



Roj: **STS 1142/2026 - ECLI:ES:TS:2026:1142**

Id Cendoj: **28079120012026100206**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **12/03/2026**

Nº de Recurso: **5149/2023**

Nº de Resolución: **216/2026**

Procedimiento: **Recurso de casación**

Ponente: **ANTONIO DEL MORAL GARCIA**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 216/2026

Fecha de sentencia: 12/03/2026

Tipo de procedimiento: RECURSO CASACION

Número del procedimiento: 5149/2023

Fallo/Acuerdo:

Fecha de Votación y Fallo: 11/03/2026

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Procedencia: SALA DE LO CIVIL Y PENAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DE ARAGON

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Concepción Sáez Rodríguez

Transcrito por: IPR

Nota:

RECURSO CASACION núm.: 5149/2023

Ponente: Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García

Letrada de la Administración de Justicia: Ilma. Sra. Dña. María Concepción Sáez Rodríguez

TRIBUNAL SUPREMO

Sala de lo Penal

Sentencia núm. 216/2026

Excmos. Sres.

D. Andrés Martínez Arrieta, presidente

D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

D. Antonio del Moral García

D. Ángel Luis Hurtado Adrián

D. Leopoldo Puente Segura

En Madrid, a 12 de marzo de 2026.

Esta Sala ha visto el recurso de casación con el nº **5149/2023** interpuesto por Benigno representado por la Procuradora Sra. D^a. María Lafuente Bueno y bajo la dirección letrada de D. Gregorio Entrena Lobo; contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 26 de junio de 2023, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Sexta) que condenó a Benigno como autor de un delito de agresión sexual. Ha sido parte recurrida Milagrosa representada por la Procuradora Sra. D^a. Consuelo Caro Ceberio y bajo la dirección letrada de D.^a Elisa Pérez Roy. Ha sido parte el Ministerio Fiscal.

Ha sido ponente el Excmo. Sr. D. Antonio del Moral García.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.-El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Calatayud, inició Procedimiento Ordinario nº 155/2018 contra Benigno, por delito contra la libertad sexual. Una vez concluso lo remitió a la Sección Sexta de la Audiencia Provincial de Zaragoza que dictó sentencia con fecha 9 de marzo de 2023, que recoge los siguientes **Hechos Probados**:

"*PRIMERO.*-Ha quedado acreditado y así se declara que sobre las 2 horas del día 31 de marzo de 2018, Benigno, mayor de edad y sin antecedentes penales, llevó en su vehículo desde la discoteca Australian de Calatayud a casa a un amigo llamado Victor Manuel, siendo acompañados por Milagrosa, que iba sentada en la parte posterior del coche.

Una vez que dejaron a Victor Manuel, Benigno condujo el vehículo hasta un parque e invitó a Milagrosa a un cigarro, aceptando ella, que fumó un cigarrillo Camel sin cambiarse de sitio en el coche. A continuación, en lugar de llevarla nuevamente a la discoteca, como pensaba Milagrosa que haría, Benigno condujo hasta el castillo de Ayud de Calatayud, una zona aislada y sin iluminación, y estacionó allí, saliendo del coche y pasando a la parte posterior del vehículo. Empezó a decir a Milagrosa que le gustaba desde hacía tiempo, tocándole el pecho por encima de la ropa y la pierna, quitándole la mano Milagrosa y diciéndole que ella no quería hacer nada con él, que a ella le gustaba otro chico. Pese a la negativa de la mujer, Benigno se bajó los pantalones y ropa interior y agarró del cuello a Milagrosa, intentando llevar por la fuerza la cabeza de ella hacia los genitales de él, haciendo daño a Milagrosa, que empezó a llorar, sin que el otro la soltara por lo que, como no conseguía soltarse ni la soltaba y atemorizada por la situación, Milagrosa tuvo que practicarle sexo oral. Tras ello, Benigno dijo que quería "hacerlo". Milagrosa le dijo que no, se pegó a la puerta y encogió las piernas pero Benigno le cogió las piernas, tirando hacia él, quedando la mujer medio echada sobre los asientos, le quitó una de las perneras de los pantys y le apartó el tanga y la penetró sin protección, pese a que ella le decía que no y seguía llorando. Después le introdujo el pene en la boca, donde eyaculó.

Tras estos hechos, Benigno volvió a ponerse en el asiento de conductor y llevó a Milagrosa a las inmediaciones de la discoteca Australian. Milagrosa bajó del vehículo y se encontró en la calle con el chico que le gustaba, a quien se lo contó. Se lo contó igualmente a su amigo Alejandro, que estaba en la discoteca y que la vio llegar sofocada, nerviosa y llorando. Ella le pidió que la acompañara a casa, diciéndole Alejandro que fuera a Comisaría a denunciar los hechos.

Milagrosa fue a su casa, contándoselo algo más tarde a su familia y yendo al médico y a poner la denuncia el mismo día 31.

SEGUNDO.- Milagrosa fue asistida ginecológicamente esa misma tarde del día 31 de marzo, sin que se identificaran lesiones en vagina ni vulva, tomándose muestras de la paciente conjuntamente con la médico forense.

En asistencia médica efectuada el 2 de abril se apreció contractura de musculatura paravertebral y cervicalgia.

TERCERO.-Practicada una inspección técnica del vehículo en el que habían ocurrido los hechos, un turismo Nissan Sunny, se tomaron diversas muestras.

En el cenicero de la parte trasera del coche se observaron 8 colillas, recogiendo dos de ellas que llevaban la inscripción "Camel" y otra que no llevaba inscripción.

CUARTO.-Analizadas por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses de Barcelona en informe NUM000, las muestras recogidas de Milagrosa para identificar posibles indicios biológicos, se confirmó la presencia de restos de semen en las muestras vaginales.

En una de las muestras vaginales (NUM001, lavado vaginal, fracción L2) se obtuvo un perfil mezcla procedente de un mínimo de dos contribuyentes, siendo al menos uno de ellos un varón y siendo la víctima compatible con esta mezcla.

Se identificó material genético de Luciano y de la víctima en la muestra NUM001 , lavado vaginal, fracción L2).

