



FACULTAD DE DERECHO

## **LA PRUEBA INDICIARIA:**

Jurisprudencia en casos de delitos  
contra la libertad sexual

Autor: César Yéboles García

5º E-3 D

Derecho Procesal

Tutora: Marta Gisbert Pomata

Madrid

Junio, 2020

## **RESUMEN Y PALABRAS CLAVE**

### **RESUMEN**

En la actualidad, existe un enorme debate sobre la justicia en los procesos penales sobre delitos contra la libertad sexual. Lo dramático de estos delitos, la enorme dificultad de la prueba y la vaguedad de algunos preceptos penales han creado una situación de insatisfacción con la respuesta actual del ordenamiento jurídico.

La prueba indiciaria juega un papel troncal en estos procesos, pues generalmente la falta de pruebas directas hace que aquella sea determinante. La escasa regulación legal de este tipo de pruebas hace que la jurisprudencia cobre especial relevancia en su configuración y delimitación, esenciales para compatibilizarla con la presunción de inocencia.

El trabajo parte de un análisis de la prueba indiciaria para posteriormente realizar un desglose de los principios en conflicto en la problemática de la prueba de los delitos contra la libertad sexual, un planteamiento de las posibles vías para solucionar dicha problemática, y una crítica a las soluciones hasta ahora propuestas.

Palabras clave: prueba indiciaria, presunción de inocencia, libertad sexual, revictimización.

## **ABSTRACT**

Currently there is a big debate about justice in criminal processes regarding crimes against sexual freedom. There is notorious social dissatisfaction with the current legal solution to such crimes due to the gruesome nature of those crimes, the great difficulty of proof and the ambiguity of some legal clauses.

Circumstantial evidence is key in these processes since there is usually very little direct evidence. The scarce regulation of circumstantial evidence makes jurisprudence vital in determining the configuration and extension of such evidence so that it is compatible with presumption of innocence.

This thesis starts with an analysis of circumstantial evidence and continues by breaking down those principles and values in conflict regarding the issue of the proof of crimes against sexual freedom. Furthermore, potential avenues for a solution are presented and a critic of current proposed solutions is elaborated.

Key words: Circumstantial evidence, presumption of innocence, sexual freedom, revictimization.

## ÍNDICE

<b>RESUMEN Y PALABRAS CLAVE</b> .....	<b>2</b>
<b>ÍNDICE</b> .....	<b>4</b>
<b>RELACIÓN DE ABREVIATURAS</b> .....	<b>6</b>
<b>INTRODUCCIÓN</b> .....	<b>7</b>

### **CAPÍTULO I.**

<b>MARCO CONCEPTUAL</b> .....	<b>8</b>
<b>Los delitos contra la libertad sexual</b> .....	<b>8</b>
Taxonomía del Título VIII del Código Penal .....	8
Los delitos de agresiones sexuales.....	9
Los delitos de abusos sexuales .....	11
Otros delitos contra la libertad sexual .....	12
<b>La prueba en el proceso</b> .....	<b>13</b>
Medios de prueba.....	13
Pertinencia de la prueba .....	14
Valoración de la prueba .....	16
La prueba de cargo y de descargo.....	18
La prueba testifical .....	19

### **CAPÍTULO II.**

<b>LA PRUEBA INDICIARIA</b> .....	<b>20</b>
<b>Análisis conceptual de la prueba indiciaria</b> .....	<b>21</b>
Estructura de la prueba indiciaria .....	21
Clasificación de los tipos de indicios.....	24
Figuras relevantes en la prueba indiciaria .....	25
<b>Base jurídica y requisitos de la prueba indiciaria</b> .....	<b>27</b>
Marco legal .....	28
Jurisprudencia constitucional sobre los requisitos de la prueba indiciaria .....	28
Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los requisitos de la prueba indiciaria .....	33
<b>Revisión de la prueba indiciaria en vía de recursos</b> .....	<b>36</b>
Recurso de apelación .....	37
Recurso de casación.....	40
Recurso de amparo .....	44

**CAPÍTULO III.**

<b>LA PRUEBA DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL.....</b>	<b>45</b>
<b>El dilema aparente entre la presunción de inocencia y la revictimización.....</b>	<b>46</b>
La presunción de inocencia .....	46
La revictimización .....	47
La apariencia de dilema .....	48
<b>Prueba de los delitos contra la libertad sexual.....</b>	<b>52</b>
El objeto de la prueba .....	52
La valoración y suficiencia de la prueba: el testimonio de la víctima .....	59
<b>Propuestas y alternativas .....</b>	<b>62</b>
Las presunciones como alternativa a la prueba indiciaria .....	63
La prueba preconstituida.....	67
Crítica al Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual ..	69
<b>CONCLUSIONES .....</b>	<b>74</b>
<b>BIBLIOGRAFÍA .....</b>	<b>76</b>
<b>ANEXO I.....</b>	<b>83</b>

## RELACIÓN DE ABREVIATURAS

<i>Abreviatura</i>	<i>Correspondencia</i>
<i>a priori / a posteriori</i>	Previo / posterior al acontecimiento del hecho
art./arts.	artículo/artículos
<i>ad quem</i>	Al cual, para el cual. Dicho del tribunal concedor del recurso
BOE	Boletín Oficial del Estado
CC	Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil
<i>cfr.</i>	<i>cónfer</i> , compárese
CE	Constitución Española de 1978
CP	Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal
<i>factum</i>	Hechos
FJ	Fundamento jurídico
<i>in dubio pro reo</i>	En caso de duda, a favor del acusado.
<i>infra</i>	Abajo, más adelante
LEC	Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil
LECr	Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal
LOTIC	Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional
<i>nulla poena sine lege</i>	No hay pena sin ley
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
<i>sui generis</i>	Particular, único
<i>supra</i>	Arriba, antes
<i>stricto sensu</i>	En sentido estricto
TC	Tribunal Constitucional
TS	Tribunal Supremo
<i>vid.</i>	Véase

## **INTRODUCCIÓN**

La prueba penal plantea una particular complejidad en dos dimensiones. Por un lado, lo habitual es que el autor trate de dificultar la prueba de los hechos delictivos, haciendo la ya de por sí compleja tarea de conocer ciertamente el pasado más complicada aún. Por otro lado, lo valioso de la libertad de las personas, y por ende lo gravoso del castigo penal, exigen una especial cautela a la hora de dictar sentencia. Así, por la dificultad propia de la prueba y la necesaria exigencia sobre la misma, la prueba penal es una de las aristas más delicadas del ordenamiento jurídico.

Es habitual que se carezca de medios directos de prueba, bien por el ímpetu de ocultación del autor o bien porque el elemento que se debe probar sea subjetivo, es decir, escindido de la realidad empírica. Es en estos casos que la prueba indiciaria cobra especial relevancia, y con dicha relevancia, o, mejor dicho, por causa de ésta, se maximiza la exigencia de rigor en su práctica.

En la actualidad, uno de los ámbitos más delicados a este respecto son los delitos contra la libertad sexual, y en concreto, las agresiones y abusos sexuales. En la actualidad el problema de la prueba de las agresiones y abusos sexuales ha adquirido una enorme trascendencia social y mediática que ha llevado a exigir una solución a este problema, y en muchas ocasiones, a exigir soluciones concretas que desconocen la pluralidad de principios en juego en el mismo.

Este trabajo busca, en primer lugar, exponer la situación actual de la prueba indiciaria en España, sus requisitos y su validez como prueba de cargo. Posteriormente, busca abordar de un modo holístico el problema de la prueba de los delitos contra la libertad sexual, considerando la pluralidad de principios en juego, la evolución jurisprudencial del objeto y medios de prueba más significativos y, finalmente analizando las posibles soluciones a la cuestión, así como la adecuación de las soluciones propuestas por los agentes sociales.

Con todo, el trabajo busca ofrecer el marco del problema y soluciones procesales a una cuestión compleja, multidisciplinar, como son los delitos sexuales, desde una perspectiva estrictamente jurídica que no desconoce la relevancia de todos los valores y principios que se conjugan en tal problema.

## **CAPÍTULO I.**

### **MARCO CONCEPTUAL**

Para abordar adecuadamente la cuestión de la prueba indiciaria y la prueba de los delitos contra la libertad sexual es necesario explorar someramente cuáles son estos delitos y cuáles son las características fundamentales que definen la prueba en el proceso penal.

#### **1. LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**

La Ley Orgánica 3/1989 introducía, entre otros cambios, una reforma que sustituía la rúbrica del Título IX del Código Penal de 1944 de “delitos contra la honestidad” por “delitos contra la libertad sexual”. Atendiendo a la exposición de motivos de dicha Ley, este cambio se producía en reconocimiento del cambio de paradigma respecto al bien jurídico protegido. Define MUÑOZ CONDE el concepto de libertad sexual como “(...) aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo (...)”.<sup>1</sup>

Deja así de protegerse la honestidad, entendida como la virtud del decente, decoroso, recatado o pudoroso, para protegerse la libertad del individuo para decidir autónomamente respecto de sus relaciones sexuales. Se cambia el foco de la “decencia” a la libertad individual.

En la actualizad, la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (en adelante “CP”) protege este bien jurídico en su Título VIII, bajo la rúbrica “Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”.

##### **1.1. Taxonomía del Título VIII del Código Penal**

Una primera distinción crucial es la que atiende al desdoblamiento del bien jurídico protegido en “libertad” e “indemnidad” sexuales recogido en la propia rúbrica del Título. A este respecto, señalan DÍAZ GÓMEZ, A. y PARDO LLUCH, M. J., que:

“Conforme a la doctrina mayoritaria, el Legislador pretende proteger a determinadas personas especialmente vulnerables de engaños y manipulaciones de terceros. Pero dado que estas personas carecerían de la capacidad suficiente para

---

<sup>1</sup> GÓMEZ DE LA TORRE, I. B., GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., “*La reforma penal de 1989*”, Tecnos, Madrid, 1989, p. 269.

autodeterminarse sexualmente, el bien jurídico protegido pasa de ser la «libertad sexual» a la «indemnidad sexual», que a su vez incluye derechos como la dignidad de la persona, el libre desarrollo de la personalidad y la integridad sexual”.<sup>2</sup>

La indemnidad sexual, por tanto, hace referencia al indefectible derecho de quien no puede formar plenamente su voluntad de que se respete su esfera sexual como bien jurídico sustancialmente distinto a la libertad sexual. Concretamente, es el Capítulo II bis de dicho Título el que aborda dicha cuestión.

En lo restante, el propio CP establece una distinción en capítulos de las distintas modalidades que adoptan las agresiones frente a las que se protege la libertad sexual, a saber: la agresión, el abuso, el acoso, el exhibicionismo y la provocación, y los relativos a la prostitución, explotación y corrupción de menores.

### **1.1. Los delitos de agresiones sexuales**

Dice el art. 178 CP que “El que atentare contra la libertad sexual de otra persona, utilizando violencia o intimidación, será castigado como responsable de agresión sexual con la pena de prisión de uno a cinco años”. Se configuran, así como elementos fundamentales del tipo dos, bien pueden tenerse por tres: de una parte, la violencia o intimidación, y de la otra, el atentado contra la libertad sexual, que ciertamente se debe entender desdoblado, al menos conceptualmente, en un acto sexual y la ausencia de consentimiento respecto del mismo.<sup>3</sup>

Respecto a la violencia e intimidación, señala LIÑÁN LAFUENTE que se identifica violencia como “la aplicación de la fuerza física frente a una persona para doblegar su voluntad” e intimidación como “provocar miedo en otra persona mediante el anuncio de un mal”.<sup>4</sup> Reviste por tanto la violencia una naturaleza tangible, física, frente a la intangible, psicológica de la intimidación.

---

<sup>2</sup> DÍAZ GÓMEZ, A. y PARDO LLUCH, M. J., “Delitos sexuales y menores de edad: Una aproximación basada en las personas privadas de libertad en la isla de Gran Canaria”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, art. 11, núm. 19, 2017, p. 7. (disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-11.pdf>, última consulta 18/05/20).

<sup>3</sup> No puede existir un “atentado contra la libertad sexual” en caso de existir consentimiento respecto de las prácticas realizadas, siempre que estén estas en el ámbito de lo disponible para la voluntad de los participantes. Así, prácticas violentas o incluso idóneamente intimidatorias, si están consensuadas, no pueden constituir por sí un atentado contra la libertad sexual. Para mayor abundamiento sobre la prueba del consentimiento en delitos de agresión sexual, *vid infra*.

<sup>4</sup> LIÑÁN LAFUENTE, A., “*Trazos de Derecho penal*”, 2ª edición, 2018, p. 114-115. (disponible en <https://eprints.ucm.es/46155/1/Trazos%20de%20Derecho%20penal.%20Segunda%20edici%C3%B3n.pdf>, última consulta 24/05/20).

