material de lo que se disponga basada en los resultados que arrojen las diligencias de investigación practicadas. La regla del artículo 324 LECrim solo puede proyectarse sobre la segunda.

Como hemos mantenido de forma reiterada, el artículo 324 LECrim previene una condición temporal de adquisición de las diligencias de investigación. En consecuencia, el transcurso del término o su prórroga extemporánea priva de título competencial al juez de instrucción para ordenar diligencias de investigación novedosas. Finalizada la fase de instrucción, el juez no puede seguir investigando el hecho punible practicando diligencias. Como afirmábamos en la STS 836/2021, de 3 de noviembre, " *esta vinculación del término de instrucción con el propio presupuesto subjetivo de ordenación de actuaciones investigadoras convierte al primero, sin duda, en un término propio esencial y, por ello, en condición de validez. De ahí que su traspaso deba considerarse, ya desde la regulación de 2015, causa de anulación y pérdida de eficacia de la diligencia instructora intempestiva, de conformidad a lo previsto en el artículo 242 LOPJ. Sanción procesal, la anulación, que se ha incorporado expresamente a la regulación de la temporalidad de la fase previa en el hoy vigente artículo 324.3 LECrim* ".

**30.** Ahora bien, la doctrina de esta Sala, que ya puede calificarse de asentada, ha precisado que el efecto de esta regla es la prohibición de utilización de las informaciones sumariales intempestivamente obtenidas para los fines pretendidos con su irregular adquisición. De tal modo, la inutilizabilidad se proyecta, en términos de medio a fin, y en principio, en la toma de alguna de las decisiones de clausura de la fase previa previstas en los artículos 779 y 622 -este segundo relacionado con el artículo 384-, todos ellos, LECrim. En concreto, y como se precisa en la mencionada STS 836/2021, el Juez de Instrucción no podrá tomar en cuenta los datos irregularmente incorporados al proceso para fundar la decisión inculpatoria. De hacerlo, la parte agraviada podrá formular el correspondiente recurso pretendiendo, por un lado, la anulación ex artículo 242 LOPJ y consiguiente exclusión de las diligencias intempestivas y, por otro, una nueva valoración de los datos procesalmente utilizables para sostener el efecto inculpatario ordenado. Si bien, en el caso de que se decida la prosecución del proceso por disponerse de otros datos indiciarios utilizables, resulta imprescindible destacar que la infracción del principio de adquisición por transcurso del término esencial no es un supuesto de ilicitud constitucional por vulneración de derechos fundamentales sustantivos. Por lo que no procede anudarle el efecto de inutilizabilidad absoluta tanto objetiva -con relación a cualquier decisión a adoptar en el proceso- como subjetiva -respecto a cualquier persona concernida por la violación de derechos- de la información así obtenida previsto en el artículo 11 LOPJ.

Lejos de este escenario de nulidad absoluta por ilicitud constitucional, la *intempestividad* convierte a la diligencia, como genuina fuente de prueba, en irregular, debiéndose entender como tal la obtenida, propuesta o practicada con infracción de la normativa procesal que regula el procedimiento probatorio, pero sin afectación nuclear de derechos fundamentales -vid. SSTS 1328/2009, de 30 de diciembre, 115/2015, de 5 de marzo-.

La consecuencia más destacada es que la prohibición de utilización se convierte en relativa, circunscrita, por tanto, al momento y a los efectos fijados por la norma y sin efectos reflejos. La intempestividad de las diligencias no contamina de ilicitud constitucional a las informaciones sumariales reportadas irregularmente al proceso. Reiteramos: el vicio tempo-procesal de producción no reclama en este caso que dicha información quede definitivamente excluida de todo aprovechamiento posible, como acontece con la prueba constitucionalmente ilícita cuya exclusión resulta una exigencia para la protección de la integridad del proceso -vid. STC 97/2019-.

El contenido informativo aportado intempestivamente a la fase previa de la mano, por ejemplo, de un documento no podrá ser valorado por el juez a los efectos de los artículos 779, 384 y 622, todos ellos, LECrim, pero ello no lo convierte en un material prohibido o ilícito. Si se decide la prosecución no hay razón constitucional alguna que impida a la parte, que considera que dicha información presta apoyo probatorio a sus pretensiones, instar su introducción como dato de prueba en el juicio mediante el correspondiente medio probatorio.