QUINTO.-Analizadas por el Laboratorio de Biología de Policía Científica la ropa que llevaba Milagrosa el día de los hechos, muestras de frotis bucal de la víctima y muestras recogidas en el vehículo Nissan Sunny, se evidenció la presencia de semen en muestras extraídas de la cazadora, pantys, braga-cara interna de la felpa, así como en muestras extraídas del asiento trasero del vehículo

Obtuvo un perfil genético de varón coincidente con el de Benigno en la cazadora y pantys de Milagrosa y en muestras extraídas del asiento trasero del vehículo.

En la braga, cara interna de la felpa, se obtuvo un segundo perfil genético de varón, distinto del de Benigno y compatible con la mezcla de perfiles genéticos obtenida por el Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses de Barcelona a partir de una muestra vaginal de Milagrosa que recoge su informe NUM000 .

En la muestra 14.02 (colilla marca Camel) se obtuvo un tercer perfil genético de varón, distinto del de Benigno . En la muestra 14.01 (colilla marca Camel) se obtuvo un segundo perfil de mujer, distinto del de Milagrosa .

SEXTO.-Incoadas Diligencias Previas por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción nº 2 de Calatayud, el 1 de abril de 2019 se acordó su transformación en Procedimiento de Sumario Ordinario, tomándose nueva declaración a la víctima y al investigado, siendo ésta el 26-7-2019. Desde esa declaración, el juzgado acordó una testifical que no pudo practicarse por la incomparecencia del testigo, y acordó la toma de muestras biológicas del procesado por los forenses, que tampoco pudo practicarse por incomparecencia de Benigno . Asimismo, en octubre de 2020 se recibió informe sobre ADN de Policía Científica.

Se dictó Auto de procesamiento el 10-5-2020 y se acordó practicar indagatoria, siendo infructuosas las gestiones para citar al procesado y dictándose Auto el 30-3-2022 acordando su búsqueda por requisitorias, detención y personación. Se practicó declaración indagatoria finalmente el 17-5-2022, estando Benigno detenido, acordándose su libertad provisional en la misma fecha y dictándose Auto de conclusión del Sumario el 24-5-2022".

SEGUNDO.-La Parte Dispositiva de la Sentencia establece:

"FALLO.- Que debemos condenar y condenamos a Benigno , como responsable en concepto de autor de un delito de agresión sexual, previsto y penado en los arts 178 y 179 CP en su redacción actual, sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, a las penas de SIETE AÑOS Y SEIS MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena, PROHIBICIÓN DE APROXIMARSE A MENOS DE 200 METROS DE LA PERSONA Y DOMICILIO de Milagrosa así como DE COMUNICARSE POR CUALQUIER MEDIO con ella POR TIEMPO DE NUEVE AÑOS y la medida de LIBERTAD VIGILADA POR TIEMPO DE CINCO AÑOS.

Deberá indemnizar a Milagrosa en la cantidad de 10.000 euros más intereses legales.

Asimismo deberá abonar todas las costas causadas en este procedimiento, con inclusión de las costas de la acusación particular.

Para el cumplimiento de las penas le será de abono el tiempo que ha estado privado de libertad por esta causa, los días 1 y 2 de abril de 2018 y el 17-5-2022, si no se le hubiera abonado en otra causa, así como le será de abono en la pena de prohibición de aproximarse y comunicarse el tiempo de vigencia de la medida cautelar impuesta en Auto de 2-4-2018.

Pónganse las prendas de vestir de Milagrosa a su disposición para que manifieste si le interesa alguna y procedase a la destrucción de los vestigios y muestras que obran en la causa, procediendo la destrucción de la ropa si Milagrosa no solicitara su devolución.

La presente resolución no es firme, y contra ella puede interponerse recurso de apelación ante la Sala Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, anunciado ante esta Sección Sexta de la Audiencia Provincial dentro del plazo de diez días.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá testimonio a la causa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos".

TERCERO.-Notificada la Sentencia a las partes, se preparó Recurso de Apelación por el condenado remitiéndose las actuaciones a la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón, que dictó Sentencia, con fecha 26 de junio de 2023 que contiene la siguiente Parte Dispositiva:

"1.- Que debemos desestimar y desestimamos el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de Benigno , contra la sentencia dictada en procedimiento sumario ordinario nº 349/2019, el día 9 de marzo de 2023 por la Sección Sexta 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".

CUARTO.-Notificada la Sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por infracción de ley y vulneración de precepto constitucional por el condenado, 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:

Motivo único alegado por Benigno .

Motivo primero.-Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 de la LECrim., por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. **Motivo segundo.**-Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. **Motivos tercero y cuarto.**-Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 LECrim, por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías. **Motivo quinto.**-Por vulneración de precepto constitucional, al amparo del art. 5.4 LOPJ y 852 de la LECrim, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

QUINTO.-El Ministerio Fiscal se instruyó del recurso interpuesto, impugnando todos sus motivos; la representación legal de Milagrosa impugnó igualmente el recurso de casación. La Sala lo admitió a trámite, quedando conclusos los autos para señalamiento y Fallo cuando por turno correspondiera.

SEXTO.-Realizado el señalamiento para Fallo se celebraron la deliberación y votación prevenidas el día 11 de marzo de 2026.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.-Siguiendo la pauta marcada con toda lógica por el Tribunal Superior de Justicia en su sentencia, agruparemos los dos primeros motivos a efectos de contestación: comparten temática. Se refieren a la forma en que declaró la testigo en el plenario: a través de una videollamada mediante la conocida aplicación *washapp*.

El primer motivo cuestiona la legitimidad procesal de esa fórmula. El segundo protesta porque no se le dejó argumentar en el juicio para acompañar de razonamientos su oposición a esa fórmula y convencer a la Sala de sus razones.

La segunda cuestión es previa: el hecho de abortar su intentado alegato sobre esa incidencia ¿causó indefensión? ¿Era exigible que, antes de decidir, el Tribunal permitiese a la defensa explayarse en su argumentación?

El Tribunal ya había adoptado su decisión, conociendo la oposición de la defensa que, desde la primera noticia, había mostrado su rotundo rechazo a ese método. Por tanto, lo que procedía ya y bastaba era la protesta a efecto de ulteriores recursos y así consta. Todas las razones que justificaban su posición se han hecho valer en la apelación y, ahora, en la casación.