La existencia del acto lúbrico es un elemento del tipo estrictamente objetivo: no exige volición sexual o lúbrica del autor. En este sentido lo manifiesta con absoluta claridad la Sala Segunda del Tribunal Supremo (éste último en adelante “TS”) en la sentencia STS 132/2013, al expresar que

“El actor en el hecho probado conoce la acción y la trascendencia de su acción, esto es el significado sexual de su conducta y la violencia en cuyo marco se ejerce. Luego obra con dolo. En el tipo de agresión no se requiere ningún otro elemento o aditamento a ese conocimiento del hecho y voluntariedad en la puesta en peligro concreta de realización del tipo penal”.

Debe concluirse por tanto que la única exigencia a nivel subjetivo del autor es el dolo, y concretamente eventual, pues es suficiente con que el autor acepte la posibilidad de que por la violencia del acto sexual se vulnere la libertad sexual de la víctima, aunque tal vulneración no sea su objetivo.

En cuanto a lo que se considera acto lúbrico, considera LIÑÁN LAFUENTE que:

“(S)on las acciones físicas inequívocamente sexuales que se cometen con la intención de satisfacer un deseo sexual o de afectar a la libertad sexual de otra persona (...), deben implicar el contacto físico con una zona corporal erógena o de contenido sexual (...) No obstante, no es necesario que el contacto se concrete entre el autor y la víctima, también se produce la agresión sexual cuando el sujeto pasivo es obligado, contra su voluntad a establecer contacto sexual con un tercero, o realizar actos de naturaleza sexual consigo mismo.”<sup>5</sup>

El posterior delito de violación del art. 179 establece una cualificación del elemento objetivo: será violación la agresión sexual cuyo elemento objetivo consista en “acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías”.

El art. 180 recoge una serie de agravantes, tanto objetivas (la actuación conjunta de dos agresores) como eminentemente subjetivas (lo particularmente degradante o vejatorio de la agresión).

---

<sup>5</sup> LIÑÁN LAFUENTE *cit.* p. 116.

## **1.2. El delito de abuso sexual**

El delito de abuso sexual se recoge en los artículos 181 y 182 CP, siendo el primero el tipo general y el segundo el caso especial para víctimas de entre 16 y 18 años. Reza el art. 181.1., tipo básico del delito, que “El que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que atenten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual”. Se presentan, por ende, dos elementos básicos que probar: la existencia de un acto lúbrico y la ausencia de consentimiento, además de la ausencia de violencia o intimidación.

El acto lúbrico no plantea peculiaridades distintas a las ya señaladas para el caso de la agresión sexual.

Por su parte, la ausencia de violencia o intimidación opera más como elemento negativo vertebrador de la subsidiariedad del tipo respecto a la agresión que como un elemento propiamente dicho: no señala un elemento que haya de probarse, sino que en caso de probarse impediría la aplicación del tipo de abusos, pues se aplicaría el de agresión. Tiene por tanto una naturaleza más aclaratoria que sustancial.

### *1.2.1. Particularidades del consentimiento en el delito de abuso sexual*

La noción del consentimiento ha sido causa y epicentro de abundante controversia en los últimos años. Esta controversia se suscita por la discusión sobre la exigibilidad de una manifestación contraria al consentimiento por parte de la víctima para los casos en que no se presume la ausencia de consentimiento.

Un análisis pausado de esta cuestión exige responder a la siguiente cuestión: ¿Es la manifestación de la ausencia de consentimiento un requisito desprendido directamente del tipo penal? Es decir, ¿pretende el CP castigar exclusivamente a quienes practiquen un acto lúbrico contra la manifestación de la voluntad de no practicarlo de la otra persona implicada o, por el contrario, el código pretende castigar a todos aquellos que practiquen un acto lúbrico sin el consentimiento de la otra persona y la exigencia de manifestar su ausencia no es un requisito propio del tipo sino resultado de ponderar éste con la seguridad jurídica que exige el reconocimiento de la dificultad que entraña que el autor desconozca el estado mental de la víctima? O, de nuevo, dicho con otras palabras: ¿es el consentimiento la voluntad, deseante o tolerante, de que algo suceda; o es la expresión de esta voluntad?

A mi juicio parece más razonable la segunda opción: el consentimiento es un elemento subjetivo del tipo que, por no encontrarse en la psique del autor y en aras de la seguridad jurídica, se requiere sea objetivado. Es frecuente en el ordenamiento jurídico la distinción entre el consentimiento y la manifestación del mismo, siendo los efectos concretos que se desprenden de las ocasiones en que estas no coincidan irrelevantes para la cuestión de qué es la voluntad.<sup>6</sup>

El Código Penal parece subsumir en abusos sexuales aquellos casos en que no hay posibilidad de prestar consentimiento, bien por falta de oportunidad, en el caso de los abusos sorprendidos; bien por falta de capacidad para ello como consecuencia de incapacidad biológica, como recoge el apartado segundo del art. 181, en los casos de personas que “(...) se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, así como los que se cometan anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos (...)”, o con una causa psicológica, como recoge el apartado 3 del mismo artículo al referirse al prevalimiento de situación de superioridad.

No parece, sin embargo, dar una respuesta clara al caso de que, pudiendo manifestarse la ausencia de consentimiento y sin que medie violencia o intimidación, no se manifieste; o dicho de otro modo: cuándo existe consentimiento tácito y que validez debe tener éste. Para mayor abundamiento sobre la prueba del consentimiento, *vid. infra* Capítulo III apartado 2.1.4.

### **1.3. Otros delitos contra la libertad sexual.**

En el título VIII del CP se pueden encontrar otros delitos contra la libertad sexual, desde el acoso sexual en el ámbito de la relación laboral hasta la explotación sexual de menores. Si bien relevantes, la amplísima casuística y la sutileza exigida para el coherente análisis de cada uno de ellos hace inabarcable el análisis de todos en el presente trabajo.

Es por ello que, en aras de mayor profundidad y sustancia en el análisis realizado en este trabajo, dicho análisis se centra en las cuestiones de mayor enjundia y relevancia actual, identificadas tales como las relativas a los delitos abordados en los apartados anteriores.

---

<sup>6</sup> Considérese, a título ejemplificativo, el fenómeno civil de la simulación.

## 2. LA PRUEBA EN EL PROCESO

PUERTA, magistrado emérito del Tribunal Supremo, define la prueba como “la actividad procesal que tiene por objeto conseguir la convicción del juzgador sobre la realidad de los hechos en que se fundamentan las pretensiones de las partes a las que aquél debe dar una respuesta fundada en Derecho”.<sup>7</sup> La práctica de la prueba debe ser el instrumento que permita al juzgador aproximar la verdad procesal a la verdad real, moldear esta primera tal que sea fiel reflejo de la segunda para que cuándo recaiga sobre ella la valoración jurídica de lo acontecido lo haga justamente.

Esto cobra una dimensión especialmente trascendente en aquellas áreas del Derecho que no son dispositivas, pues su imperatividad impide que se considere como verdad aquello que las partes acuerden tener por verdad sólo por su propia voluntad de que sea tal. Es esta enfática obligación de hallar la verdad real la que redobla la relevancia de la actividad probatoria, pues el legislador ha considerado que lo crucial de lo juzgado y lo gravoso del potencial resultado hacen que el proceso trascienda la voluntad de los implicados.

### **2.1. Medios de prueba**

En materia civil, el artículo 1.215 del Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (en adelante “CC”) recogía que “Las pruebas pueden hacerse: por instrumentos, por confesión, por inspección personal del Juez, por peritos, por testigos y por presunciones”. Este precepto fue derogado con la publicación de la Ley 1/2000, de 7 de enero de Enjuiciamiento Civil (en adelante “LEC”), recogiendo en su artículo 299 apartado primero que:

“Los medios de prueba de que se podrá hacer uso en juicio son:

- 1.º Interrogatorio de las partes.
- 2.º Documentos públicos.
- 3.º Documentos privados.
- 4.º Dictamen de peritos.

---

<sup>7</sup> PUERTA, L. R., “*La prueba en el proceso penal*”, Aldaba: revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla, 1995, págs. 47-80.

5.º Reconocimiento judicial.

6.º Interrogatorio de testigos.”

Señala PUERTA que, en materia penal, no existe una sistemática análoga a la anterior en el Código Penal o en el Real Decreto de 14 de septiembre de 1882, aprobatorio de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (en adelante “LECr”). Existe, sin embargo, un conjunto de referencias a lo largo de la LECr que señalan distintos medios de prueba:<sup>8</sup>

- a) Declaración del acusado.
- b) Prueba testifical.
- c) Careo.
- d) Prueba pericial.
- e) Prueba documental.
- f) Inspección ocular.

Y como una prueba especial, la prueba por indicios o prueba indiciaria, que se analizará en profundidad *infra vid.* Capítulo II.

## **2.2. Pertinencia de la prueba**

No debe interpretarse, sin embargo, la lista anterior como una lista exhaustiva o *numerus clausus* de medios de prueba. Dice la sentencia N° 8462/2006, Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, Sección 1, de 27 de diciembre de 2006 a respecto de la pertinencia de los medios de prueba:

“Si llamamos medios de prueba a las distintas vías por las que en abstracto se puede alcanzar la verdad material o la evidencia; fuente de prueba a aquellos medios que en abstracto se utilizan en un proceso (tal testigo, perito o documento); y prueba o elemento probatorio al acto capaz de dar lugar a un juicio de certeza o destruirlo, declaración concreta de un testigo (o dictamen de un perito o contenido del documento), esto es, aquello de lo declarado que se estime convincente, con fundamento, y sirva para integrar el hecho probado o bien como base de una ulterior inferencia, podemos entender que los medios de prueba, por su carácter genérico, no son susceptibles de clasificación ni por su origen ni por su resultado, que las fuentes de prueba pueden calificarse por su origen, entendido como iniciativa, a propuesta de

---

<sup>8</sup> PUERTA *cit.* págs 54-55.

la acusación, de la defensa, por decisión judicial, pero no por su resultado —el testigo propuesto por la defensa hace declaraciones que no le favorezcan-; y en fin, que las pruebas pueden calificarse por su resultado, cualquiera que sea su origen, y así serán pruebas de defensa las que sean de descargo y de acusación las que lo sean de cargo; esto es, hay que distinguir pruebas de la defensa (o de la acusación) de prueba de defensa o descargo (o prueba acusatoria o incriminatoria). Por ello la prueba de defensa puede ser aportada o no a la defensa y lo mismo puede suceder con la prueba de cargo. Siendo así el principio de libre valoración de la prueba recogido en el artículo 741 de la Ley de enjuiciamiento criminal supone que los distintos elementos de prueba puedan ser ponderados libremente por el Tribunal de instancia, a quien corresponde, en consecuencia, valorar su significado y trascendencia en orden a la fundamentación del fallo contenido en la sentencia, con independencia de que parte, acusación o defensa, sea la que los haya aportado”

De este modo lo relevante no es la forma exacta en que se acerque la verdad real al juzgador, sino que esto suceda, pudiendo el juez denegar la práctica de aquellas pruebas que no fuesen capaces de cumplir este cometido. Esta denegación de la prueba, la no realización de un acto que potencialmente podría haber acercado la verdad procesal a lo que una parte considera la verdad real, puede ser una fuente de indefensión que origine una diferencia entre la verdad procesal y la verdad real que perjudique a la persona cuya proposición de prueba se ha denegado.

Sin embargo, la práctica indiscriminada de todas las pruebas propuestas conduciría indefectiblemente a la perpetuación ad nauseam de los procesos. No se puede obviar que la justicia sólo puede ser justa si llega a tiempo, por lo que en el binomio economía procesal-seguridad jurídica no puede adoptarse ninguno de los dos extremos. El punto medio, virtuoso, para este dilema debe determinarlo el juez, aceptando la práctica de aquellas pruebas que desvelen la realidad de lo acontecido y rechazando aquellas orientadas a desvelar lo ya desvelado o a no desvelar nada en absoluto. En este sentido se manifiesta el Tribunal Supremo en la Sentencia 3233/2015, de 10 de julio, en referencia a cuándo la denegación de la prueba:

“(…) para que una denegación de prueba adquiriera relevancia constitucional infringiendo el derecho a la defensa que consagra el artículo 24 de la Constitución Española, que pueda operar en el campo de la legalidad ordinaria es preciso que se haya traducido en una efectiva indefensión material en el sentido de que la parte

afectada quede privada de la posibilidad de justificar sus derechos e intereses para que le sean reconocidos o replicar las posiciones contrarias en el ejercicio del principio de contradicción (...). Se exige, por consiguiente, que la prueba sea decisiva en términos de defensa, lo que sólo sucede en el caso de que, de haber sido tomada en consideración, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta con efecto favorable para quien denuncia infracción de derecho fundamental.”

### **2.3. Valoración de la prueba**

Define BONET NAVARRO la valoración de la prueba como “(...) la operación intelectual realizada por el juez con la que determinará la eficacia de los medios de prueba practicados para la fijación de los datos fácticos”.<sup>9</sup> Es la operación por la que la práctica de la prueba cristaliza el convencimiento del juez respecto a los hechos que tiene por ciertos.