Las informaciones en cuya obtención no se ha lesionado ningún derecho fundamental no quedan afectadas, por su intempestiva aportación mediante diligencias sumariales en la fase previa, por la regla de exclusión del artículo 11 LOPJ sino por la regla de inutilizabilidad "ad

hoc" prevista en el propio artículo 324 LECrim en relación con lo dispuesto en el artículo 242 LOPJ.

La falta de validez por incumplimiento del plazo de producción afecta a la diligencia de investigación, al vehículo informativo que quedará, valga el símil mecánico, *inservible*, pero no compromete la licitud constitucional de la información contenida y su potencial utilización probatoria en el juicio oral.

31. En el caso, es evidente que el auto de procesamiento se fundó en los resultados de las diligencias practicadas dentro del plazo general de instrucción de un año contemplado en el artículo 324 LECrim. Y, entre ellas, la diligencia de 13 de enero de 2021 por la que, al tiempo que se informó al ahora recurrente de los hechos inculpatorios y de los derechos que como investigado ostentaba, se le tomó declaración.

En consecuencia, la "intempestiva" diligencia indagatoria practicada ex artículo 384 LECrim el 20 de abril de 2022 carece de toda relevancia para prestar sostén fáctico-indiciario a la inculpación formalizada en el previo auto de procesamiento. Aun cuando se prescindiera de su contenido -que, por otro lado, no supuso ninguna aportación informativa-, la jueza contaba con numerosos indicios de criminalidad para dar por acabada la instrucción y ordenar, en consecuencia, la conclusión del sumario y su elevación a la Audiencia.

32. Por otro lado, tampoco puede extraerse ningún pronóstico de indefensión derivado de la intempestividad de la diligencia indagatoria ex artículo 384 LECrim. Por su contenido esencialmente "actualizador" de la información inculpatoria esta diligencia se desvía en mucho de la naturaleza más genuinamente investigativa que caracterizaría a la primera diligencia en la que la persona investigada es llamada a la causa para ser interrogada por los hechos objeto de inculpación. Diligencia a la que podría afectar más nuclearmente la regla de adquisición temporal del artículo 324 LECrim.

Es obvio que el recurrente antes de la diligencia indagatoria consecutiva al dictado del auto de procesamiento conocía sustancialmente los hechos por los que podía ser inculpado y dispuso, por tanto, de la posibilidad de defenderse eficazmente de los mismos. No parece dudoso que, en este caso, con la comparecencia ex artículo 384 LECrim del recurrente se alzaprímó la función garantizadora -de actualización de la información inculpatoria- frente a la función estrictamente investigativa o indagatoria.

#### **OCTAVO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM, POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: LESIÓN DE LOS DERECHOS A UN PROCESO CON TODAS LAS GARANTÍAS Y AL JUEZ PREDETERMINADO POR LA LEY**

33. El recurrente denuncia que no le fueron notificados los cambios habidos de miembros del tribunal de instancia lo que comprometió su derecho al juez predeterminado por la ley y, en consecuencia, se vieron afectadas las garantías judiciales de imparcialidad e independencia. Garantías que, invocando doctrina constitucional, quedarían *burladas si bastase con mantener el órgano y pudiera alterarse arbitrariamente sus componentes*. La reparación, sostiene el recurrente, pasa por declarar la nulidad del acto del juicio oral celebrado.

34. El motivo rescindente carece de fundamento y no puede ser estimado. No identificamos lesión constitucionalmente relevante del derecho al juez predeterminado por la ley. Este, conforme a la doctrina constitucional, " exige, en primer término, que el órgano judicial haya sido creado previamente por la norma jurídica, que esta le haya investido de jurisdicción y competencia con anterioridad al hecho motivador de la actuación o proceso judicial y que su régimen orgánico y procesal no permita calificarle de órgano especial o excepcional" -vid. por todas, SSTC 32/2004, 177/2014, 110/2017, 25/2022, de 23 de febrero-. De igual modo, contempla, como contenido constitucionalmente garantizado " que la composición del órgano judicial venga determinada por ley y que en cada caso concreto se siga el procedimiento legalmente establecido para la designación de los miembros que han de constituir el órgano correspondiente" -vid. STC 47/1983-. Por lo que " una eventual irregularidad en la designación del juez que ha de entender de un proceso puede constituir una infracción del derecho del justiciable al juez ordinario predeterminado por la ley del artículo 24.2 de la CE " -vid. STC 31/1983-.