Por otra parte, en este estado de la causa, la omisión de ese reclamado trámite previo de audiencia antes de decidir sobre esa cuestión ha perdido toda autonomía. En rigor, si se diese la razón al recurrente -nos lo planteamos a efectos puramente discursivos- lo que procedería sería reabrir el juicio para que el Tribunal de instancia concediese un trámite de audiencia sobre ese punto a la defensa. Si la defensa logra persuadir a la Sala de la inviabilidad legal de ese método, habrá que celebrar nuevamente el juicio.

Esa hipótesis resulta más que improbable conociendo ya la Audiencia que su criterio coincide con el del Tribunal Superior de Justicia. Además, ya habrá desaparecido probablemente, la situación que justificó la decisión cuestionable.

Si, por el contrario, mantiene su decisión, la salida procesal más correcta y respetuosa con el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 242 LOPJ) sería declarar que la omisión de esa audiencia no tuvo trascendencia alguna y que, por tanto, han de convalidarse todas las actuaciones posteriores. Volveríamos al momento actual: resolver la casación pendiente.

Es obvio que esa secuencia sería un disparate y un sinsentido. Lo que no es razonable ni, en definitiva, procesalmente correcto, es convertir la omisión de la audiencia -relativa: constaba su oposición- en una causa de nulidad autónoma pese a constatarse su intrascendencia de fondo.

Lo razonado, con fines puramente dialécticos, sirve para mostrar que el motivo segundo carece de sustantividad: no tiene entidad para ser estimado por sí mismo. Lo que procede es resolver la cuestión suscitada: si la deposición mediante ese medio telemático arrastra a la nulidad. Si convenimos en la respuesta afirmativa a la vista de todas las alegaciones que, ya sin cortapisa alguna, ha podido desarrollar la defensa, procederá la casación para repetición del juicio. Si el criterio es el contrario -lo que ya anticipamos-, aunque se considerase que la Audiencia Provincial podría haber sido más flexible en esos momentos iniciales y dejar que la defensa se explayase en su alegato contra esa forma de declarar, carecería de toda racionalidad una estimación de la casación a esos exclusivos fines.

SEGUNDO.-Despejada la cuestión preliminar que plantea el motivo segundo, estamos en condiciones de abordar lo alegado en el primero.

La testigo residía en Ceuta. Se encontraba en un estado avanzado de gestación (folio 121), muy próxima al alumbramiento (previsto para comienzos de marzo). Eso le movió a solicitar pocos días antes del juicio la dispensa de comparecer personalmente: un desplazamiento a Zaragoza no es recomendable en ese estado -es una máxima de experiencia-; aunque se tratase de un embarazo sin riesgo.

La decisión de levantar la obligación de comparecencia estaba justificada y era más que razonable.

TERCERO.-Se queja también el recurrente por el medio empleado para la declaración. No se ajusta a lo establecido ni en la legalidad entonces vigente, ni en la posterior (guía para la celebración de actuaciones judiciales telemáticas alumbrada por acuerdo de la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, de 27 de mayo de 2020; art. 60 del Real Decreto Ley 6/2023, de 19 de diciembre, por el que se aprueban medidas urgentes para la ejecución del plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia en materia de servicio público de justicia, función pública, régimen local y mecenazgo). Una videollamada para declarar desde el propio domicilio sin posibilidad de acreditar fehacientemente la identidad; y sin la garantía de la presencia de un letrado de la Administración de Justicia u otro funcionario; y, además, con deficiencias técnicas que dificultaban el entendimiento y entorpecían el interrogatorio, no podría convalidarse por contrariar tanto la legalidad ordinaria, como la constitucional (causación de indefensión al no poder realizar con fluidez el contrainterrogatorio).

Tal ramillete de quejas fue desatendido por el Tribunal Superior de Justicia al conocer de la apelación brindando los siguientes argumentos:

Los motivos primero y segundo del recurso reproducen las razones expuestas en la vista celebrada, de oposición del recurrente a que la prueba testifical de la denunciante se practicara en juicio mediante el uso de medios telemáticos. Entendiendo que con ello se le causó indefensión, derivada, especialmente, de que se obtuvo una posición de privilegio por la deponente, no fue comprobada su identidad y la asepsia de su declaración, y, además, que no se documentó en la causa que se iba a optar por tal medio de practicar la declaración, que no parecía necesario hacerlo así por el hecho de que la deponente estuviera embarazada.

Acreditado que la testigo residía en Ceuta y que estaba embarazada con aproximadamente ocho meses de gestación, se comparte plenamente la conclusión recogida en la sentencia recurrida de que su comparecencia personal resultaba particularmente gravosa. Sin duda, salvo caso de ser necesario, no parece conveniente el traslado de la madre en avanzado estado de gestación, dados los inconvenientes, molestias y riesgos potenciales que tanto para ella como para el niño puede comportar el desplazamiento, sea en avión o terrestre. Y en este caso no se observa que fuera realmente necesaria la prestación de la declaración mediante presencia física ante el Tribunal, ya que el medio empleado para la prestación de la declaración, aunque dio lugar, por razones técnicas, a interrupciones y deficiencias en la audiencia de la testigo, sin embargo permitió finalmente, siempre con imagen directa de la deponente, atender a la totalidad de su declaración y contestaciones a las preguntas que todas las partes pudieron hacer sin cortapisas de ningún tipo.

Justificada la decisión de uso del medio telemático, no cabe observar en la práctica concreta de la declaración error que determine su invalidez. Ciertamente, no fue ortodoxo ni el más adecuado el modo en que la declaración se toma, al hacerse en un domicilio privado, sin la presencia de funcionario público que asegurara *in situ* la correcta prestación de la declaración, y con las deficiencias técnicas que se observan en la audición del testimonio.

Pero tales consideraciones no deben conducir en este caso concreto a estimar la nulidad interesada, pues los efectos que pudo producir la forma y situación en que se prestó la declaración no tienen la relevancia invalidante interesada. Porque la identidad de la declarante es considerada por notoriedad, sin necesidad de

solicitar documento que la acreditara y sin oposición de las partes ni puesta en entredicho de que la declarante fuera la denunciante. Y no se aprecia a lo largo del acto en sí de la declaración que pueda estar fundada la sospecha del recurrente de que pudiera ser instruida la testigo mientras declara, puesto que sus gestos, actitud, y modo rápido y espontáneo de responder evidencian que es ella quien contesta conforme a la que conoce y sabe, no porque se le indique directa o indirectamente lo que debe responder.