Para MONTERO AROCA, la clave de la valoración de la prueba son las máximas de la experiencia, entendidas como lo hacía Friederich Stein:

“(Las máximas de la experiencia) son definiciones o juicios hipotéticos de contenido general, desligadas de los hechos concretos que se juzgan en el proceso, procedentes de la experiencia, pero independientes de los casos particulares de cuya observación se han deducido y que, por encima de esos casos, pretenden tener validez para otros nuevos”.<sup>10</sup>

Las máximas de la experiencia son, por ende, abstracciones en sentido propio, no sólo porque proceden del esfuerzo intelectual por desligar lo general de lo particular, sino porque se enfocan específicamente sobre las normas de lo que constituye lo general.

Existen algunos supuestos en que la ley establece el valor que ha de otorgarse a la prueba de modo taxativo. Es la llamada prueba legal, que señala BONET NAVARRO “prescinde del convencimiento del juzgador” en una suerte de automatismo legal, que para MONTERO AROCA significa que el legislador está cuáles son, en concreto, las máximas de la experiencia que se debe aplicar al caso. El ejemplo paradigmático de este régimen es la prueba documental, y en concreto, la realizada sobre documentos públicos, si bien el mismo autor considera que hay “alguna particularidad en la prueba de

---

<sup>9</sup> BONET NAVARRO, J., “*Litigación y teoría de la prueba*”, Tecnos, Madrid, 2019. Pág. 237.

<sup>10</sup> MONTERO AROCA, J., “*Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)*”, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 7, 2000. Pág. 37.

declaración de parte y hasta incluso en la de reconocimiento judicial”.<sup>11</sup> Este sistema es ínfimamente relevante en el proceso penal.

La valoración de la prueba, de acuerdo con el ya mencionado art. 741 LECr, debe valorar las pruebas de cargo y descargo practicadas “según su conciencia”, precepto que se repite en el art. 973 de la misma Ley para el caso de los delitos leves. Sin embargo, no puede tenerse esto como un llamamiento a la arbitrariedad, sino como un reconocimiento de la necesidad de que el juez de aprecie la casuística de un modo específico. Significa confiar en que las decisiones de un juez según su buen criterio acercan el proceso a la justicia más que una aséptica y universal abstracción grabada en ley.

Los artículos 9.3, 24.1 y 117.1 de la Constitución Española de 1978 (en adelante “CE”) establecen la interdicción de la arbitrariedad, el derecho fundamental a la defensa y el exclusivo sometimiento de los Tribunales a la Ley como límites materiales de esta capacidad valorativa. El artículo 120.3 CE instrumenta el cumplimiento de estas obligaciones mediante la obligatoriedad de la motivación de las sentencias, que opera como límite específico a la actuación judicial en general y a la valoración de la prueba en concreto. En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante “STC”) 55/1987, de 13 de mayo, señala que:

“Los términos en que se encuentra concebido el art. 24 de la Constitución han de entenderse integrados, en este sentido, con lo que dispone el art. 120 de la propia Constitución que exige la motivación de las Sentencias (...). Los fundamentos de la Sentencia se deben dirigir, también, a lograr el convencimiento, no sólo del acusado, sino también de las otras partes del proceso, respecto de la corrección y justicia de la decisión judicial sobre los derechos de un ciudadano. En este sentido deben mostrar el esfuerzo del Tribunal por lograr una aplicación del Derecho vigente libre de toda arbitrariedad. Por otra parte, la motivación de la Sentencia es una exigencia sin la cual -como es generalmente reconocido- se privaría, en la práctica, a la parte afectada por aquélla del ejercicio efectivo de los recursos que le pueda otorgar el ordenamiento jurídico. Sólo si la Sentencia está motivada es posible a los Tribunales que deban entender en el trámite de algún recurso, controlar la correcta aplicación del Derecho”.

---

<sup>11</sup> BONET NAVARRO *cit.* Pág. 240.

## **2.4. La prueba de cargo y de descargo**

El objetivo fundamental de la prueba, como se ha señalado, es el convencimiento del juez sobre cuál es la realidad fáctica. Según dicha realidad, una vez probada, conduzca a la conclusión sobre la culpabilidad o inocencia del acusado será prueba de cargo o de descargo, respectivamente. Así, es prueba de cargo aquella orientada a enervar, destruir la presunción de inocencia del acusado y de descargo aquella orientada a reforzarla.

No toda prueba de cargo es suficiente para enervar la presunción de inocencia. Se habla, por tanto, de la suficiencia de la prueba de cargo como el criterio de medición de la intensidad de la carga probatoria de la acusación. A este respecto, la STS 1899/2017, de 12 de mayo, en su FJ 1º señala que “ (...) la prueba (de cargo) es bastante cuando su contenido es netamente incriminatorio”, es decir, la prueba de cargo es suficiente cuando convence al tribunal de la culpabilidad del acusado, o en otras palabras, cuando enerva la presunción de inocencia.

En la determinación de este extremo es clara la STS 1564/2017, de 7 de abril, que en su FJ 3º plantea dos criterios, negativos o de exclusión, para determinar si efectivamente la prueba de cargo fue suficiente para superar la presunción de inocencia.

Primero, “que la sentencia condenatoria no parte del vacío probatorio”. Entendiendo por tal la ausencia de pruebas para la fijación de los hechos que por identificarse con los elementos del tipo penal lleven a la conclusión de la culpabilidad del acusado. La dimensión o sustancia de estas pruebas la viene matizando el TS según el caso, buscando un equilibrio entre reconocer que la escasez habitual de pruebas en el proceso penal no puede ser obstativa para la impartición de justicia y que la presunción de inocencia exige un mínimo material de entidad a las pruebas que la enerven.

Segundo, y ofreciendo un equilibrio material al problema anterior, el TS en la misma sentencia exige “la inexistencia de alternativas, a la hipótesis que justificó la condena, susceptibles de ser calificadas como razonables”. Es la concreción más clara posible del fundamental principio de *in dubio pro reo*, la exigencia de que ante alternativas de similar plausibilidad no es aceptable que el tribunal se decante arbitrariamente por aquella que resulta condenatoria.

Esto no significa que el Tribunal deba ser radicalmente exhaustivo en el estudio y consideración de cada una de las afirmaciones que en su propia defensa vierta el acusado,

pues esto plantearía el riesgo de causar una dilación y coste inasumibles en el proceso, sino de valorar adecuadamente lo que éste alegue para poder concluir sensatamente que no había alternativa razonable.<sup>12</sup>

## **2.5. La prueba testifical**

Sin ser el objeto de este apartado segundo del presente capítulo el análisis pormenorizado de los medios de prueba resulta relevante destacar las notas más relevantes de la prueba de testigos o prueba testifical por su especial relevancia para el proceso penal.

El TS define al testigo como “persona física dotada de capacidad de percepción y de dar razón a tal percepción”<sup>13</sup>. La LECr recoge la posibilidad de utilizar la declaración de los testigos como herramienta para la averiguación de la verdad en su Libro II, Título V, Capítulo V, bajo la rúbrica “De las declaraciones de los testigos”. El art. 410 establece la obligación general de concurrir y declarar de aquellos que residan en territorio español y sean llamados a declarar. Esta obligación es doble, como se ha señalado: por un lado acudir presencialmente ante el tribunal cuando se le convoque, y por el otro a responder a aquellas cuestiones que se planteen con la verdad.

Posteriormente matiza la LECr esta obligación. Así, el art. 411 establece que no estarán sujetos a la obligación ni de concurrir ni de declarar “(...) el Rey, la Reina, sus respectivos consortes, el Príncipe heredero y los Regentes del Reino” ni “(...) los Agentes Diplomáticos acreditados en España”. Este precepto en esencia niega la posible condición de testigo de estas personas a estas personas por su particular condición de representación estatal. El art. 412 dispensa la obligación de concurrir, pero no de declarar, a un catálogo de personas por razón del cargo que desempeñan.

Resulta más interesante la dispensa de la obligación de declarar (si bien no de concurrir) de la familia más cercana del acusado y de aquellas personas que desempeñen determinadas profesiones por las que conozcan información sensible. Al primer grupo se le exime de la obligación de declarar como un reconocimiento doble de la lealtad: primero, reconociendo el valor que esta tiene como principio en las relaciones que nuestro ordenamiento reconoce como más estrechas; y segundo, siendo consciente de que la mayoría de las personas tiene más amor por su familia inmediata que miedo a la ley, y

---

<sup>12</sup> En este sentido, STS 258/2010, de 12 de marzo, FJ 2º o STS 540/2010, de 8 de junio, entre otras.

<sup>13</sup> STS 775/1992, de 6 de abril.

esta obligación tendría poca eficiencia como herramienta de justicia. Sin la dispensa, muchos mentirían para proteger a sus seres queridos, y sin la dispensa, los testigos que se sienten moralmente obligados pueden seguir declarando contra el acusado, por lo que la incidencia sólo es material en aquellos que, sin querer o sentirse moralmente obligados a ello, declararían diciendo verdad porque así lo impone la ley mediante una sanción.

En cuanto a la valoración de la prueba testifical, se puede estar lo genéricamente indicado *supra* a tal efecto, siendo relevante señalar que el TS ha sentado reiterada jurisprudencia señalando los criterios básicos, si bien no imprescindibles, para que el testimonio desvirtúe la presunción de inocencia: Ausencia de incredibilidad subjetiva, verosimilitud del testimonio y persistencia en la incriminación.<sup>14</sup> Esta cuestión se desarrolla en mayor profundidad en el Capítulo III apartado 2.2, concretado sobre la valoración del testimonio de la víctima.

## **CAPÍTULO II.**

### **LA PRUEBA INDICIARIA**

Existen hechos que tienen una relación factual directa con la prueba practicada. Si, por ejemplo, se desea probar la existencia de un muro en una finca, bastará con la inspección ocular del juez, que al observar el muro puede concluir que existe.

Existen otros elementos cuya prueba no puede realizarse de manera directa, por ejemplo, la intención de una persona al llevarse el abrigo de otra. Dado que la intención no tiene una manifestación corpórea inmediata, no es posible percibirla directamente.

Para resolver esta dificultad aparece la llamada prueba indirecta como contraposición a la directa. BENTHAM Y DUMONT<sup>15</sup> distinguen como prueba directa la que se refiere inmediatamente al crimen perseguido e indirecta a aquella que referida a elementos conexos, circunstanciales, accesorios a dicho crimen y que permiten que surja una presunción sustanciada sobre éste.

---

<sup>14</sup> STS 3801/1988, de 20 de noviembre o STS 1266/2005, de 24 de octubre, entre otras.

<sup>15</sup> BENTHAM, J., Y DUMONT, E., *“Tratado de las pruebas judiciales”*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2020. Pág. 31.

Posteriormente surgió cierta discusión con aportaciones doctrinales como *cfr.* CARNELUTTI<sup>16</sup> o CORTÉS DOMÍNGUEZ y MORENO CATENA<sup>17</sup> en que se aduce como prueba directa exclusivamente el reconocimiento judicial por ser la única en cuya práctica existe absoluta inmediatez entre la observación y la conclusión. Esta concepción se ha superado en favor de la defendida por autores como CLARIA OLMEDO<sup>18</sup> (1998, p. 26), que defienden como prueba indirecta aquella cuya práctica tiene por objeto un indicio, definido éste como el hecho, objeto o circunstancia a partir del cual se puede llegar a una conclusión sobre otro hecho por medio de la argumentación racional; y *a contrario sensu*, es prueba directa aquella cuya práctica tiene por objeto lo que se desea probar.

Los elementos subjetivos del tipo penal, por su propia naturaleza, carecen de posible prueba directa, por lo que siempre deben probarse mediante prueba indirecta o indiciaria. Esto no significa que la prueba indiciaria sólo pueda aplicarse a elementos subjetivos. De hecho, es común que elementos objetivos se prueben mediante prueba indiciaria por la particular complicación que presenta hallar certidumbre mediante prueba directa cuando los autores acostumbran a esforzarse por dificultar ésta.

De esta doble condición, necesaria para los elementos subjetivos y habitual para los objetivos, deviene la extraordinaria relevancia de la prueba indirecta en el proceso penal.

## 1. ANÁLISIS CONCEPTUAL DE LA PRUEBA INDICIARIA

Se denomina prueba indiciaria aquella que parte de probar un hecho, el indicio, de acuerdo con los criterios generales de la prueba directa y a partir de este hecho probado indiciante y mediante el uso de la razón y las normas de la lógica se trata de constatar un hecho del que no se tiene conocimiento directo, que generalmente coincide con el supuesto fáctico de la ley (si bien estrictamente no tiene por qué ser así).

### 1.1. Estructura de la prueba indiciaria

---

<sup>16</sup> CARNELUTTI, F. *“La prueba civil”*. Ediciones Jurídicas Olenjnik, Santiago de Chile, 2018.

<sup>17</sup> CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Y MORENO CATENA, V., *“Derecho Procesal Civil. Parte Especial”*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

<sup>18</sup> CLARIA OLMEDO, J. A., *“Derecho Procesal Penal”*, Rubinzal-Culzoni Editoriales, 1998. Pág. 26.