Esta doble dimensión orgánica y personal del derecho fundamental al juez predeterminado por la ley presta sentido al entramado normativo que determina cómo deben componerse las salas de justicia -vid. artículos 196 a 202 y 207 a 216 bis, todos ellos, LOPJ-.

Ahora bien, como el propio Tribunal Constitucional ha destacado " *no cabe exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano que a sus titulares, dadas las diversas contingencias que pueden afectar a éstos en su situación personal y la exigencia, dimanante del interés público -las llamadas `necesidades del servicio-, de que los distintos miembros del poder judicial colaboren dentro de la Administración de Justicia en los lugares en que su labor pueda ser más eficaz, supliendo, en la medida de lo posible, las disfuncionalidades del sistema. Pero, en todo caso, los procedimientos fijados para la designación de los titulares han de garantizar la independencia e imparcialidad de éstos, que constituye el interés directo protegido por el derecho al Juez ordinario predeterminado*" -vid. SSTC 25/2022, 96/2024, 102/2024-.

En lógica consecuencia, una posible irregularidad procesal en la determinación de los miembros de un tribunal solo constituye una violación del derecho fundamental al Juez ordinario predeterminado por la ley si supone una alteración arbitraria de la composición del órgano judicial susceptible de afectar a su imagen de imparcialidad e independencia. Como se afirma muy gráficamente en la STC 62/2000, " *el derecho no vela por la pureza de los procedimientos gubernativos seguidos en la designación*". Lo que se traduce, también, en que no forme parte del contenido constitucionalmente protegido el reparto o distribución de trabajo entre las salas o secciones de un mismo tribunal -vid. STC 25/2022, de 23 de febrero-.

**35.** En el caso, el motivo no cuestiona que el conocimiento del asunto correspondía a la Sección 1.ª de la Audiencia Provincial de Zaragoza, pero sí la concreta composición del tribunal que enjuició al recurrente porque no fue previamente notificada. Sin embargo, el recurrente no aporta ni una sola razón, ni un solo dato que sugiera, al menos, que la composición, novedosa respecto a la que figuraba en las previas resoluciones dictadas por la Sección, respondió a una decisión arbitraria o que comprometiera de manera irreductible el derecho del recurrente al juez objetiva y subjetivamente imparcial. Ni formuló protesta por la composición del tribunal en el acto de la vista ni, tan siquiera, invocó como lesionado el derecho que ahora se pretende hacer valer.

**36.** Como se puso de relieve en la STC 4/2001, de 15 de enero, " *la mera omisión de notificar a la recurrente los cambios en la composición de los Tribunales, y el consecuente desconocimiento acerca de la composición exacta del órgano judicial, no justifican por sí solos el amparo constitucional. Para apreciar la lesión aducida es preciso que la irregularidad procesal tenga una incidencia material concreta, consistente en privar al justiciable del ejercicio efectivo de su derecho a recusar en garantía de la imparcialidad del Juez. Y esta privación solo podría ser apreciada por este Tribunal si la demandante de amparo hubiera puesto de manifiesto, al menos indiciariamente, que el nuevo Magistrado que completó la Sala que resolvió la apelación incurría en una concreta causa legal de recusación que no pudo ser puesta de manifiesto por la omisión imputable al órgano judicial*" -vid. también, SSTC 64/1997, 162/2000, 116/2006, 177/2014 y 105/2016-.

De tal modo, el desconocimiento de la composición de la Sala por falta de la debida y previa notificación carece, por sí, de incidencia material si no se revela, al tiempo, una concreta causa legal de recusación que no resulte, *prima facie*, descartable.

Causas que, conforme a la sólida y reiterada jurisprudencia tanto del Tribunal Europeo de Derechos Humanos -vid. SSTEDH, caso Kyprianou c. Chipre, de 15 de diciembre de 2005; caso Micallef c. Malta de 15 de octubre de 2009- como del Tribunal Constitucional -vid. SSTC 60/2008, 104/2024-, no pueden presumirse. Sobre todo, en un caso como el que nos ocupa en el que la parte guarda un riguroso silencio al respecto.