No cabe, por tanto, considerar que las imperfecciones observadas en la prestación de la declaración conlleven entender que se produjo indefensión alguna de la parte recurrente, pues permitieron conocer perfectamente lo declarado y practicar la prueba con la inmediación y contradicción exigibles, y, aun con lamentables deficiencias técnicas, se respetaron en su práctica las previsiones del artículo 229.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, quedando en todo momento salvaguardado el correcto ejercicio del derecho de defensa del recurrente. En definitiva, tal y como indica el Tribunal Supremo, Sala 2ª, en sentencia 161/2015, de 17 de marzo: "la pionera regulación adoptada en su día por el art. 10 del *Convenio de asistencia judicial en materia penal entre los Estados miembros de la Unión Europea*, aprobado en Bruselas el 29 de mayo de 2000, ha inspirado en el ámbito europeo otras normas que no han hecho sino profundizar en las ventajas que ofrece aquella solución técnica para salvar, con las debidas garantías, la distancia geográfica entre el declarante y el órgano jurisdiccional que ha de valorar el significado probatorio de ese testimonio".

CUARTO.-Son convalidables y compartibles esas razones.

De entrada, se rechaza el interesado alegato relativo a la imposibilidad de seguir las respuestas o de llevar a cabo correctamente el interrogatorio: nada muy diferente a lo que sucede en el uso autorizado de otros medios telemáticos como determinadas plataformas de manejo habitual.

Ciertamente la actuación no se ajustó a la estricta ortodoxia normativa: algunos aspectos o deficiencias constituyen verdaderas irregularidades. Lo reconoce también el Tribunal de apelación.

Subrayamos la elección de ese vocablo: *irregularidades*, que no causas de nulidad, que han de ser ponderadas al valorar esa prueba plenaria.

Nos entretendamos algo en esa relevante distinción entre lo que constituye una irregularidad -e incluso una actuación no ajustada escrupulosamente a la legalidad- y un vicio determinante de nulidad e ineficacia radical de un acto procesal; en este caso, de una prueba del plenario.

En la normativa procesal encontramos múltiples prescripciones de muy distinto signo que disciplinan la forma de practicar las pruebas. No todas se mueven en el mismo plano. Buena parte de ellas están dirigidas a garantizar el buen orden procesal y establecer garantías para el desarrollo del proceso de forma correcta. Pero la consagración del derecho a un proceso con todas las garantías que proclama el art. 24.1 CE no comporta la constitucionalización de todas las normas procesales, de forma que cualquier infracción procesal ligada a las garantías (en último término, todas lo están) desencadene una nulidad por vulneración constitucional. Solo aquellas directamente engarzadas con principios procesales básicos, cuya omisión derive potencialmente en indefensión, tendrán virtualidad para generar ese drástico efecto.

Están, por ejemplo, prohibidas las preguntas impertinentes (art. 709 LECrim): lo exige el buen orden procesal (otro, entre los muchos ejemplos, una previsión con igual fundamento aparece en el art. 445 de la Ley). También se repelen las preguntas capciosas (formuladas con artificio o astucia para provocar confusión o una respuesta viciada por el engañoso planteamiento), o las sugestivas (sugieren y condicionan abierta o sutilmente la respuesta, privando de espontaneidad al testimonio). Son garantías pues robustecen la credibilidad de la prueba testifical (vid. igualmente la previsión del art. 436.2º o la del art. 437 LECrim). Pero que el juez haya permitido de forma inadvertida o equivocada preguntas sugestivas o impertinentes no será motivo de nulidad, aunque sí podrá y deberá ser tomado en consideración al valorar la testifical.

Las previsiones a las que no ha guardado escrupulosa fidelidad la Sala de instancia en la práctica de esa testifical por videoconferencia constituyen también "garantías" en el más amplio sentido de la expresión. Pero, dentro de esa genérica noción, cabe una graduación que el propio Tribunal Constitucional ha establecido al señalar insistentemente que el derecho fundamental a un proceso con todas las garantías no supone la constitucionalización de todo el derecho procesal. Hay garantías básicas, irrenunciables, estructurales, esenciales (derecho a no declarar contra sí mismo, principio de contradicción, exigencias del derecho a ser informado de la acusación que respecto de la defensa llevan todavía más lejos el principio de contradicción...). Su afectación inutiliza toda la actividad procesal contaminada.

Otras garantías se mueven en un plano legal y no constitucional. Entre estas segundas el alcance de sus repercusiones es también dispar. Con unos ejemplos se explicará mejor que con un argumento lo que se quiere exponer.

La presencia del LAJ en una diligencia de entrada y registro o la presencia del letrado cuando un detenido presta el consentimiento para que se acceda a su vivienda no son exigencias constitucionales, sino legales. Aunque, no sin algunas vacilaciones iniciales, la jurisprudencia ordinaria concordó en su momento en identificarlas como garantías esenciales.

También constituyen garantías la necesidad de que se advierta al testigo de las penas con que está sancionado el delito de falso testimonio (art. 433 de la LECrim.); la prestación de promesa o juramento (art. 706 y 434 de la LECrim., aunque sociológicamente esta garantía esté tan devaluada que en algunos países se ha prescindido de ella); la incomunicación entre sí de los testigos mientras no presten su declaración (art. 704); o la preferencia del intérprete titulado sobre el que carezca de esa habilitación para actuar como traductor (arts. 441 y 711); o la identificación suficiente del testigo. Pues bien, su vulneración (se omitieron las advertencias legales o la prestación de promesa; un testigo estaba presente en la sala mientras deponían otros testigos; se acudió por comodidad a un intérprete no titulado cuando había disponibilidad de otros cualificados; el testigo se identificó con un carné privado por no disponer en el momento de documento oficial, sin que generase dudas su identidad...) no arrastra la nulidad de las actuaciones que puedan verse afectadas por la irregularidad. Si se trata de una actividad probatoria es exigible que se evalúe en cada caso cómo ha podido afectar a la fiabilidad esa deficiencia que, en todo caso, ha de reprobarse. Eso es lo que ha proclamado reiteradamente esta Sala refiriéndose a la previsión del art. 704 LECrim (imposibilidad de comunicación de testigos).