La estructura de la prueba indiciaria propuesta por CORDÓN AGUILAR<sup>19</sup> señala como características de dicha prueba tres notas esenciales:

- a) El indicio, hecho indiciante o hecho base.
- b) La afirmación presumida, hecho indiciado o hecho consecuencia.
- c) El enlace o nexo de los elementos anteriores, que se construye a partir de las máximas de la experiencia y el razonamiento lógico.

Construye así la estructura para reflejar los elementos que identifica como propios del razonamiento humano: punto de partida, enlace y punto de llegada.

Otra parte de la doctrina plantea una clasificación que formalmente ocupa los mismos elementos, pero plantea una concepción ontológica distinta de la idea. Por ejemplo, para BUESO SÁNCHEZ la prueba de indicios se constituye a partir de un silogismo que consta de tres partes:<sup>20</sup>

- a) Premisa mayor: se identifica con las máximas de la experiencia. Su noción de “mayor” se debe a su vocación general, abstracta, universalista. Pretende ser una regla natural que, a partir del conocimiento concreto abstraído, se pueda aplicar a otros hechos concretos nuevos.
- b) Premisa menor: se identifica con los indicios, hechos probados que dan sustento, anclaje fáctico a la premisa mayor.
- c) Conclusión: es el resultado de aplicar lógicamente la premisa mayor a la menor, es decir, de deducir de lo abstracto, del axioma de la experiencia, la consecuencia de que exista otro elemento concreto, los indicios. Se identifica por tanto con el hecho indiciado.

Sin embargo, algunos autores cuestionan la necesidad de la premisa mayor o nexo lógico, al menos entendida tal como un proceso discursivo de argumentación, e incluso

---

<sup>19</sup> CORDÓN AGUILAR, J. C., “Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal”, Universidad de Salamanca, 2012. Págs. 118 y ss.

<sup>20</sup> BUESO SÁNCHEZ, M. P., “De las presunciones e indicios”, Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura. 2002. Págs. 452 y 453.

critican la noción de que la naturaleza de la prueba sea silogística. En este sentido, LÓPEZ MORENO realiza una mordaz crítica:<sup>21</sup>

“(…) cuarenta testigos presentes a la comisión de un delito, manifiestan al Juez las circunstancias del hecho y quién es el delincuente. ¿Qué necesidad tiene el Juez para adquirir certeza de lo que aquellos testigos honrados unánimemente deponen; ¿qué necesidad tiene, decimos, de recurrir a la función instrumental de la percepción interna? (...). Estamos seguros de que hay sinnúmero de hombres que no han reflexionado, en el sentido filosófico de la palabra, ni una sola vez en toda su vida; que no han discurrido jamás, y, sin embargo, se hallan tan ciertos de infinidad de verdades como el más sesudo pensador.”

La tesis es clara: la convicción no siempre viene de la mano de la lógica aristotélica, pausada reflexión introspectiva. Resulta crucial considerar dos aspectos que derivan necesariamente de esta cuestión.

Por un lado, se extrae la noción de que no se debe sobrestimar la función de la lógica, al menos no entendida como lógica formal. Es así que la máxima de la experiencia, ese cáliz de saber que forma el axioma del que se deriva la conclusión, no exige una formalidad aristotélica para ser cierta en la orientación de la convicción del juzgador. Es común, y no necesariamente equivocado, el pequeño salto de fe consustancial al “saber común”, esa conclusión del razonamiento informal que, sin embargo, como las verdades del barquero, no por ser menos “científica” es menos cierta. LOPEZ MORENO así nos señala la insensatez del absolutismo científico, cuando jocosamente señala que<sup>22</sup>

“Si la certeza dependiera de la reflexión o del raciocinio, á fe que la mayor parte, si no todos los hombres, serian escépticos, viniendo en fuerza de discurrir y raciocinar a tener dudas hasta de su propia existencia. Precisamente por ese camino es por donde muchos han llegado a dudar de toda realidad.”

Por otro lado, puede interpretarse también como un signo de cautela ante la facilidad con que la intuición puede quebrar el saber, lo aparente superponerse al ser, abocando la conclusión a la equivocación.

---

<sup>21</sup> LÓPEZ MORENO, S., “La prueba de indicios”, Imprenta de Aurelio J. Alaira, Madrid, 1879. Pág. 41.

<sup>22</sup> LÓPEZ MORENO *cit.* Pág. 42.

Aunque superficialmente contradictorias, estas interpretaciones ciertamente ofrecen una idea del problema subyacente: la lógica formal debe aplicarse con la moderación que exige la sensatez, evitando rizar el rizo con discurrecimientos inconcluyentes, pero asegurándose el juez de que no se abandona a la intuición en detrimento de la justicia.

## **1.2. Clasificación de los tipos de indicios**

Una relación, seleccionada por la exhaustividad conceptual de la misma, de las distintas formas en que pueden clasificarse sistemáticamente los indicios es la siguiente.<sup>23</sup>

### *1.2.1. Respecto al momento de comisión del delito*

Según sucedan antes, durante o después de la comisión del delito, se considerarán los indicios antecedentes, concomitantes o subsiguientes respectivamente. Por ejemplo: correos electrónicos amenazadores anteriores a una agresión serían indicios antecedentes, la grabación del supuesto agresor cerca del lugar de la agresión inmediatamente después de la misma sería un indicio concomitante y darse a la fuga cuando se le acerque la policía al día siguiente un indicio subsiguiente.

### *1.2.2. Con relación al objeto al que se refieren*

El indicio puede ser general, cuando pueda darse en cualquier delito sin particularidades; o particular, cuando sea propio de distintos delitos o clases de delitos específicos. Así, darse a la fuga es un indicio general y tener magulladuras en los puños un indicio particular.

### *1.2.3. Atendiendo a sus efectos*

Serán indicios de culpabilidad, de cargo o simplemente indicios aquellos hechos que favorezcan la presunción del acto delictivo, es decir, aquellos orientados a la culpabilidad del acusado. Inversamente, serán indicios de inocencia, de descargo o contraindicios aquellos que promuevan la inocencia del acusado y/o desacrediten los indicios de cargo. Los ejemplos anteriormente mencionados serían indicios de cargo y la ausencia de magulladuras en las manos de alguien acusado de golpear con los puños fuerte y repetidamente a otro será un contraindicio.

---

<sup>23</sup> Cfr. PELÁEZ VARGAS, G., “*Indicios y presunciones*”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, núm 48. Págs. 56-58.

#### *1.2.4. En virtud de la intensidad de la relación con el delito*

Distingue el autor entre indicios próximos, aquellos fuerte e inmediatamente conexos al delito; y remotos, aquellos cuya relación es indirecta o menos intensa. Las magulladuras en los puños serían un indicio próximo de haber golpeado a alguien y darse a la fuga un indicio remoto. Es mi opinión que, si bien ciertamente los criterios son distintos, esta clasificación es en la práctica muy similar a la clasificación en relación con el objeto al que se refieren expuesta *supra*. Cuanto más específica sea la relación con el objeto, generalmente, más intensa será y viceversa.

#### *1.2.5. Por razón de su procedencia*

Señala el autor como indicios reales o materiales aquellos que “están constituidos por rastro, huella, vestigio o cualquiera otra circunstancia material indicadora de la comisión del delito o de su autor”. E inversamente los personales aquellos que atienden a la moral y la personalidad del acusado. Las magulladuras en los puños serían un indicio material y la actitud agresiva del acusado en su vida cotidiana un indicio personal.

#### *1.2.6. Por su relevancia*

El Peláez Vargas incluye una última clasificación en función de la relevancia de los indicios, definida ésta como la fuerza con que los indicios sustentan la presunción, en una sección aparte por la relevancia que tiene para el ordenamiento jurídico colombiano. Dado el contexto de este trabajo y la libertad de valoración de la prueba no resulta necesaria esta escisión.

El reconoce cuatro niveles de relevancia en los indicios: necesarios, graves, leves y levísimos. Necesarios son aquellos que presentan una relación de necesidad entre el hecho indiciante y el indiciado: la presencia del uno exige necesariamente la presencia del otro, sin posible fallo o alternativa. Si parió es que estuvo embarazada. A partir de este punto, el autor describe una gradación descendente de intensidad: indicio grave aporta mucha certeza, leve probabilidad y levísimo mera posibilidad.

### **1.3. Figuras relevantes en la prueba indiciaria**

#### *1.3.1. Los contraindicios falsos*

Ya se ha definido *supra vid.* 1.3.3 lo que es un indicio y un contraindicio. La discusión surge sobre el valor que debe otorgársele a los contraindicios falsos. Algunos autores como Revilla González aducen que la falsedad de los contraindicios no puede tenerse

como un indicio de culpabilidad, pues el artículo 387 LECr exime al procesado del juramento de decir verdad *cf.* REVILLA GONZÁLEZ.<sup>24</sup> En este sentido se manifiesta también el TC en la STC 175/1985, de 17 de diciembre al señalar en su fundamento jurídico sexto que la presunción de inocencia significa que la carga de la prueba de demostrar la culpabilidad recae en la parte acusadora, no en el acusado, y que “incluso el hecho de que su versión de lo ocurrido no sea convincente o resulte contradicha por la prueba no debe servir para considerarlo culpable”.

Sin embargo, el propio TC ha manifestado criterios cobradictorios a este respecto. La STC 220/1998, de 16 de noviembre, señala en su fundamento jurídico séptimo apartado sexto que “la futilidad del relato alternativo que sostiene el acusado y que supone su inocencia, puede servir acaso para corroborar su culpabilidad, pero no para sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes”, posición posteriormente reiterada en la STC 55/2005, de 14 de marzo, entre otras. En este mismo sentido se ha manifestado el TS en la STS de 27 de diciembre, en cuyo fundamento jurídico segundo señala el Tribunal que:

“(…) los denominados «contraindicios» pueden cobrar singular relieve si se demuestran falsos o inexistentes, insistiendo en que la versión de los hechos que proporcione el acusado, cuando se le enfrenta con determinados indicios suficientemente acreditados y significativos, habrá de ser examinada cuidadosamente, toda vez que explicaciones no convincentes o contradictorias aunque por sí solas no sean suficientes para declarar culpables a quien las profiera, sí pueden ser un dato más a tener en cuenta en la indagación racional y rigurosa de los hechos ocurridos y personas que en ellos han intervenido”

Esta posición ha sido reiterada, por ejemplo, en la STS 5272/2009, de 16 de julio, entre otras.

Es mi opinión, coincidente en lo esencial con la manifestada por el TS pero con relevantes matices, que si bien debe tenerse en cuenta la falsedad del testimonio, no debe tenerse como un indicio sustantivo de cargo. Considero que la forma adecuada de entender la situación es considerar la falsedad del contraindicio como un indicio en sí mismo que de cuenta de la deshonestidad del acusado, debilitando la credibilidad del resto de contraindicios que se sustenten en la palabra del acusado. Sin embargo, resulta a mi

---

<sup>24</sup> REVILLA GONZÁLEZ, J. A, “*El interrogatorio del imputado*” Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000. Págs 62-62.

juicio falazmente apresurado el razonamiento “si miente es que es culpable”. Pueden existir innumerables razones por las que el acusado haya mentido no teniendo deber de decir verdad y resulta brusco asumir que la deshonestidad es un indicio de la criminalidad. En todo caso, podría considerarse como un indicio levísimo: una de las posibles causas de que haya mentido es que sea culpable, pero no puede afirmarse que de la mentira se desprenda una especial plausibilidad de esta posibilidad.

### *1.3.2. Sospecha y conjetura*

Afirma PELÁEZ VARGAS que “el indicio y la sospecha parten ambos de un hecho indicador; en el indicio tal hecho está plenamente probado (...); en cambio, la sospecha carece de tal demostración, se funda en suposición, conjetura, apariencia”.<sup>25</sup> En éstos términos, cabe definir sospecha como aquel potencial indicio que no se ha probado y por ende no puede tenerse como prueba de ninguna clase.

Así, la potencial conclusión a que se pudiese llegar empleando la lógica sobre los hechos sospechados carece de entidad como hecho indiciado porque, aún siendo correcto el razonamiento, carece del anclaje a la realidad mediante hechos probados que transforma la hipótesis en hecho probado mediante indicios.<sup>26</sup> Esta conclusión hipotética es identificada por CORDÓN AGUILAR<sup>27</sup> como conjetura, que en cuanto a tal, no es hecho probado.

Constituyen así sospecha un mal punto de partida y conjetura un mal punto de llegada en la práctica de la prueba indiciaria, y junto al mal razonamiento, que es el mal camino, las deficiencias más comunes en la práctica inadecuada de la prueba indiciaria.

Respecto al criterio para distinguir entre sospecha e indicio, de la propia definición de sospecha se desprende que para ser indicio ha de considerarse el potencial hecho indiciario como un hecho probado atendiendo a las reglas generales para considerar probados los hechos.

## **2. BASE JURÍDICA Y REQUISITOS DE LA PRUEBA INDICIARIA**

En el presente apartado se recogen aquellos elementos que sirven de sustento jurídico a la práctica de la prueba indiciaria.