#### **NOVENO MOTIVO, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 852 LECRIM , POR INFRACCIÓN DE PRECEPTO CONSTITUCIONAL: LESIÓN DEL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA**

**37.** El recurrente combate el fundamento probatorio de su condena. Considera que esta se basa, exclusivamente, en los testimonios de la menor y de su madre cuyos respectivos relatos presentan evidentes trazos de inconsistencia, además de pretender apoyarse en elementos de prueba manipulados como la foto aportada por la Sra. Elisabeth afirmando que le había sido

remitida por el recurrente desde su teléfono, pese a que la pericial técnica constató que la remisión se produjo el 12 de enero cuando el Sr. Leopoldo se encontraba detenido y no disponía de teléfono móvil. Reprocha, también, que tanto la sentencia de instancia como la de apelación prescindan de analizar informaciones probatorias de descargo. En especial, el informe pericial psicológico en el que se concluye que el relato de la menor no es consistente, el informe pericial-biológico que excluye la presencia de ADN del recurrente en las muestras tomadas del interior de la vagina de la menor, apenas cuatro días después del día en que se afirma se produjo la última penetración, y las informaciones pericial-ginecológicas que apuntalan de forma contundente que las alteraciones genitales y lesiones que presentaba la menor son compatibles con otras causas ajenas al abuso o a la agresión sexual.

Para el recurrente, la evidente insuficiencia acreditativa de la que adolece la prueba de cargo junto a los manifiestos déficits de motivación que presentan tanto la sentencia de instancia como la de apelación debe conducir, en garantía del derecho a la presunción de inocencia, a la revocación de la sentencia recurrida y a dictar en esta instancia casacional una sentencia absolutoria.

**38.** El motivo nos impone, en atención al alcance pretendido, diferentes planos de control que van desde la verificación de la validez constitucional y legal de las pruebas practicadas y la consistencia de los razonamientos probatorios. Determinando, por un lado, si las razones por las que se atribuye valor a las informaciones probatorias responden a las máximas de la experiencia, a las reglas de la lógica de lo razonable y al conocimiento científico -vid. SSTS 617/2013, 310/2019- Y, por otro, si el método valorativo empleado se ajusta a las exigencias constitucionales de completitud y de expresa identificación en la sentencia de los criterios de atribución de valor con relación, primero, a cada uno de los medios de prueba practicados y, segundo, al cuadro probatorio observado en su conjunto, tal como exige el Tribunal Constitucional -vid. 340/2006, 105/2016- y esta propia Sala -vid. entre muchas, SSTS 544/2015, 822/2015, 474/2016, 447/2021-.

Si bien, debemos precisar que esta función de control y de verificación no podemos abordarla como órgano de segunda instancia. En el caso, el derecho al recurso plenamente devolutivo se ha sustanciado mediante la interposición de la apelación ante el Tribunal Superior de Justicia. Siendo la sentencia dictada en este grado contra la que se plantea el recurso de casación. Lo que comporta que los motivos de disidencia -como principio general y, sobre todo, en relación con las cuestiones más íntimamente vinculadas a la valoración probatoria- no pueden limitarse a la simple reiteración del contenido de la impugnación desarrollada en el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia de la primera instancia -vid. por todas, STS 682/2020, de 11 de diciembre-.

De tal modo, el espacio del control casacional se reconfigura. En especial, cuando se invoca lesión del derecho fundamental a la presunción de inocencia, cumplida la doble instancia, la función revisora de la casación se contrae al examen de la racionalidad de la decisión a partir de la motivación de la sentencia de la apelación, comprensiva de la licitud, regularidad y suficiencia de la prueba. Siendo este proceso motivacional el que habrá de servir de base para el discurso impugnativo.

La casación actúa, por tanto, como una tercera instancia de revisión que, si bien no ha de descuidar la protección del núcleo esencial de la presunción de inocencia constitucionalmente garantizada, no puede hacerlo subrogándose en la valoración primaria de las informaciones probatorias producidas en el juicio. Esta función le corresponde realizarla, en primer lugar, al tribunal de instancia y, por vía de la apelación plenamente devolutiva, al Tribunal Superior -vid STC 184/2013-.

El control casacional en esta " tercera instancia debilitada" es, por ello, más normativo que conformador del hecho. Nos corresponde controlar que tanto los procesos de validación de los medios de prueba como de valoración de los resultados informativos que arrojan se ajustan, por un lado, a reglas de producción y metodológicas y, por otro, a reglas epistémicas basadas en la racionalidad. No somos los llamados, sin embargo, a decantar las informaciones probatorias y valorarlas al margen de los procesos y estándares valorativos empleados por los tribunales de primera y segunda instancia.