No significa que se destierren al limbo de lo intrascendente esas irregularidades procesales. Nunca es nimia o despreciable una garantía procesal. En ocasiones la constatación de la vulneración de esas reglas será justamente la causa en virtud de la cual se niega la capacidad convictiva de un testimonio (el testigo de cargo al declarar había escuchado las respuestas dadas por el acusado por lo que la defensa se vio privada de estrategias de interrogatorio aptas para cuestionar su credibilidad). Pero sería, no solo contrario a la norma, sino también ilógico, que de esas irregularidades normativas se diese un acrobático salto a la nulidad radical, atribuyendo efectos sustantivos (al modo de una eximente), por el camino de la presunción de inocencia (privación de valor a la actividad probatoria), a lo que es la contravención de una norma que ocupa un nivel inferior en la escala de las garantías. Hay que respetar todas las previsiones legales cualquiera que sea su alcance; y estimular, alentar y exigir su estricto cumplimiento, especialmente cuando tienden a tutelar los derechos de las partes y la corrección del enjuiciamiento. Pero no es lo mismo olvidar que un testigo debe prestar juramento; que no conceder por descuido el derecho a la última palabra; omitir las advertencias previstas en el art. 416 LECrim; o celebrar el juicio en ausencia sin que lo haya reclamado alguna de las acusaciones o sobrepasando la pena solicitada la duración que lo permite; o practicar unas intervenciones telefónicas sin que medien indicios suficientes.

En ese marco es donde hay que situar las repercusiones que en el caso concreto pueden anudarse a esa forma menos escrupulosa de practicar una prueba testifical por medios telemáticos. La diligencia así desplegada no deviene inservible ni queda contaminada definitivamente. Las quejas concretas del recurrente no permiten llegar a otras conclusiones:

a) Aunque no haya podido realizarse la identificación de forma oficial no se generó ninguna duda sobre la identidad. Ni la defensa ni el acusado hizo la más mínima alusión a que se tratase de persona distinta. Es totalmente absurdo pensar que alguien se hiciese pasar por ella. ¿Para qué? Pensar en esa hipótesis como algo posible es, más que improbable, fantasioso.

b) Las incidencias e interrupciones son molestas. Se produjeron por fallos de la conexión. Pero no descalifican una actividad procesal. También -es experiencia compartida por esta Sala pese al escaso número de plenarios que acoge dadas sus funciones legales- en casos de declaración con presencia física se padecen interrupciones indeseadas por fallos puntuales en los sistemas de grabación que obligan a un receso para solventar el problema y reanudar luego la declaración.

De las irregularidades en la producción de la prueba no se sigue necesariamente la invalidación del testimonio.

QUINTO.-El uso de la videoconferencia, o como la llama la Ley, en términos no rigurosos y hasta contradictorios, *presencia telemática*, está prevista en el artículo 229.3 LOPJ desde 2003: las declaraciones, interrogatorios, testimonios, careos, exploraciones, informes, ratificación de los periciales y vistas "podrán realizarse a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido y la interacción visual, auditiva y verbal entre dos personas o grupos de personas geográficamente distantes, asegurando en todo caso la posibilidad de contradicción de las partes".

El art. 230.1 LOPJ contempla la obligatoriedad de los tribunales de "utilizar cualesquiera medios técnicos, electrónicos, informáticos y telemáticos, puestos a su disposición para el desarrollo de su actividad y ejercicio de sus funciones, con ciertas limitaciones".

La declaración de la pandemia provocada por el COVID-19 extendió esta fórmula que hasta ese momento tenía un uso limitado. El Real Decreto-ley 16/2020, de 28 de abril de medidas procesales y organizativas para hacer frente al COVID-19 en el ámbito de la Administración de Justicia, en lo que a la videoconferencia se refiere, dispuso que todos los actos procesales se realizarían «preferentemente mediante presencia telemática», siempre que se contara con los medios técnicos para ello. Este Real Decreto-ley 16/2020 fue dejado sin efecto por la Ley 3/2020, de 18 de septiembre) que, sin embargo, mantuvo la celebración de actos procesales telemáticos. Las medidas continuaron plenamente vigentes hasta que se declaró el fin de la situación de crisis sanitaria, en julio de 2023.

El Real Decreto-Ley 6/2023, de 19 de diciembre regula en la actualidad el uso de la videoconferencia en el Capítulo I del Libro IV (artículos 59 a 65). Su art 60 dispone: "Sin perjuicio de la identificación electrónica regulada en los artículos siguientes y de la aplicación de las normas contenidas en leyes procesales, las personas intervinientes en una videoconferencia deberán identificarse al inicio del acto. El juez o jueza, magistrado o magistrada, representante del Ministerio fiscal o letrado o letrada de la Administración de Justicia que dirija el acto o actuación adoptará las disposiciones oportunas a tal fin. Cuando la actuación no sea dirigida por los anteriores, el funcionario público que provea el servicio asegurará que los intervinientes se identifiquen al inicio..."

Se exceptúan testigos o peritos protegidos, agentes de policía, agentes de policía encubiertos, y, aquellas personas cuya identidad ha de ser preservada.

El art. 61 por su parte, establece:

"1. El incumplimiento de lo establecido en los artículos anteriores no priva por sí solo de efectos procesales y jurídicos a la actuación llevada a cabo por videoconferencia, ni supone la ineficacia o nulidad de la misma.

2. Si, una vez celebrada la actuación correspondiente, se impugna la identificación o la firma realizada en la videoconferencia, se procederá por la Administración competente a comprobar que la misma cumple todos los requisitos y condiciones establecidos en el artículo anterior.

3. Si dichas comprobaciones ofrecen un resultado positivo, se presumirá la autenticidad de la identificación, siendo las costas, gastos y derechos que origine la comprobación exclusivamente a cargo de quien hubiese formulado la impugnación.

4. Si las comprobaciones ofrecen resultado negativo o si, a pesar de su resultado positivo, el impugnante sostuviere la impugnación, el juez o Tribunal competente en el asunto resolverá motivadamente lo que corresponda, previa audiencia de las partes.