---

<sup>25</sup> PELAEZ VARGAS *cit.* Pág 56.

<sup>26</sup> En este sentido, STC 174/1985, de 17 de diciembre, o 267/2005, de 24 de octubre, entre otras.

<sup>27</sup> CORDÓN AGUILAR *cit.* Pág 111.

## **2.1. Marco legal**

El art. 386.1 LEC establece que “A partir de un hecho admitido o probado, el tribunal podrá presumir la certeza, a los efectos del proceso, de otro hecho, si entre el admitido o demostrado y el presunto existe un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano”. También aparece en el art. 767.3 LEC, referido a la filiación, que señala que “Aunque no haya prueba directa, podrá declararse la filiación que resulte (...) de otros hechos de los que se infiera la filiación...”.

No existe en la LECr un artículo análogo al 386.1 LEC específico para el proceso penal. Sin embargo, se entiende válida la aplicación de la prueba indiciaria a través del art. 741 LECr, teniéndose la prueba indiciaria como una forma de apreciación de las pruebas practicadas, según ha señalado reiteradamente la jurisprudencia.<sup>28</sup>

La extraordinaria complejidad y relevancia de esta prueba hacen que resulte llamativa la escueta regulación al respecto. Podría interpretarse como una promoción de la autonomía del juez para impartir justicia, pero parece una posibilidad poco probable (y de ser cierta, poco sensata) dados los problemas que puede generar su aplicación, y en especial lo delicado que resulta el equilibrio entre la presunción basada en hechos y la presunción de inocencia. Esta situación ha obligado a la jurisprudencia a asumir el rol principal como fuente jurídica de la prueba indiciaria.

## **2.2. Jurisprudencia constitucional sobre los requisitos de la prueba indiciaria**

### *2.2.1. Estudio jurisprudencial del concepto de prueba indiciaria*

La ya citada *supra* STC 174/1985, de 17 de diciembre, establece tres consideraciones relevantes que sirven como base para la prueba indiciaria. La primera de éstas es una definición inequívoca de la prueba indiciaria en su fundamento jurídico tercero:

“la llamada indiciaria o circunstancial (...) [es] aquella que se dirige a mostrar la certeza de unos hechos (indicios) que no son los constitutivos de delito, pero de los que se puede inferir éstos y la participación del acusado por medio de un razonamiento basado en el nexo causal y lógico, existente entre los hechos probados y los que se trata de probar”

---

<sup>28</sup> En este sentido, STC 174/1985, de 15 de enero, 155/2002, de 22 de julio o 43/2003, de 3 de marzo; y STS 5274/2007, de 20 de julio o 3504/2019, de 4 de noviembre, por ejemplo.

Se trata de una definición que reconoce explícitamente la aplicación de la prueba indiciaria en el ámbito penal, pues éste es el ámbito del recurso al que da respuesta la sentencia.

La segunda consideración relevante la encontramos en el fundamento jurídico cuarto:

“La presunción de inocencia es una presunción *iuris tantum*, que se desvirtúa por prueba en contrario. Sin duda, la prueba directa es más segura y deja menos márgenes a la duda que la indiciaria. (...). [Pero] prescindir de la prueba indiciaria conduciría, en ocasiones, a la impunidad de ciertos delitos y, especialmente de los perpetrados con particular astucia, lo que provocaría una grave indefensión social”

El TC aduce que la presunción de inocencia no puede entenderse como un escudo frente a la actividad probatoria, sino una defensa de los derechos del acusado en ausencia de esta. El tribunal reconoce que la prueba indiciaria no otorga el mismo nivel de certeza que la prueba directa, de lo que se puede concluir que reconoce como razonable la cuestión de si la prueba indiciaria tiene suficiente fuerza como para derribar la presunción de inocencia. A esta cuestión responde que sí, la prueba indiciaria puede derribar la presunción de inocencia, pero no lo justifica alegando la solidez de este tipo de prueba sino señalando los efectos perniciosos de responder que no.

Resulta evidente que el TC realiza una ponderación de males y concluye que el mal desprendido de la menor seguridad de la prueba indiciaria, siempre que esta se desarrolle adecuadamente, es menor que el daño devenido de negar la posibilidad de aplicarla.

La tercera consideración a destacar de la sentencia se encuentra en el fundamento jurídico quinto y se refiere a las posibilidades de control del propio TC de la valoración de la prueba indiciaria. Esta cuestión se explorará en mayor profundidad *infra*, siendo por el momento suficiente señalar que el TC considera no poder revisar la valoración de la prueba, pero sí la existencia y calificación como prueba de cargo de esta.

### *2.2.2. La prueba indiciaria como forma de libre valoración de la prueba.*

La STC 175/1985, de 17 de diciembre, en su fundamento jurídico 4.d) señala que “... el órgano judicial puede realizar inferencias lógicas de la actividad probatoria llevada a cabo, siempre que no sean arbitrarias, irracionales o absurdas” resaltando la capacidad del juez para interpretar con sesuda libertad la actividad probatoria.

El fundamento jurídico quinto de esa misma sentencia reconoce la legalidad de la prueba indiciaria en el proceso penal al expresar que:

“Debe señalarse, de una parte, que el art. 120.3 de la Constitución establece que las Sentencias serán siempre motivadas, por lo que el razonamiento en virtud del cual el órgano judicial, partiendo de los indicios probados, llega a la conclusión de que (...) en la operación deductiva deberán señalarse, en primer lugar, cuáles son los indicios probados, y, en segundo término, cómo se deduce de ellos la participación del acusado en el tipo penal, de tal manera que cualquier otro Tribunal que intervenga con posterioridad pueda comprender el juicio formulado a partir de los indicios.

La doctrina anterior, circunscrita a la denominada prueba indiciaria, no se opone al principio de libre valoración de la prueba, ni tan siquiera a su valoración en conciencia (art. 741 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal), pues, (...) valoración libre o en conciencia no equivale a valoración de indicios carente de razonamiento alguno, cuando es precisamente a través de la actividad de juicio sobre los hechos probados como el órgano judicial llega a deducir otros que le permiten subsumir la conducta en el tipo penal”.

De esta manera, el Tribunal Constitucional señala la validez de la prueba indiciaria como una extensión de la capacidad del Tribunal de interpretar las pruebas practicadas, es decir, como una manera más en que estas pruebas pueden permitir al Tribunal conocer lo sucedido para impartir justicia.

En este caso, la prueba no es directa sobre hechos identificables con los distintos elementos del tipo penal, sino sobre hechos de los que éstos elementos del tipo pueden deducirse mediante el uso de la lógica, siendo así este uso de la lógica la valoración del juez.

Sin embargo, reconociendo la peligrosidad inherente a la desconexión entre el hecho probado y la conclusión, y la falibilidad de la razón humana a la que se consagra la conexión entre lo probado y lo que se busca probar, establece el Tribunal, como criterio de validez para la prueba indiciaria, su motivación, reforzando la concepción expuesta *supra* del artículo 120.3 CE como instrumento de garantía de derechos. El único derecho fundamental sobre el que incide directamente la motivación es el derecho a la tutela judicial efectiva del art. 24.1 CE, pues la motivación no modifica la afectación de derechos que causa el fallo, sino que se limita a ofrecer la explicación de por qué ese fallo,

permitiendo entender la justicia de este y articulándose instrumentalmente para permitir el control que exigen las garantías constitucionales.

### *2.2.3. Consideraciones sobre el nexó y el razonamiento.*

La STC 169/1986, de 22 de diciembre, incide en su fundamento jurídico segundo sobre cuándo el enlace entre indicio y presunción es adecuado en los siguientes términos:

“(...) la presunción (...) será tanto más correcta cuanto más llano y coherente sea el camino del hecho base a la conclusión. Se habla en este sentido, negativamente, del rechazo de la incoherencia, de la irrazonabilidad, de la arbitrariedad y del capricho lógico, personal y subjetivo como límite y tope de la admisibilidad de la presunción como prueba”.

Señala de esta manera el TC que el criterio fundamental para distinguir la validez del razonamiento no es positivo sino negativo, es decir, el razonamiento será válido en tanto a que esté bien razonado.

Este planteamiento suscita la cuestión de por qué se escoge un criterio negativo en lugar de positivo. Es mi parecer que esto se debe al respeto a la libertad de valoración de la prueba del tribunal penal. Generalmente se da, y en el caso que nos ocupa es patente, que un criterio de validez positivo es más restrictivo que uno negativo, pues los criterios suelen acotar un espacio de las infinitas posibilidades relativamente pequeño en comparación con el que no acotan y la interpretación *a contrario sensu* del criterio hace evidente que un criterio positivo proscribía la mayoría de las posibles actuaciones mientras un criterio negativo sólo proscribía unas pocas.

Por un lado, el TC reconoce la necesidad de la flexibilidad en la aplicación de la razón al caso. Habrá más justicia si se deja actuar a la mayoría de jueces con notable libertad por la óptima adaptación que podrán hacer mediante su raciocinio de la ley al caso que si movido por pavor a la arbitrariedad el legislador encorsetase la acción de los jueces y evitando la arbitrariedad de unos pocos impidiere impartir mejor justicia al resto.

Por otro, la salvaguarda de los derechos del acusado se logra impidiendo que la prueba indiciaria adopte aquellas formas que serían manifiestamente injustas, es decir, aquellas en que la prueba de cargo se conformaría arbitrariamente. Esta salvaguarda no es una exigencia propositiva de una forma de razonamiento, sino un mero rechazo de aquel

razonamiento que por su irracionalidad no sea tal, por lo que la forma lógica de instrumentar dicha salvaguarda es un criterio negativo.

#### *2.2.4. Requisitos de validez*

La STC 220/1998, de 16 de noviembre, en su fundamento jurídico cuarto establece dos condiciones que ha de satisfacer la prueba indiciaria para “ser capaz de desvirtuar la presunción de inocencia” y no resultar una “simple sospecha”:

- 1) El hecho base debe estar plenamente probado. Esto es, la prueba indiciaria no puede basarse en meras sospechas.
- 2) Los hechos indiciados o presunciones deben deducirse de estos hechos probados, es decir, no pueden ser conjeturas.

Estos son los criterios materiales de validez de la prueba indiciaria. Sin éstos no nos encontramos ante una auténtica prueba sino ante otra cosa que quizá pueda guardar apariencia de prueba. Estos criterios, idealmente suficientes, en la práctica no lo son. El propio TC reconoce esto y añade dos criterios más a los ya señalados en la STC 111/2008, de 22 de septiembre, en su fundamento tercero apartado b):

- 3) El razonamiento debe estar exteriorizado para permitir su control.
- 4) El razonamiento debe estar “asentado en las reglas del criterio humano o en las reglas de la experiencia común”.

El tercer criterio, la exteriorización del razonamiento, es un criterio de validez estrictamente formal orientado, como ya se ha señalado *supra*, a salvaguardar los criterios materiales al permitir su posterior comprobación y, en su caso, la corrección de la situación injusta devenida de la mala aplicación de la prueba indiciaria.

El cuarto criterio es una explicitación de un elemento del segundo, no por la necesidad de señalarlo separadamente para que fuese exigible, pues implícitamente ya lo era, sino porque su relevancia y delicadeza exigen el reconocimiento explícito del mismo. Cuando el TC en la STC 220/1998 señala el deber de que las presunciones se deduzcan de los hechos probados, además de rechazar las conjeturas asume la adecuación de esa deducción. Es esta asunción implícita de trascendental relevancia la que se ve explicitada posteriormente para asegurar su cumplimiento.

Estos cuatro criterios han sido repetidos en sucesivas sentencias, como la STC 109/2009, de 11 de mayo (FJ 3.b) o la STC 133/2014, de 22 de julio (FJ 8).

### **2.3. Jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre los requisitos de la prueba indiciaria**

La sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo más relevante en la actualidad para conocer la prueba indiciaria y sus características es la STS 532/2019, de 4 de noviembre, en la que el ponente Vicente Magro Servet recoge un catálogo de veinte “criterios orientativos para valorar la suficiencia de la prueba indiciaria en los casos en los que no existe prueba directa” en los que condensa el grueso de la jurisprudencia de ambos TS y TC. Estos criterios fueron posteriormente recogidos el día 12 de noviembre en una nota informativa que puede encontrarse en el anexo I y a continuación se encuentran sucintamente recogidos y comentados.