**39.** Partiendo de lo anterior, el motivo debe ser desestimado. Y ello porque consideramos que la conclusión de culpabilidad a la que llegó el tribunal de instancia, y que convalidó el Tribunal Superior, se basó en prueba suficiente, racionalmente valorada.

En efecto, cuando la prueba del hecho justiciable depende de manera esencial del testimonio de la persona que afirma haber sido víctima, la información aportada por esta debe someterse a un exigente test que permita medir su calidad reconstructiva.

Exigencia que no puede ceder a ninguna tentación funcionalista ni, desde luego, a difusos planteamientos anticognitivos que atribuyen una suerte de potestad performativa de la realidad a quien afirma ser víctima de un hecho delictivo.

La afirmada víctima puede, sin duda, disponer de mayor cantidad de información. Incluso, de la única información directa disponible de lo que pudo acontecer. Pero esta posición cognitiva "prima facie" aventajada no supone ni que la información pueda o deba resultar en todo caso suficiente para reconstruir el hecho acusado y la participación en el mismo de la persona acusada ni, tampoco, que pueda o deba resultar en todo caso creíble o fiable.

Precisamente, la naturaleza muchas veces primaria de la información que transmite el testigo que afirma haber sido victimizado es lo que obliga a un mayor esfuerzo de indagación por aquellos que tienen la carga de probar los hechos sobre los que se fundan sus pretensiones de condena.

La información transmitida por un testigo debe ser objeto, por tanto, de una atribución de valor reconstructivo. Para ello, deben identificarse elementos contextuales tales como las circunstancias psicofísicas y psico-socio-culturales en las que se desenvuelve el testigo; las relaciones que le vinculaban con la persona acusada; el grado de compatibilidad de la versión ofrecida con lo que desde la experiencia resulte posible; la existencia de corroboraciones objetivas periféricas y de las causas que, en su caso, impiden dicha corroboración; la persistencia en la voluntad incriminatoria; la constancia en la narración de los hechos y la correlativa ausencia de modificaciones o alteraciones en lo que se describe; la concreción o la genericidad del relato atendiendo a la potencialidad de precisión que puede presumirse en el testigo a la luz de las circunstancias concretas; la coherencia interna y externa del relato, en particular su compatibilidad "fenomenológica" con otros hechos o circunstancias espacio-temporales que hayan quedado acreditadas por otros medios de prueba. Pero no solo. Ha de validarse, también, la metodología empleada para obtener la información.

La narración ofrecida por el testigo en el proceso es, simplemente, información probatoria resultante de un procedimiento probatorio. No es, desde luego, la prueba del hecho. Esta es el resultado de una compleja operación de atribución de valor a las informaciones probatorias que el juez debe realizar sin prescindir de reglas tanto epistémicas -y, entre estas, las específicamente procesales que atienden a quién debe probar y cómo debe probarse el hecho acusado- como axiológicas - entre las que ocupa un lugar prioritario, la de presunción de inocencia-.

En la valoración de la información testifical que resulta decisiva para fundar la condena, el tribunal viene obligado a ofrecer razones que hagan patente que la decisión no se basa en un juicio voluntarista que se limita a otorgar credibilidad al testigo. Aquellas deben patentizar, además, que la información suministrada por este es altamente fiable.

Y para ello, la idea de cuadro, la necesidad de atender a un esquema en red de las aportaciones probatorias que se derivan de los diferentes medios plenarios practicados, resulta esencial pues es lo que permite extraer valoraciones materiales y razones justificativas comunicables de tipo cognitivo. Lo que comporta la necesidad de emplear un exigente método holístico de valoración que no puede quedar reducido, en supuestos de cuadros probatorios complejos, a fórmulas estandarizadas.

Toda reconstrucción probatoria arroja sombras de dudas, espacios fácticos que resultan de imposible reproducción. Pero la cuestión esencial reside en determinar si dichas incertezas impiden a los jueces justificar de forma cognitiva la hipótesis acusatoria, ya sea por ausencia de prueba sobre elementos fácticos esenciales sobre los que aquella se apoya, porque los medios utilizados para ello vienen afectados de un racional déficit de habilidad reconstructiva, porque se acredite que lo relatado es subjetivamente inverosímil, porque, a la luz de las otras



pruebas, resulta fenomenológicamente imposible o poco probable o porque susciten una duda razonable.