El Real Decreto Ley 6/2023 establece el régimen de las actuaciones por videoconferencia en el nuevo art. 258 bis de la Ley Procesal Penal. Los arts 325 y 731 bis La LECrim ya contemplaban esas cuestiones Según el art. 325:

«El juez, de oficio o a instancia de parte, por razones de utilidad, seguridad o de orden público, así como en aquellos supuestos en que la comparecencia de quien haya de intervenir en cualquier tipo de procedimiento penal como investigado o encausado, testigo, perito, o en otra condición resulte particularmente gravosa o perjudicial, podrá acordar que la comparecencia se realice a través de videoconferencia u otro sistema similar que permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido, de acuerdo con lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 229 de la Ley Orgánica del Poder Judicial Por su parte, el art. 731 bis prevé que «el juez podrá acordar la videoconferencia u otro sistema similar por razones de utilidad, seguridad u de orden público, así como en supuestos en que a la persona que haya de intervenir sea un imputado, perito, testigo o cualquier otra persona le resulte gravoso o perjudicial, y especialmente cuando éste sea un menor, siempre que se permita la comunicación bidireccional y simultánea de la imagen y el sonido».

El novedoso art. 258 bis LECrim es un precepto rico en matices, reglas y excepciones. Se consagra la preferencia de la videoconferencia para todas las actuaciones procesales en general, con una excepción y una condición. La excepción: que el juez o tribunal, en atención a las circunstancias, disponga otra cosa. La condición: que las oficinas judiciales o fiscales tengan a su disposición los medios técnicos necesarios para ello.

Sirven estas referencias para no hiperbolizar sobre las consecuencias de lo que ha sido una actuación procesal no correcta, pero no desechable por ello.

La videoconferencia cuenta y contaba en el momento de la vista, con respaldo legal; no solo para ser utilizada en la fase de instrucción y preconstitución de pruebas, sino también en la fase de juicio oral. La regla general conforme a los artículos 268.1 y 229.2 de la LOPJ es que las actuaciones deben realizarse a presencia del órgano judicial. Pero en este caso había razones sobradas para acudir a esa fórmula.



La STS 331/2019, de 27 de junio, explica que "la videoconferencia no es más que un instrumento técnico que permite que la prueba acceda al proceso, una modalidad de práctica de la prueba, de modo que será el medio de prueba de que se trate, y de acuerdo con sus propias reglas, el que deberá ser analizado en cuanto a las garantías que deben concurrir en su práctica. Y puede asegurarse que la utilización de la videoconferencia y de los demás medios técnicos que establece el art. 230 de la LOPJ no es una posibilidad facultativa o discrecional a disposición del juez o tribunal, sino un medio exigible ante el Tribunal y constitucionalmente digno de protección". Ya antes, la STS 200/2017, de 27 de marzo, en relación a su incidencia en relación con los principios que informan el desarrollo de los actos de prueba, recuerda que se ha reconocido reiteradamente que la videoconferencia garantiza la oralidad, la inmediación y la contradicción (cfr. SSTS 641/2009, de 16 de junio; AATS 961/2005, de 16 de junio de 2005; 1301/2006, de 4 de mayo de 2006; 1462/2006, de 21 de junio de 2006; SSTS 957/2006, de 5 de octubre de 2006; 1351/2007, de 5 de enero de 2007).

SEXTO.-El tercer motivo se queja de la recepción de un documento (informe de los servicios sociales) solicitado por la acusación que, sin embargo, llegó tardíamente: una vez celebrado del juicio oral, probablemente por haber sido remitido al juzgado y no a la Audiencia directamente.

La prueba no había sido solicitada por la defensa. Por tanto, ni podía pedir la suspensión, ni protestar por su ausencia.

Se trata, sencillamente de prueba *no practicada*. No se podía valorar por el Tribunal de instancia, ni se valoró; con independencia de que su contenido resulta bastante irrelevante, no solo a efectos de la acusación, sino también de la defensa: atención psicológica a la víctima tras los hechos sin detallarse el contenido de las sesiones.

No puede quejarse la parte por una prueba procesalmente inexistente que no había solicitado ella. Solo la acusación estaría legitimada para ello. Que la defensa pueda solicitar la nulidad por la no práctica de una prueba ajena y que, además, carece de trascendencia (puede ser pertinente pero desde luego no es necesaria) es insólito.

Si, como ha hecho la Sala de apelación, se rescata esa prueba (lo que podría hacer a petición de quien la propuso -la acusación- y no de la defensa como establece la regulación del recurso de apelación), nada relevante se deriva de la misma. Es lo que confirma el Tribunal Superior de Justicia.

SÉPTIMO.-El motivo cuarto es un recopilatorio de los anteriores. No exige respuesta específica.

El quinto y último viene dedicado a temas probatorios de la mano del derecho fundamental a la presunción de inocencia. La prueba practicada sería insuficiente para desmontar esa presunción de la que ha de partir todo enjuiciamiento penal. En concreto, se alega que existió consentimiento en las relaciones sexuales y que las declaraciones de la víctima no reunirían las condiciones exigibles para afirmar lo contrario. Algunos datos (dimensiones del vehículo, conducta posterior del supuesto agresor llevándola al punto del que partieron) serían poco armonizables con la versión de la víctima.

El derecho a la presunción de inocencia según ha sido perfilado por el Tribunal Constitucional -entre otras, Sentencia 68/2010, de 18 de octubre, aparece configurado como regla de juicio que implica la prohibición de ser condenado sin que se hayan producido pruebas de cargo válidas revestidas de garantías y referidas a todos los elementos esenciales del delito, de las que quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado. Existirá violación de tal derecho cuando no haya pruebas de cargo válidas o cuando no se motive el resultado de dicha valoración o cuando por ilógico o por insuficiente no sea razonable el *iterdiscursivo* (Fundamento Jurídico Cuarto; en idéntico sentido y entre muchas otras, sentencias del mismo Tribunal 107/2011, de 20 de junio -Fundamento Jurídico Cuarto-, 111/2011, de 4 de julio -Fundamento Jurídico Sexto a-), o 126/2011, de 18 de julio -Fundamento Jurídico Vigésimo Primero a-). La STC 16/2012, de 13 de febrero abunda en esas ideas.

Sintetizando esa doctrina: se vulnerará la presunción de inocencia cuando haya recaído condena: **a)** con ausencia de pruebas de cargo; **b)** con la base de unas pruebas no válidas, es decir ilícitas por vulnerar otros derechos fundamentales; **c)** con la base de actividad probatoria practicada sin las debidas garantías; **d)** sin motivar la convicción probatoria; **e)** sobre la base de pruebas insuficientes; o **f)** sobre la base de una motivación ilógica, irracional o no concluyente.