- 1º La sospecha no es suficiente para superar la presunción de inocencia. El requisito básico de que los indicios estén probados, en coherencia con las exigencias del TC.
- 2º El fallo no puede ni debe fundamentarse exclusivamente en el convencimiento subjetivo del juez. Este criterio, en el fondo, aparenta ser una reiteración material del anterior, pues un fallo fundado en indicios probados tiene una base que supera el mero convencimiento subjetivo.
- 3º La condena no puede fundarse en la creencia del juzgador, debe basarse en el convencimiento. Expresa una doble consideración: la distinción entre creencia y convencimiento y la exigencia del convencimiento. Respecto a la distinción entre creencia y convencimiento, indicada si bien no desarrollada, resulta razonablemente sencillo entender el convencimiento como la creencia más allá de cualquier duda razonable, tal que este requisito se refiera a la definición más básica de presunción de inocencia. Esto explica, además, el porqué de su exigencia: no estar convencido y sentenciar por mera creencia vulneraría la presunción de inocencia.
- 4º Exige la motivación acerca de la concurrencia de los indicios y su relevancia probatoria. Es una concreción de la exigencia genérica de motivación reiterada por el TC que ya atisba la exigencia de pluralidad de indicios al señalar la necesidad de justificar la “concurrencia” de los mismos y prescribe la insuficiencia de justificar la mera existencia de los indicios, debiendo argumentarse por qué resultan relevantes para la determinación de la culpabilidad del acusado.
- 5º La primera parte del quinto criterio recoge la misma distinción de elementos estructurales de la prueba indiciaria que se recogía *supra vid.* 1.2 propuesta por la

- doctrina y frente a la cuál mi opinión era que resultaba imprecisa, opinión que evidentemente reitero. La segunda parte del criterio es muy similar a los cuatro requisitos ya señalados en la STC 111/2008 y expuestos *supra vid.* 2.2.4, añadiendo la exigencia explícita de que exista una pluralidad de indicios.
- 6º La exigencia de motivación para la prueba indiciaria es más fuerte que para la prueba directa. Este requisito va en la misma línea que la exigencia que hacía el TC de la motivación como herramienta de fiscalización, pues la forma de constatar el adecuado empleo los elementos eminentemente subjetivos que hay en la aplicación de la razón humana al caso es la exteriorización de estos por medio de la argumentación escrita en la motivación, al contrario que la patente obviedad de la relación inmediata en la prueba directa.
- 7º “Los indicios se alimentan entre sí para configurar la condena”. Señala, en la misma línea que lo expuesto *supra vid I.I.* que el proceso de razón humana aplicada a la prueba es un razonamiento inductivo en que la certeza razonada se halla por la superposición de las abstracciones de los hechos probados (indicios) entre sí y con el hecho indiciado o presunto. De nuevo, reitera implícitamente la exigencia de una pluralidad de indicios.
- 8º El criterio octavo es una reiteración de la necesidad de motivación.
- 9º El criterio noveno no es una exigencia, sino una consideración que persigue resaltar la relevancia del enlace entre los hechos, del proceso de doble abstracción y superposición conceptual en términos del presente trabajo, como la clave de bóveda de la prueba indiciaria.
- 10º Define la “certeza subjetiva” como la “suma” de los indicios tras el juicio y señal que aquella es la fuente de la “convicción judicial”. Es una apreciación que vuelve a incluir implícitamente la exigencia de pluralidad de indicios y que busca resaltar la naturaleza holística de la formulación de la convicción en base a éstos.
- 11º No se debe condenar por ser “la mejor explicación posible a lo ocurrido”, sino exclusivamente cuando se tenga la convicción de que el acusado cometió el crimen. Es una reiteración de los criterios primero y tercero, que señala que la mejor versión de los hechos, mientras albergue dudas razonables, no es suficientemente buena para motivar una sentencia condenatoria.
- 12º El duodécimo criterio es una reformulación de la definición de prueba indiciaria, con valor para la reflexión, pero sin impacto pragmático.

- 13° La motivación debe incluir la totalidad del razonamiento del Tribunal respecto a la prueba indiciaria. La exigencia de la exhaustividad en la motivación es necesaria para asegurar el control en los mismos términos de exteriorización de los elementos subjetivos del proceso de razonamiento que se vienen aduciendo por el TC y en el presente trabajo.
- 14° Señala que la inducción o inferencia debe ser razonable. Es un criterio indudablemente obvio y reiterativo. Por ende, su explicitación tiene el valor de recalcar su importancia, que no reside en la novedad sino en la extraordinaria relevancia de su cumplimiento.
- 15° Los indicios han de “mantener una correlación” tal que se conforme el iter para llegar a la convicción. Resulta cuestionable el uso de la palabra “correlación”, que en términos estadísticos (que son los que le resultan propios al término) tiene una connotación de potencial ausencia de causalidad, en muchos casos entendida como riesgo de relación espuria. Se puede concluir del conjunto del apartado que lo que el magistrado desea señalar es la necesidad de cohesión tanto entre los indicios como en su relato tal que cuenten “la historia” que ha convencido al tribunal de un modo claro y ordenado.
- 16° El criterio decimosexto es relativo al control judicial y constitucional de la prueba indiciaria y queda recogido *infra* en el apartado pertinente a tal actividad.
- 17° Es una reiteración del criterio anterior.
- 18° Distingue dos tipos de irracionalidad: la falta de lógica y la falta de conclusividad, siendo que una prueba indiciaria en que la inferencia no se haga de acuerdo con la racionalidad o las posibles conclusiones sean demasiado amplias (léase la pluralidad de superposiciones plausibles sea excesiva) no puede motivar una condena sin vulnerar la presunción de inocencia.
- 19° “La conclusión (...) debe considerarse cerrada, fuerte y determinada”. Es una concreción explícita del principio recogido en el precepto anterior respecto a la exigencia de conclusividad como criterio de racionalidad.
- 20° Para superar la presunción de inocencia la tesis acusatoria debe presentar una “probabilidad prevaleciente” respecto a hipótesis alternativas. El presente criterio plantea dos cuestiones. La primera es que los indicios deben superar los conraindicios, lo cual no plantea excesivo conflicto. La segunda es que dicha superación exigida debe interpretarse a la luz del conjunto de criterios, y en específico de los criterios tercero y undécimo, no siendo suficiente una prevalencia

mínima o marginal, sino que tras superar los contraindicios debe seguir siendo capaz de causar convencimiento en el tribunal.

### *2.3.1. Propuesta de sistematización de criterios*

Resulta posible resumir los anteriores criterios ordenándolos entorno a la cuestión que abordan de la siguiente manera:

- A) Fundamentación fáctica (Criterios 1º, 2º y 5º): El fallo debe fundamentarse en una pluralidad indicios probados mediante prueba directa.
- B) Intensidad de la carga de la prueba (Criterios 3º, 10º, 11º y 20º): La condena debe fundarse en un convencimiento sobre el acontecimiento de los hechos más intenso que una mera creencia. No se puede basar en que la tesis condenatoria sea “la mejor explicación posible de lo ocurrido” sino que debe ser una certeza subjetiva producto de la suma de los indicios prevalente frente a los contraindicios.
- C) Pluralidad de indicios (Criterios 4º, 5º, 7º, 10º y 15º): Debe existir una pluralidad de indicios que se alimenten entre sí para posibilitar un razonamiento inductivo al unirse, manteniendo una relación coherente entre sí que conforme el iter para llegar al proceso mental de convicción sobre los hechos.
- D) Racionalidad de la inferencia (Criterios 5º, 9º, 14º, 16º, 17º, 18º y 19º): Entre el indicio y el hecho presunto debe existir un enlace preciso, concreto y directo según las reglas del criterio humano, enlace que es la clave de la prueba indirecta. Este enlace debe ser razonable, es decir, seguir las reglas de la lógica y llegar a una conclusión cerrada, fuerte y determinada. El incumplimiento de esta exigencia de racionalidad es controlable por el TS y por el TC.
- E) Motivación de la sentencia (Criterios 4º, 5º, 6º, 8º y 13º): La sentencia debe expresar la adecuada motivación acerca de la concurrencia de los indicios, su relevancia probatoria y la totalidad de la extensión del proceso racional de inferencia que ha llevado al Tribunal a afirmar la conexión entre el indicio y el hecho presunto. Esta exigencia es más intensa que en el caso de la prueba directa y su incumplimiento imposibilitaría el posterior control de la decisión judicial.

## 3. LA REVISIÓN DE LA PRUEBA INDICIARIA EN LA VÍA DE RECURSOS

La tutela judicial efectiva consagrada por el artículo 24.1 CE exige la defensa de los ciudadanos frente a la falibilidad de los tribunales, lo que se instrumenta mediante el

sistema de recursos. En concreto, para lo que a este trabajo resulta atinente, se expondrán en el presente apartado las posibilidades de fiscalización del uso que hagan los tribunales de la prueba indiciaria.

### **3.1. Recurso de apelación**

El recurso de apelación es un recurso devolutivo y ordinario regulado para el proceso abreviado en los artículos 790 y ss. LECr y para el proceso ordinario en los artículos 864 bis a y ss.

El art. 790.3 LECr establece la posibilidad de practicar nuevas pruebas en la apelación, siempre que se cumpla que dicha práctica no pudo ser propuesta en primera instancia, se denegó indebidamente pese a haber sido oportunamente formulada o cuya nulidad se haya declarado improcedentemente.

En lo restante, ha de atenderse a la extensión de la capacidad del tribunal *ad quem* para pronunciarse sobre los distintos extremos de la prueba. Surge aquí el conflicto relativo a la valoración de la prueba sin intermediación criticado por autores como HERRERA ABIÁN<sup>29</sup> que señalan la doble instancia ordinaria como una quiebra del principio de intermediación que puede resultar en una mayor vulneración del derecho a la defensa de la producida en primera instancia.

La intermediación es el principio por el que jueces y magistrados deben estar presentes durante las diligencias en que se practiquen las pruebas para poder valorarlas adecuadamente. A excepción de las nuevas prácticas de prueba que en su caso se admitan, el órgano que conozca del recurso no habría estado presente en la práctica original de la prueba y resulta a todas luces inviable la repetición de la totalidad de la actividad probatoria por antieconómico cuando no imposible.

Para solventar este problema se ha dispuesto en el art. 743 LECr el deber de grabar sonido e imagen de la práctica de la prueba que se realice en el juicio oral, permitiendo al tribunal conecedor del recurso apreciar la práctica de la prueba de un modo extraordinariamente cercano a la intermediación, si bien no perfectamente sustitutivo, mitigando el riesgo de la doble instancia penal.

---

<sup>29</sup> HERRERA ABIÁN, R., “La intermediación como garantía procesal”, Albolote, 2006, *non vidi* CORDÓN AGUILAR *cit.* Pág. 334.

Esta solución, sin embargo, no es suficiente en el caso de que el recurso sea interpuesto por la acusación, pues el art. 24.1 CE actúa como un escudo en forma de salvaguardia de derechos fundamentales exigiendo la auténtica inmediación como necesidad procesal indispensable que no resulta satisfecha con la grabación de la prueba.

Es precisamente esta defensa de los derechos fundamentales la que explica la asimetría que produce este doble criterio respecto a la inmediación: existe un derecho fundamental a no ser condenado injustamente pero no tiene esta categoría la facultad de la sociedad para condenar a los malhechores. Además, la consagración del art. 25.2 CE del sistema penitenciario como reinsertador y reeducador parece debilitar seriamente el posible argumento de que la tutela judicial efectiva incluye el castigo de quienes cometen un injusto contra el individuo, pues si bien no necesariamente niega esta consideración si parece modular su relevancia a una dimensión inferior al derecho a no perder la libertad injustamente.

Esta posición fue señalada por el Tribunal Constitucional en la paradigmática STC 167/2002, de 18 de septiembre, cuando en su FJ duodécimo señala la ausencia de inmediación del tribunal de apelación en la práctica de la prueba que resultaba de cargo impide la resolución condenatoria de dicho tribunal por suponer una vulneración del principio de presunción de inocencia.<sup>30</sup>

### *3.1.1. Apelación de sentencias condenatorias por el condenado*

En lo referido a la prueba indiciaria, en este caso el órgano *ad quem* debe realizar una doble tarea.

Primero, fiscalizar la valoración realizada por el órgano a quo de la prueba indiciaria, lo que consiste en: (1) comprobar la validez de las pruebas realizadas para constituir los hechos-base como tales, superando la condición de meras sospechas; (2) comprobar la presencia en la sentencia de la motivación suficiente para concluir, a partir de los indicios las presunciones a que se llega; y (3) analizar la adecuación de acuerdo a la razón, las normas de la lógica y la experiencia humana de los razonamientos esgrimidos a partir de los hechos-base probados y que conducen hasta la conclusión defendida en la sentencia.<sup>31</sup>

---

<sup>30</sup> El tribunal ha reiterado este criterio en numerosas ocasiones, entre otras, STC 213/2007, de 8 de octubre, 144/2012, de 2 de julio, 105/2016, de 6 de junio o la reciente STC 35/2020, de 25 de febrero.

<sup>31</sup> Interpretación conjunta de, entre otras, STC 189/1998, de 28 de septiembre, 163/2004, de 4 de octubre, 145/2005, de 6 de junio y, más reciente, 131/2018, de 12 de diciembre.

Segundo, en caso de que alguno de los elementos señalados en el párrafo anterior resultase inadecuado, el órgano *ad quem* debe realizar su propia valoración de los hechos que le permita llegar a una resolución justa, pudiendo esta coincidir con la planteada por el órgano a quo en el fallo pese a disentir en el razonamiento, reducir la pena o absolver al condenado.