**40.** En el caso, el tribunal de instancia otorga particular fuerza probatoria al testimonio de la menor y no lo hace, como anticipábamos, en términos intuitivos o anticognitivos. Valora la consistencia interna del relato ofrecido en el acto del juicio que califica de creíble, contundente y verosímil, excluyendo tanto factores objetivos de incompatibilidad fenomenológica como elementos de incredibilidad subjetiva derivados de la mala relación de la menor con el recurrente.

**41.** Pero no solo. Identifica aquellos datos de prueba que le prestan una decisiva corroboración que ordena en dos grupos: los provenientes de declaraciones testimoniales y de las opiniones periciales.

Con relación a estas últimas, tanto la ginecóloga Sra. Paula como la forense coincidieron en que la menor, al momento de ser explorada, no tenía himen. Esta falta podría explicarse por múltiples factores entre los que se encuentra, obviamente, la penetración. No obstante, la forense precisó que la ausencia de caránculas himeneales resultaba poco compatible con una pérdida reciente de la membrana por lo que no podía afirmarse en términos indubitados que fuera consecuente a una también reciente penetración. Las facultativas identificaron, además, lesiones genitales consistentes en un eritema y una fisura en la horquilla vulvar de la menor producidas no más de cinco días previos al momento de la exploración. Coincidiendo ambas, de nuevo, en que si bien eran compatibles con una penetración no permitían excluir otros factores causales.

Es obvio, por tanto, que la información pericial ginecológica sí arrojó un potencial corroborativo del relato de la menor que el tribunal de instancia valoró racionalmente. Poniendo el acento no tanto en la univocidad acreditativa de las evidencias halladas en su cuerpo sino en su compatibilidad fenomenológica con lo relatado.

**42.** Utilización corroborativa de datos no concluyentes a la que no es ajeno el resultado también corroborativo que arrojaron otros medios de prueba.

En efecto, los testimonios de la Sra. Elisabeth, madre de la menor, y de la prima de esta, Sra. Juana, también aportaron varios datos corroborativos especialmente significativos.

La primera, confirmó las condiciones *tempoespaciales* de producción y reconocidas, parcialmente, por el propio recurrente quien admitió que se quedó solo con Enriqueta y su hermana durante varios días de las vacaciones navideñas del 2020-21. La testigo precisó, también, haber observado cómo su hija sangraba por la vagina, aunque no tenía la menstruación, y cómo en la noche del siete de enero de 2021 se apercibió de que el recurrente se había introducido en la habitación de Enriqueta y cuando acudió observó a su hija con el pantalón bajado, contándole esta, al poco, que el recurrente le había *metido la mano* y la había llamado "morena", lo que le hizo sospechar de que algo podría haber pasado, echando a continuación al recurrente de la casa.

Por su parte, la testigo también refirió que el recurrente el día 10 de enero de 2021, después del primer intento de suicidio y cuando lo intentó por segunda vez, en la cocina del domicilio común, le manifestó que se sentía atraído sexualmente por Enriqueta.

La Sra. Juana, tía segunda de Enriqueta, refirió cómo su sobrina le contó con detalle el número y modo en que se produjeron los accesos sexuales, coincidente, sustancialmente, con lo posteriormente manifestado por la menor en las sucesivas exploraciones a las que fue sometida.

**43.** Informaciones testimoniales cuyo valor corroborativo del relato de la menor se enriquece decisivamente con el testimonio prestado por los agentes de la Guardia Civil nº de carné profesional NUM000 y NUM001. Ambos agentes se encontraban de servicio el día 10 de diciembre de 2021, en el puesto de DIRECCION000, cuando el recurrente se personó de manera totalmente voluntaria en dichas dependencias, acompañado de algunos familiares, manifestando, sin solución de continuidad, en términos explícitos y unívocos que había tenido contactos sexuales con la menor, al tiempo que reprochaba a esta que le incitara.

Es obvio que esta manifestación autoincriminatoria referida por terceros no podría servir por sí misma como prueba decisiva del hecho, sobre todo porque con posterioridad el recurrente negó todo contacto sexual consciente, pero, atendido el marco de producción, no cabe negarle efectos corroborativos reflejos por la vía del testimonio de los agentes que la recibieron y documentaron.