Pues bien, de esas seis vertientes en que de manera analítica se ha intentado descomponer la doctrina constitucional -aunque sin ignorar que no son compartimentos estancos sino que hay puntos de entrelazamiento y conexiones entre unas y otras- los recurrentes vertebran su queja sobre lo que consideran **insuficiencia de la prueba**.

OCTAVO.-El Tribunal a *quo* expone en el fundamento de derecho segundo las razones de su certeza, sin acudir a fórmulas estereotipadas, sino valiéndose de argumentos persuasivos.

Transcribimos parcialmente esa motivación fáctica de la sentencia de instancia:

En el caso de autos la declaración de la víctima fue coherente y detallada, sin que se aprecien motivos espurios que pudieran afectar a la credibilidad de su testimonio. No había tenido conflicto alguno anterior con el acusado, a quien conocía solo de vista, y Benigno tampoco refiere animadversión o problema entre ellos.

La testigo-víctima narró de manera espontánea y con detalles lo sucedido, mostrando de manera gráfica con gestos la forma en que él la agarraba del cuello e intentaba llevarla por la fuerza hacia sus genitales o cómo se colocó ella con las piernas encogidas y cómo él venció esa oposición física. La forma de expresarse, la gestualidad que acompaña a sus palabras y los detalles que da inciden en la consideración de la verosimilitud del relato.

Se aprecia credibilidad objetiva o verosimilitud del testimonio, siendo coincidentes en lo sustancial las declaraciones efectuadas por la víctima a su amigo Alejandro, a la Policía, declaraciones en instrucción y testimonio prestado en el acto de juicio, por lo que también hay persistencia en la incriminación. Hay una lógica en lo narrado por la víctima según las reglas de la experiencia (coherencia interna) y existe un elemento corroborado relevante en el testimonio de Alejandro (coherencia, externa), que vio a Milagrosa llorando, nerviosa y sofocada cuando volvió a la discoteca después de ocurridos los hechos, estado emocional que se corresponde con una experiencia traumática como la referida por la mujer en el acto de juicio. Aunque en el acto de juicio el testigo se mostró menos concreto en su descripción de lo que le dijo Milagrosa el 31 de marzo, señalando que hacía mucho tiempo y no recordaba todo, manifestó que ella le dijo que había subido a acompañar a un chaval en coche a casa y que después subieron al castillo y que allí Benigno la había forzado a hacer una serie de cosas. A preguntas del Ministerio Fiscal reconoció que lo manifestado en instrucción, en la que sí especificó que le hizo chupársela y luego la violó, era cierto. No es sólo el relato que le hizo de lo que le acababa de suceder, relato que llevó al amigo a aconsejarle ir a comisaría a denunciar inmediatamente los hechos, sino que el testigo vio la afectación emocional de la mujer, que se correspondía con lo que narraba. Con un carácter también corroborador consta en la causa informe médico de fecha 2 de abril de 2018 (avantius 17), en el que el facultativo apreció contractura de musculatura paravertebral y cervicalgia en Milagrosa, lo que refrenda el dolor en el cuello que ha referido en todo momento la testigo, consecuencia de la fuerza empleada por Benigno sobre ella.

La presencia de material genético de otro varón en una de las muestras tomadas a la víctima no tiene trascendencia ni afecta a la credibilidad que merece la testigo, pues ésta explica que esa persona era el chico que le gustaba y que había tenido relaciones, sexuales con él unos dos días antes de los hechos, que cuando bajó del coche se lo encontró y le contó lo sucedido y él le dijo que se lo contara a Angelina y Alejandro, y que lo propusieron como testigo en fase de instrucción pero luego renunciaron porque el chico se cambió de domicilio, y la causa se estaba ralentizando mucho, lo que se aprecia en las diligencias. Asimismo, la perito con carnet profesional n° NUM002 del Laboratorio Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, preguntada acerca de si los restos genéticos podían ser antiguos, en condiciones normales de higiene, señaló que esto es muy variable, que la media sería de 3 días en la cavidad vaginal pero que podría ser de hasta una semana y que el que haya restos en las prendas íntimas no permite datarlos, que a veces quedan restos tras el lavado de las prendas. Los peritos del Laboratorio de Biología de Policía Científica también manifestaron que el segundo perfil genético de varón, distinto de Benigno, al que se refieren en la conclusión segunda de su informe, es una mancha en una prenda, que podía aguantar muchísimo tiempo".

No podemos ahora sino refrendar esas conclusiones en tanto nuestra función en casación no nos habilita para sumergirnos en el conjunto de toda la prueba y volver a valorarla de forma plena. Verificado que concurre prueba inequívocamente de cargo y que ha sido valorada de manera racional en la instancia en ponderación que ha reexaminado de forma completa y argumentada el Tribunal de apelación queda colmada nuestra función casacional de preservación de las exigencias de la presunción de inocencia. Un testimonio sin incoherencias internas, sin explicación plausible alternativa a su veracidad y corroborado por otros elementos probatorios (testigos de referencia, lesiones, estado anímico) puede fundar una condena cuando el Tribunal funda en él su certeza más allá de toda duda razonable.

NOVENO.-Recordemos, a modo de colofón, con palabras prestadas de otros precedentes, la doctrina que proclama que una prueba testifical, aunque sea única y aunque emane de la víctima, puede gozar de aptitud para derrotar la presunción de inocencia.

La vieja máxima de raíces judeo-cristianas *testis unus testis nullus* y reproducimos pasajes de sentencias de esta Sala- fue desterrada del moderno proceso penal. Esa premisa no puede degenerar en una relajación del rigor con que debe examinarse la prueba, ni tampoco puede debilitar el *in dubio*. La evolución era fruto de

la inconveniencia de someter la valoración probatoria a rígidos moldes legales diferentes a las máximas de experiencia y reglas de la lógica. Se repudió felizmente el arcaico sistema de prueba legal.

El hecho de que la prueba esencial que soporta una condena venga constituida por el testimonio de la víctima es compatible con la presunción de inocencia. Están superadas épocas en que la ley desdeñaba esa prueba única (*testimoniun unius non valet*), considerándola insuficiente, por imperativo legal (prueba legal negativa) y no por valoración de un Tribunal. Ese cambio de paradigma no constituye una inevitable consecuencia de resignadas concesiones para ahuyentar el temor a la impunidad de ciertos delitos en que habitualmente no se cuenta con más prueba que la palabra de la víctima. Esa realidad no puede ser coartada teórica para degradar la presunción de inocencia. Las razones de la derogación de tal regla radican en la adopción de un sistema de valoración racional de la prueba y no en un inasumible pragmatismo defensorista que obligase a relativizar principios esenciales.

La palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva. Ahora bien, la exigencia de una fundamentación objetivamente racional de la sentencia hace imposible fundar una condena sobre la base de la mera "creencia" en la palabra del testigo, a modo de un acto de fe ciego, de una intuición, o de un "pálpito" bendecido irracionalmente con la invocación a una etérea intermediación, enarbolada como coartada de la orfandad motivadora.

En los casos de "declaración contra declaración" (aunque normalmente no aparecen supuestos en ese estado puro y desnudo, sin otros elementos concomitantes), se exige una valoración de la prueba especialmente profunda respecto de la credibilidad. Cuando una condena se basa, en lo esencial, en una testifical ha de redoblar el esfuerzo de motivación fáctica. Sus exigencias se acrecientan.

No sería de recibo un argumento que basase la procedencia de esa prueba única en el riesgo de impunidad. Esto recordaría los llamados *delicta excepta*, y la máxima: "*In atrocissimis leviores conjecturae sufficiunt, et licet iudici iura transgredi*" (en los casos en que un hecho, si es que hubiera sido cometido, no habría dejado "ninguna prueba", la menor conjetura basta para penar al acusado) contra la cual lanzaron aceradas y justificadas críticas los penalistas de la Ilustración. La aceptación de esa premisa aniquilaría la presunción de inocencia como tal. La Sentencia de la Corte Suprema americana que a finales del siglo XIX, esgrimía, usando por primera vez esa terminología -presunción de inocencia-, -caso *Coffin v. United States*-, evocaba un muy citado suceso tomado del Derecho romano que es elocuente y sigue enseñando al jurista del siglo veintiuno: cuando el acusador se dirigió al Emperador Juliano arguyendo, temeroso de que se desestimase su pretensión, "... *si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?*"; recibió esta sensata réplica: "*Y si fuese suficiente con acusar, ¿qué le sobrevendría a los inocentes?*".

La testifical de la víctima, ciertamente, puede ser prueba suficiente para condenar; pero es imprescindible una motivación fáctica reforzada que vaya mucho más allá de un desnudo "*es creíble*", "*me ha convencido*", "*le creo*".

En ese escenario encaja bien el triple test establecido por la jurisprudencia para valorar la credibilidad del **testigo víctima**-persistencia en sus manifestaciones, elementos corroboradores (verosimilitud), ausencia de motivos de incredulidad diferentes a la propia acción delictiva-. Ese esquema ha sido utilizado como falsilla en la motivación fáctica antes reproducida. No se está definiendo con ello un presupuesto de validez o de utilizabilidad, sino meras orientaciones que, junto a otras, han de ser ponderadas en tanto constituyen herramientas que ayudan a acertar en el juicio. Son puntos de contraste que no se pueden soslayar. Pero eso no significa que cuando se cubran las tres condiciones haya que otorgar "por imperativo legal" crédito al testimonio. Ni, tampoco, que, cuando falte una o varias, la prueba ya no pueda ser valorada y, *ex lege*, por ministerio de la ley (prueba legal negativa) -o de la doctrina legal en este caso-, se considere insuficiente para fundar una condena. Ni lo uno ni lo otro. Es posible no conferir argumentadamente capacidad convictiva a la declaración de una víctima (porque se duda del acierto de su reconocimiento, v.gr.), pese a que ha sido persistente, congruente y coherente; cuenta con elementos periféricos que parecerían apuntalarla; y no se ha identificado ningún motivo espurio que ponga en entredicho su fiabilidad; y, según los casos, también es imaginable una sentencia condenatoria sustentada esencialmente en la única declaración de la víctima, huérfana de elementos corroboradores de cierta calidad, que ha sido fluctuante por ocultar inicialmente datos o por cambios o alteraciones en las diferentes declaraciones; y pese a detectarse animadversión dilatada en el tiempo entre víctima y acusado, siempre que el Tribunal analice cada uno de esos datos y justifique de forma convincente y racionalmente compartible por qué, a pesar de ellos, no tiene dudas sobre la realidad de los hechos y la autoría (aunque no es lo más frecuente, tampoco es insólito encontrar en los repertorios supuestos de este tenor).

In casula motivación fáctica de ambas sentencias, es lógica, congruente y robusta. En casación hemos de respetarla en tanto esa valoración es respetuosa, a su vez, con las exigencias del derecho a la presunción de inocencia.



DÉCIMO.-Con el formato de *anexose* formula lo que en realidad es un último motivo de casación impugnando la individualización que ha realizado la Sala de instancia aplicando la legislación posterior más favorable.

Como reconoce el recurrente no era viable un recurso por infracción de ley del art. 849.1º LECrim, en tanto las penas no son contrarias a la legalidad (si lo son, sería por defecto: se ha olvidado la pena complementaria de prohibición de actividades con menores). Pero aduce que se podría haber impuesto una pena inferior (cuatro años, por ejemplo).

Es verdad. Y también se podría haber impuesto una pena superior (diez o doce años, por ejemplo). Pero la discrecionalidad que concede a la Sala de instancia la Ley para esa tarea no es revisable en casación salvo ausencia de motivación, motivación irracional o contraria a la ley, o imposición de una penalidad no consentida por la legalidad. Nada de ello concurre aquí.

UNDÉCIMO.-La desestimación del recurso obliga a la condena al pago de las costas (art. 901 LECrim).

FALLO

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

1.- Desestimar el recurso de casación interpuesto por Benigno contra Sentencia de Apelación dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Aragón de fecha 26 de junio de 2023, que desestimó el recurso de apelación interpuesto contra la Sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Zaragoza (Sección Sexta) que condenó al recurrente como autor de un delito de agresión sexual.

2.- Imponer a Benigno el **pago de las costas** de este recurso.

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

Notifíquese esta resolución a las partes haciéndoles saber que no cabe recurso e insértese en la colección legislativa.

Así se acuerda y firma.

Andrés Martínez Arrieta Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre

Antonio del Moral García Ángel Luis Hurtado Adrián

Leopoldo Puente Segura