Queda prohibido para el tribunal que disienta del fallo de la instancia inferior incrementar la pena en este caso, dada la reiterada prohibición de la *reformatio in peius* por exigencia del artículo 24.1 CE y como resultado de la exigencia de coherencia de las sentencias, pues incrementar la pena sería una forma de *ultra petitum*. En este sentido la STC 41/2008, de 10 de marzo:<sup>32</sup>

“Desde (...) este Tribunal hemos afirmado que la prohibición de la reforma peyorativa, aunque no esté expresamente enunciada en el artículo 24 CE, tiene una dimensión constitucional, pues representa un principio procesal que forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva a través del régimen de garantías legales de los recursos (...) Es, además, una proyección de la congruencia en el segundo o posterior grado jurisdiccional, que impide al órgano judicial *ad quem* exceder los límites en que esté planteado el recurso, acordando una agravación de la Sentencia impugnada que tenga origen exclusivo en la propia interposición de éste”.

### *3.1.2. Apelación de sentencias absolutorias o condenatorias por la acusación*

En el caso de que el recurso de apelación lo plantee la acusación, como ya se ha señalado *supra*, la ausencia de intermediación impide que el órgano *ad quem* asevere el fallo de la sentencia recurrida por valorar la prueba que exija intermediación de manera distinta a como lo hizo originalmente el órgano *a quo*. Sí podrá hacerlo, sin embargo, si la diferencia se encontrase, por ejemplo, en la valoración o conclusiones estrictamente jurídicas que de las mismas pruebas se hiciesen.

El órgano *ad quem* deberá, en este caso, realizar comprobaciones sobre la prueba de los indicios y la racionalidad de los enlaces idénticas a las realizadas en el caso en que el recurso fuese propuesto por el condenado. Sin embargo, en caso de encontrar falla en

---

<sup>32</sup> El tribunal ha reiterado este criterio en numerosas sentencias, entre otras, STC 127/2008, de 27 de octubre, 222/2012, de 27 de noviembre o 55/2017, de 11 de mayo.

estas consideraciones, deberá señalarlo y retrotraer el proceso del órgano *a quo*, subsanando el error de éste sin quebrar el principio de inmediación.

### **3.2. Recurso de casación**

El recurso de casación es un recurso devolutivo y extraordinario, si bien algunos autores como el magistrado JAÉN VALLEJO<sup>33</sup> consideran más apropiado definirlo como un recurso ordinario sometido a un filtro de admisión. Está regulado en los artículos 847 y ss. LECr y procede contra las sentencias dictadas en única o segunda instancia en los términos señalados por el art. 847 LECr.

#### *3.2.1. Requisitos de admisión del recurso de casación*

Para conocer la posibilidad de fundar un recurso de casación en una inadecuada valoración de la prueba indiciaria han de tenerse en cuenta diversas consideraciones.

La primera es que la causa del art. 849. 2º LECr, el error en la apreciación de la prueba se refiere exclusivamente a pruebas documentales, por lo que evidentemente no se incluye la prueba indiciaria. Reiterada jurisprudencia exige además que dicha prueba mal apreciada resultase determinante para el sentido del fallo, complicando que prospere el recurso por este motivo, pues al presentarlo habría de alegarse que la deficiente apreciación de un documento ha impedido la consolidación de una sospecha en indicio o conindicio, que dicho indicio habría sido determinante para la prueba indiciaria y que la prueba indiciaria habría resultado crucial para el sentido del fallo. No es absolutamente imposible, pero la concatenación de hipótesis debilita la credibilidad del argumento.<sup>34</sup>

Por tanto, la vía que le es propia a la prueba indiciaria para fundamentar el recurso de casación es la infracción de derecho fundamental recogida en el art. 852 LECr, en concreto de la presunción de inocencia del art. 24.1 CE.<sup>35</sup> Dicha infracción se apreciará cuando no se cumpla alguno de los requisitos señalados *supra vid.* 2.2.4. Esto implica que el recurso de casación no pueda interponerlo la parte acusatoria del proceso que en su caso quede descontento con la sentencia que se dicte en segunda o única instancia.

---

<sup>33</sup> JAÉN VALLEJO, M., “*Recursos contra sentencias penales*”. 2016. (disponible en <https://elderecho.com/recursos-contra-sentencias-penales>, última consulta 27/04/20).

<sup>34</sup> En este sentido STC 73/2001, de 26 de marzo, 308/2005, de 12 de diciembre, o STS 4415/20012, de 18 de junio, o la más reciente 1325/2020, de 26 de mayo.

<sup>35</sup> En este sentido, STS 3121/2011, de 11 de mayo, 2610/2013, de 29 de mayo, 1096/2014, de 26 de febrero o 1564/2017, de 7 de abril.

La segunda consideración relevante es la interpretación del art. 847 1º b) LECr. El Pleno no jurisdiccional del TS adoptó el 9 de junio de 2016 un acuerdo al respecto en los siguientes términos:

“El art 847 1º letra b) de la LECrim. debe ser interpretado en sus propios términos. Las sentencias dictadas en apelación por las Audiencias Provinciales y la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional solo podrán ser recurridas en casación por el motivo de infracción de ley previsto en el número primero del art 849 de la LECrim, debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que se formulen por los arts. 849 2º, 850, 851 y 852.

Los recursos articulados por el art 849 1º deberán fundarse necesariamente en la infracción de un precepto penal de carácter sustantivo u otra norma jurídica del mismo carácter (sustantivo) que deba ser observada en la aplicación de la Ley Penal (normas determinantes de la subsunción), debiendo ser inadmitidos los recursos de casación que aleguen infracciones procesales o constitucionales (...)”.

La conclusión directa y evidente es que, si se interpone un recurso de casación contra una sentencia dictada por una Audiencia Provincial o por la Sala de lo Penal de la Audiencia Nacional fundado en una de la presunción de inocencia por una inadecuada práctica de la prueba indiciaria por el Tribunal, este será inadmitido.

Adicionalmente, para que el recurso de casación sea admitido contra una sentencia de las señaladas por el art. 847.1 b), el art. 889 LECr exige que presente “interés casacional”. Lo que constituye dicho interés casacional puede encontrarse en el ya citado acuerdo del Pleno del TS de 9 de junio de 2016 en su apartado D), que sintetiza la exposición de motivos de la reforma de la LECr de la Ley 41/2015, de 5 de octubre:

“(…) el recurso tiene interés casacional (…):

- a) Si la sentencia recurrida se opone abiertamente a la doctrina jurisprudencial emanada del Tribunal Supremo;
- b) Si resuelve cuestiones sobre las que exista jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales;
- c) Si aplica normas que no lleven más de cinco años en vigor, siempre que, en este último caso, no existiese una doctrina jurisprudencial del Tribunal Supremo ya consolidada relativa a normas anteriores de igual o similar contenido”

### *3.2.2. Control en casación de la valoración de la prueba indiciaria*

A nivel general, señala el TS en el FJ segundo de la sentencia 2200/2019, de 4 de julio que debe realizarse, entre otras comprobaciones, el “respeto a las garantías inherentes del proceso debido” en la obtención de la prueba de cargo. Para lograr eso señala que, entre otros, han de satisfacerse tres criterios:

- A) Juicio sobre la prueba: la existencia de prueba de cargo obtenida con respeto a la legalidad, introducida en el plenario adecuadamente y “sometida a los principios que rigen de contradicción, inmediación, publicidad e igualdad”.
- B) Juicio sobre la suficiencia: si constatada la prueba de cargo es de la intensidad suficiente para causar el decaimiento de la presunción de inocencia.
- C) Juicio sobre la motivación y su razonabilidad: el cumplimiento por parte del tribunal que dictó la sentencia de motivar adecuadamente ésta.

En lo relativo al control que puede ejercer el TS sobre la valoración de la prueba indiciaria en concreto, debemos estar a lo señalado por el propio TS al respecto, entre otras, STS 689/2017, de 20 de febrero, en su fundamento jurídico primero:

“Esta Sala también tiene establecido de forma reiterada que la prueba indiciaria, indirecta o circunstancial presenta dos perspectivas relevantes para el control casacional:

a) desde el punto de vista formal, deben constar los indicios o hechos-base plenamente acreditados que permitan acceder mediante un juicio de inferencia al hecho-consecuencia; el razonamiento de inferencia también ha de ser debidamente explicitado en la sentencia; y

b), desde un punto material, el control casacional se contrae en la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados, o uno de singular potencia acreditativa, de naturaleza inequívocamente incriminatoria, que no estén destruidos por contraindicios, que se refuercen entre sí, y que permitan obtener un juicio de inferencia razonable, entendiendo tal razonabilidad como ‘enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano’, en términos del art. 1253 del Código Civil.”

De un lado, los criterios formales del apartado a) abarcan la relación de los indicios y la motivación de la inferencia en la sentencia. Este criterio no se refiere a la evaluación

de las pruebas o del razonamiento, sino a su presencia como elemento habilitante de posterior fiscalización.

Del otro lado, encontramos los criterios de fondo del apartado b), que recogen la pluralidad o especial intensidad de los indicios, la contraposición con los contraindicios y la razonabilidad de la inferencia. Resulta conflictivo el reconocimiento de un único indicio especialmente intenso al compararlo sistemáticamente con la jurisprudencia. Así, en la ya citada STS 532/2019, de 4 de noviembre, es el propio TS el que exige necesaria e indubitadamente la pluralidad de indicios. La solución de esta contradicción no resulta sencilla.

En condiciones normales, evidentemente, es necesaria la pluralidad de indicios para permitir una inducción adecuada de cuál es el resultado. Pero si existe un indicio tan intenso que hace incuestionablemente evidente la conclusión, parece lograr el objetivo último de la exigencia de pluralidad de indicios de limitar la arbitrariedad. Es razonable por tanto entender que la exigencia de pluralidad de indicios es una exigencia instrumental, no material, por lo que su vulneración no debe ser obstativa en tanto a que materialmente se logre el objetivo que instrumenta.

Una última cuestión trascendental es determinar si “la verificación de que existan varios indicios plenamente evidenciados” implica la fiscalización de la valoración de la evidencia sobre los mismos, es decir, si bajo esta noción se incluye valorar la prueba de los indicios o su mera existencia. Esta cuestión la resuelve la STS 2848/2014, de 24 de junio, en su fundamento jurídico segundo apartado segundo cuando señala que:

“El control casacional se orienta a verificar (...) validez y suficiencia de la prueba y racionalidad en su valoración, sin que suponga una nueva valoración del material probatorio, sustituyendo la realizada por el tribunal de instancia.

No se trata, por lo tanto, de comparar la valoración probatoria efectuada por el Tribunal y la que sostiene la parte que recurre, sino de comprobar la racionalidad de aquella y la regularidad de la prueba utilizada. Y de otro lado, salvo que se aprecie la existencia de un razonamiento arbitrario o manifiestamente erróneo, no es posible proceder a una nueva valoración de pruebas personales cuya práctica no se ha presenciado”.

El TS debe por tanto limitarse a una valoración de la adecuación de la prueba y no de su fondo, si bien es cierto que evidentemente para apreciar la racionalidad de la decisión ha de considerarse lo que materialmente se aduce. No debe contrastar si la valoración de la parte que interpone el recurso es “mejor”, sino si la valoración recurrida es “aceptable”.

### **3.3. Recurso de amparo**

El recurso de amparo se encuentra consagrado en el art. 53.2 y someramente desarrollado en los art. 161 1. b) y 162 1. b). CE. Su naturaleza jurídica exacta no es pacífica en la doctrina, pues existe discusión sobre si es un recurso *stricto sensu* por no encontrarse estrictamente engranado en el proceso judicial, ya que ni pretende la estricta adecuación a la ley material de las resoluciones judiciales ni es exclusivo de éstas, sino que busca ser una última línea de defensa de los derechos fundamentales y actúa exclusivamente en tanto a que estos puedan verse amenazados.

Su desarrollo legal puede encontrarse en el Título III de la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (en adelante “LOTC”). Al encontrarse el art. 24 CE entre los señalados por el art. 41 LOTC, que a su vez es un desarrollo de lo prescrito por el art. 53 CE, será posible presentar recurso de amparo contra una sentencia por vulneración de la presunción de inocencia en el plazo de 30 días desde la notificación de la resolución recaída en el proceso judicial cuando, además de producirse la quiebra del derecho fundamental por no cumplirse alguno de los requisitos de la formales o materiales prueba indiciaria ya recogidos *supra vid.* 2.2.4, se cumplan las exigencias del art. 44 LOTC:

- a) Que se hayan agotado todas las vías de impugnación que las normas procesales prevean dentro de la vía judicial.
- b) Que la vulneración sea imputable de modo inmediato a la acción u omisión del órgano judicial.
- c) Que se haya denunciado formalmente en el proceso dicha vulneración del derecho constitucional tan pronto como fuese posible.