Estos no solo refirieron lo que les comunicó el recurrente sino también describieron con particular detalle en qué circunstancias se produjo dicha manifestación. La información aportada por los agentes permite concluir que la misma fue absolutamente voluntaria sin que viniera precedida de ninguna actuación directa o indirecta de alcance indagatorio por parte de aquellos. Precisamente, la primera actuación persecutoria se produce cuando el recurrente es detenido a la vista de lo previa y libremente manifestado.

El marco espontáneo de producción excluye todo riesgo de lesión del derecho a la no autoincriminación, aleja la solución de la inutilizabilidad probatoria de la información aportada y posibilita, en consecuencia, el uso indirecto o referencial con fines corroborativos del testimonio directo de la menor.

**44.** El saldo acreditativo de la hipótesis acusatoria que arroja el conjunto de los medios de prueba practicados es manifiestamente positivo y no se ve empañado por el déficit de motivación identificado al hilo del análisis del sexto de los motivos formulados.

Las informaciones indebidamente preteridas del análisis del cuadro probatorio -las conclusiones periciales psicológicas y biológicas- no contradicen fenomenológicamente el relato de la testigo directa. Su potencial debilitador de la hipótesis acusatoria se ve compensado, como precisamos al hilo del análisis del motivo sexto, por la intensa carga corroborativa de los otros medios de prueba tomados en cuenta. Medios que arrojan resultados que, insistimos, no son incompatibles con los que se decantan de los medios no expresamente valorados por lo que no entran en *pugna epistémica*.

**45.** Por lo que se refiere a la acción de maltrato sobre la Sra. Elisabeth que se declara probada, la prueba se basa no solo en la declaración de aquella, sino en la propia información aportada por el recurrente en el acto del juicio quien reconoció, sin ambages, que en una ocasión la golpeó. Sin que la Sala haya utilizado como elementos de convicción ni los guasaps aportados por la Sra. Elisabeth en su comparecencia ante la Guardia Civil el 13 de enero de 2021 ni, tampoco, la fotografía hallada en los archivos de la aplicación *WhatsApp* asociada a la línea con la que operaba el teléfono utilizado por el recurrente -y que constaba como remitida el día 12 de enero, cuando este se encontraba detenido- y que también fue entregado por la Sra. Elisabeth a la policía.

**46.** La suficiencia probatoria alcanzada se anuda a la compatibilidad de los diferentes resultados probatorios, de su encaje, del valor añadido que respecto a cada uno de los medios producidos se desprende de la práctica de los otros medios de prueba.

No hay lesión del derecho a la presunción de inocencia del recurrente.

#### **DÉCIMO MOTIVO, POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.2 LECRIM : ERROR EN LA APRECIACIÓN DE LA PRUEBA BASADO EN DOCUMENTOS QUE OBRAN EN AUTOS**

**47.** El recurrente se limita, por un lado, a precisar folios documentos de las actuaciones previas donde constan distintos informes periciales, fotografías, guasaps y resoluciones judiciales y, por otro, a reproducir los argumentos revocatorios que giran sobre la insuficiencia de la prueba practicada para fundar la condena.

**48.** El motivo carece de consistencia y no puede prosperar.

Inconsistencia procesal porque utiliza una vía casacional inadecuada. Lo que se pretende desborda en mucho los estrechos márgenes del motivo invocado. Como es bien sabido, al hilo de los reiterados pronunciamientos de esta Sala -vid. por todas, SSTS 200/2017, de 27 de marzo; 362/2018, de 18 de julio; 614/2021, de 8 de julio; 610/2022, de 17 de junio- el espacio en el que puede operar el motivo de casación previsto en el artículo 849.2 LECrim se circunscribe al error cometido por el Tribunal sentenciador al establecer los datos fácticos que se recogen en la declaración de hechos probados, incluyendo en la narración histórica hechos

no acaecidos, omitiendo otros de la misma naturaleza como si hubieran tenido lugar o describiendo sucesos de manera diferente a como realmente se produjeron. Error que ha de tener la suficiente relevancia para alterar precisamente la declaración de hechos probados de la sentencia recurrida.

Pero, además, el éxito del motivo reclama que se den determinadas condiciones de producción: primera, ha de fundarse en una verdadera prueba documental y no de otra clase, como las pruebas personales, aunque estén documentadas en la causa; segunda, ha de evidenciar el error de algún dato o elemento fáctico o material en la sentencia de instancia, por su propio y literosuficiente poder demostrativo directo, es decir, sin precisar de la adición de ninguna otra prueba ni tener que recurrir a conjeturas o complejas argumentaciones; tercera, el motivo no permite una revalorización del cuadro probatorio para, de ahí, atribuir al documento el valor reconstructivo que la parte pretende; cuarta, muy vinculada a la anterior, el dato que el documento acredita no debe entrar en contradicción con otros elementos de prueba, pues en estos casos no se trata de un problema de error sino de valoración; quinta, el dato documental que contradiga el hecho probado debe tener virtualidad para modificar alguno de los pronunciamientos del fallo en la medida que puede alterar los términos del juicio de subsunción.

Condiciones generales a las que deben añadirse las que disciplinan el alcance del motivo cuando el error se predica respecto a informes periciales. En este sentido, la doctrina de esta Sala ha fijado como requisitos de admisibilidad: primero, que exista un solo dictamen o varios absolutamente coincidentes; segundo, que el tribunal de instancia no disponga de otras pruebas sobre los mismos elementos fácticos; tercero, que el Tribunal a la hora de valorar el dictamen o dictámenes coincidentes, como base única de los hechos declarados probados, lo haya hecho de un modo incompleto, fragmentario, mutilado o contradictorio, alterando notablemente su sentido originario. O cuando, contando solamente con dicho dictamen o dictámenes coincidentes y no concurriendo otras pruebas sobre el mismo punto fáctico, el Tribunal de instancia haya llegado a conclusiones divergentes con las de los citados informes, sin expresar razones que lo justifiquen o sin una explicación razonable -vid. por todas, y entre muchas, SSTS 2144/2002, de 19 de diciembre; 54/2015, de 28 de enero; 748/2022, de 28 de julio; 894/2024, de 24 de octubre-.

**49.** Pues bien, en el caso, no se da ninguna de las condiciones que permiten operar al motivo invocado. Lo que se pretende -una nueva revalorización de toda la información probatoria- desborda manifiestamente los estrechos límites de este motivo y supone, además, una simple reiteración de lo pretendido y alegado en el motivo noveno.

**UNDÉCIMO MOTIVO, POR INFRACCIÓN DE LEY, AL AMPARO DEL ARTÍCULO 849.1º LECRIM: INDEBIDA APLICACIÓN DE LOS ARTÍCULOS 178, 179 Y 181.3º Y 4º, 153.1º, 3º Y 4º Y 74, TODOS ELLOS, CP**

**50.** El motivo se formula en términos condicionados. Solo podría prosperar si se hubieran modificado en el sentido pretendido los hechos probados. En consecuencia, el rechazo de los anteriores motivos conduce también al del motivo presente.

**51.** No obstante, se identifica un claro error en la parte dispositiva de la sentencia de instancia al precisar como tipo aplicado el artículo 153 1. junto a los numerales 3 y 4 CP, cuando atendidos los fundamentos jurídicos, tanto el relativo al juicio de tipicidad como al de punibilidad, resulta evidente que se descartó la concurrencia de las circunstancias típicas agravatorias del numeral 3 y la aplicación del subtipo atenuado del numeral 4. Error de mera transcripción, sin relevancia normativa, que deberá ser rectificado por la Audiencia Provincial.

**CLÁUSULA DE COSTAS**

**52.** Conforme a lo previsto en el artículo 901 LECrim, procede la condena del recurrente al pago de las costas causadas por su recurso.

**CLÁUSULA DE NOTIFICACIÓN**

**53.** Tal como se establece en los artículos 109 LECrim, 4 de la Directiva 2012/29 del Parlamento Europeo y del Consejo, *relativa a normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos* y 12 de la Convención de Naciones Unidas, *sobre*

*Derechos del niño*, la presente sentencia deberá ponerse en conocimiento personal de la Sra. Elisabeth y de su hija Enriqueta.

## **FALLO**

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

**No haber lugar al recurso de casación** interpuesto por la representación del Sr. Leopoldo contra la sentencia de 28 de noviembre de 2023 de la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón.

Condenamos al recurrente al pago de las costas procesales.

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

Notifíquese esta resolución a las partes y, personalmente, a la Sra. Elisabeth y a su hija Enriqueta, haciéndoles saber que contra la presente no cabe recurso jurisdiccional alguno, e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

El contenido de la presente resolución respeta fielmente el suministrado de forma oficial por el Centro de Documentación Judicial (CENDOJ).

Síguenos en...