El art. 54 establece el límite de que el TC no entrará a evaluar el fondo de la sentencia, sino que analizará y se pronunciará exclusivamente sobre la posible vulneración de derechos fundamentales que se haya podido producir. Por su parte el art. 55 recoge los posibles pronunciamientos de la sentencia que otorgue el amparo:

- a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que vulnere derechos, especificando la sentencia los efectos que de dicha nulidad se desprendan.
- b) Reconocimiento del derecho o libertad pública.
- c) El restablecimiento del recurrente en su derecho o libertad, adoptando las medidas que sean necesarias a tal efecto.

La consecuencia más común de la sentencia que otorgue el amparo cuando se declara vulnerado el art. 24 CE por la inadecuada práctica o valoración de la prueba es la retrotracción del proceso al momento inmediatamente anterior a dicha vulneración, por ejemplo, STC 37/2018, de 23 de abril.

### **CAPÍTULO III.**

#### **LA PRUEBA DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL**

El objetivo del capítulo es ofrecer una visión holística del problema de la prueba de los elementos más relevantes de los delitos contra la libertad sexual, y en concreto de los delitos de agresiones y abusos sexuales, si bien muchos de estos extremos son comunes o fácilmente extrapolables a todos los delitos contra la libertad sexual.

Una primera dificultad, común a la prueba de cualquier delito, es que en la enorme mayoría de casos el autor no desea ser fácilmente identificado como tal, y para ello urde la comisión del delito y la ejecuta de tal modo que la prueba directa de cargo no sea posible mediante la cautela de no dejar pruebas materiales y/o la destrucción u ocultación de las mismas. Esta situación hace que en muchas ocasiones las únicas pruebas de cargo a las que es posible recurrir sean el testimonio de la víctima, si existe y puede testificar, y la prueba indiciaria.

Una segunda dificultad, esta sí, propia, si bien no exclusiva, de los delitos contra la libertad sexual, es el riesgo de revictimización sobre la víctima en la práctica de la testifical.

Se consustancian así la dificultad de castigar el crimen, la delicada situación psicológica de la víctima y el respeto a la presunción de inocencia como contraposición del afán punitivo del Estado en un problema de trascendencia tanto material penal como procesal que exige un adecuado equilibrio de todos los valores en juego.

Los principales puntos conflictivos son dos, que bien pueden identificarse con claridad a través de las proclamas que los denuncian: la valoración del testimonio de la víctima como prueba de cargo, identificada con el “yo si te creo” por un lado, y por otro la desambiguación y posible reforma del objeto de la prueba para demostrar el consentimiento o, en su caso, su ausencia.

La vaguedad que ya se señalaba *supra* en la continuidad entre los delitos de agresiones sexuales y los delitos de abusos sexuales, unida a la creciente sensibilización de la sociedad respecto a la dimensión de éstos ha llevado a la reclamación de una solución legal a ambas cuestiones, exigencia legítima y a mi entender urgentemente necesaria.

Es el objetivo de este capítulo tratar de determinar qué podría constituir tal solución, si no de modo absoluto, al menos parcialmente. Para ello, es necesario comprender los principios en juego y la relación que guardan como identificar la situación jurídica del testimonio de la víctima como prueba crucial, junto a la indiciaria, en el proceso penal para poder proponer soluciones sensatas al problema.

Para ello, además de las reflexiones pertinentes sobre tales extremos, se observará el trato y soluciones que ha recibido de la jurisprudencia este problema, valorando las implicaciones de tales cambios.

## 1. EL DILEMA APARENTE ENTRE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y LA REVICTIMIZACIÓN

Como ya se ha expuesto, en la actualidad la prueba indiciaria es, en muchas situaciones, el único medio de que disponen los Órganos Judiciales para hallar la verdad en el proceso. Es evidente que rechazar frontalmente la práctica de estas pruebas llevaría a un patente incremento de la injusticia en la sociedad, por lo que parece sensato afirmar que su efecto es netamente positivo: la práctica de la prueba indiciaria aporta más justicia de la injusticia que genera.

Sin embargo, lo pseudo-utilitarista de este enfoque exige vigilar con extraordinaria atención los problemas que de dicha prueba derivan para tratar de minimizar los efectos negativos de su aceptación.

### **1.1. La presunción de inocencia**

El principal conflicto de la prueba indiciaria se encuentra en su enfrentamiento con la presunción de inocencia. Como ya se ha señalado, el Tribunal Constitucional ha reiterado

la compatibilidad de ambas limitando la capacidad extensiva de la prueba indiciaria.<sup>36</sup> Este es un ejercicio de moderación que precisamente busca tender al óptimo entre la justicia que es capaz de proveer la prueba indiciaria y el perjuicio que causa por la injusticia que puede generar.

Sin embargo, resulta harto evidente lo nebuloso de estos límites por mayor que sea su desarrollo jurisprudencial y doctrinal. Me atrevo a afirmar, incluso, que la vaguedad del resultado de los esfuerzos por desgranar la prueba indiciaria y señalar dónde debe estar limitada son prueba de lo inevitablemente subjetivo de su naturaleza. Expresiones sugestivas, pero definitivamente equívocas, como “la razón humana”, “máximas de la experiencia” o “razonable” son muestra de que ni hay una frontera incontestablemente delimitada ni, probablemente, pueda haberla.

El problema práctico, ciertamente, acostumbra a ser moderado, pues generalmente resulta claro el consenso sobre lo que es “razonable” y lo que no lo es. Sin embargo, la radical importancia de los derechos en riesgo hace que los casos límite, las aristas de la prueba indiciaria, merezcan especial consideración.

El estudio de la relación entre la prueba indiciaria y la presunción de inocencia ha sido el objeto de gran parte del análisis ya realizado *supra* a lo largo del capítulo II de este trabajo. No considero que reste realizar en el presente apartado consideraciones explícitas novedosas y sustantivas más allá de señalar que el conflicto entre la prueba indiciaria y la presunción de inocencia debe ser objeto de observación y análisis constante y por ende será el tema de fondo a lo largo de todo el presente capítulo. El resto de los problemas de la prueba indirecta y las alternativas a ésta deben analizarse bajo la luz del efecto que tienen sobre dicho conflicto.

## **1.2. La revictimización**

Define MAZA MARTÍN<sup>37</sup> la revictimización como “aquellos sufrimientos que a las víctimas, a los testigos y mayormente a los sujetos pasivos de un delito les infieren las instituciones mas o menos directamente encargadas de hacer justicia”. Este fenómeno ha adquirido extraordinaria relevancia en los últimos años, convirtiéndose en uno de los puntos focales de interés mediático y presión popular del proceso penal.

---

<sup>36</sup> *Vid. Supra* Cap. II. Apartado 2.1.

<sup>37</sup> MAZA MARTÍN, J. M., “*Algunas consideraciones Criminológicas de interés judicial sobre la víctima del delito*”, *Víctima y Proceso Penal Costarricense*, 2000. Pág. 271.

El problema de la revictimización doble: el sufrimiento adicional de la víctima y la injusticia que puede producir que por causa del primero la víctima no testifique.

Para algunas personas, declarar en el juicio no supone un estrés particularmente alto, y de hecho les puede resultar liberador. Enfrentarse al pasado y sentir que se participa de hacer justicia puede ser reconfortante para algunos. Sin embargo, es indudable que supone un nuevo calvario para otros. Tener que revivir momentos dramáticos puede causar un sufrimiento enorme a algunas víctimas, un resultado antitético a lo deseable.

Repugna a la moral de un modo indefectible la idea de que el Estado imponga a una víctima la reiteración del sufrimiento que ya ha padecido. La participación del ciudadano como origen de la voluntad del legislador de imponer tal reiteración hace al propio ciudadano responsable mediato de ese sufrimiento manifiestamente injusto. Sin pretender entrar al debate sobre el derecho de la víctima a no declarar y la naturaleza de los delitos semipúblicos, que por su parte es un debate tangencial al explorado en este trabajo y de indudable relevancia, resulta evidente que es un doblemente injusto que la sociedad haga sufrir a una persona sin más causa que el hecho de que esta persona ya haya sufrido.

La respuesta de la víctima, temerosa de esa revictimización, en muchos casos es emplear los medios legales que tenga a su alcance para evitar participar en el proceso, bien sea negándose a comparecer o delcarar o bien no denunciando en un primer momento. En este sentido, por ejemplo, en lo referido a la violencia contra la mujer, se estima que el 70% de mujeres experimentan a lo largo de su vida alguna forma de violencia, pero sólo el 20% lo denuncian *cf.* MANTILLA.<sup>38</sup>

Este silencio por miedo al proceso produce dos niveles de injusticia. A nivel social, crea un contexto en que quedan sin punir actos criminales. Y más grave, a nivel individual, el sufrimiento de la revitimización se iergue como una suerte de “precio” que la víctima debe pagar para tener la oportunidad de que las instituciones del Estado respondan frente al injusto que ha sufrido.

### **1.3. La apariencia de dilema**

Como ya se ha señalado, lo dramático de la revictimización y la visibilidad que esta ha obtenido en los últimos años han empujado a buena parte de la sociedad a exigir una

---

<sup>38</sup> MANTILLA, S. “*La revictimización como causal del silencio de la víctima*”. Revista de Ciencias Forenses de Honduras, núm. 1, 2015. Pág. 10.

respuesta por parte del Estado a esta cuestión y a una parte menor pero sustantiva a exigir la implantación de una solución en concreto: la inversión, parcial o total, de la carga de la prueba.

Entroncado en una parte del movimiento feminista, surge la propuesta de desplazar la carga de la prueba a un punto medio o incluso hasta su completa inversión bajo las premisas de “creer a la víctima, no al criminal” y la equiparación de investigar los indicios relativos al estado de la víctima con enjuiciarla. Esto supone, por consecuencia, una quiebra entre relativa y absoluta del respeto a presunción de inocencia. Resulta ilustrativo a este respecto el comentario de Carmen Calvo, Ministra de Presidencia, Relaciones con las Cortes e Igualdad en el momento en que hizo las declaraciones, en el que aseveraba que “Las mujeres tienen que ser creídas sí o sí (...)” y que “la segunda sentencia que confirmó la condena a La Manada por abusos sexuales ha supuesto un «paso al frente» porque «se cree» a la víctima”.<sup>39</sup>

### *1.3.1. La noción del juicio a la víctima y el trilema moral*

Algunos casos de delitos contra la libertad e indemnidad sexuales cobran especial relevancia mediática por la reciente y creciente sensibilización social al respecto. En relación con éstos, es común encontrar en redes sociales e incluso en los medios de comunicación una crítica recurrente: “es un juicio sobre la víctima en lugar del criminal”, refiriéndose a la tarea de investigación que se realiza sobre la víctima y su contexto.

Como ya se ha señalado, la prueba indiciaria exige necesariamente la actividad probatoria sobre los indicios y el ejercicio intelectual de razonamiento sobre los mismos. Surgen, por tanto, dos cuestiones muy relevantes que conducen a la crítica mencionada.

La primera, es sobre qué sospechas practicar la prueba para obtener indicios. El criterio evidente es practicar la prueba sobre aquellas sospechas que de ser indicios fuesen relevantes para la convicción del juzgador. El problema es que la prueba es necesariamente anterior al razonamiento, por lo que este criterio es tautológico: la decisión de practicar la prueba exigiría conocer la conclusión y la conclusión exigiría

---

<sup>39</sup> EFE, Carmen Calvo defiende que las víctimas de delitos sexuales deben ser creídas «sí o sí, siempre», ABC, 14 de diciembre de 2018. Recuperado el 10 de abril de 2020, de [https://www.abc.es/familia/mujeres/abci-carmen-calvo-defiende-victimas-delitos-sexuales-deben-creidas-si-o-si-siempre-201812140728\\_noticia.html](https://www.abc.es/familia/mujeres/abci-carmen-calvo-defiende-victimas-delitos-sexuales-deben-creidas-si-o-si-siempre-201812140728_noticia.html) )

haber decidido practicar la prueba. Este problema puede solucionarse introduciendo el elemento hipotético, con lo que el criterio sería practicar la prueba sobre aquellas sospechas que hipotéticamente puedan ser relevantes para convencer al juzgador. Un salto del *a posteriori* al *a priori* de la consideración sobre la relevancia de la prueba.

Este análisis es menos conflictivo en aquellos procesos en los que la prueba indiciaria pretende determinar la intención del acusado. Se prueban indicios que, si bien pueden responder a diversas causas, permiten inducir una conclusión sobre la plausibilidad de la realidad que se pretende constatar sobre la intención. El problema con aquellos elementos subjetivos que, en lugar de ser del acusado, son de la víctima, es que la forma de proceder para valorar la prueba indiciaria es la misma, por lo que en el proceso se somete a la víctima y sus circunstancias al mismo escrutinio probatorio y a las mismas hipótesis respecto a los indicios.

Que un inocente tenga que sufrir el duro escrutinio y las conclusiones arrojadas por la imaginación de la parte acusadora para no ser injustamente castigado ya supone una injusticia sustancial. El innegable sufrimiento de este escrutinio cuando sucede en torno a un supuesto que ha podido resultar traumático para la persona que ya ha sufrido injustamente en aras de impartir la justicia estatal resulta intuitivamente incluso peor. Pero las alternativas parecen igualmente si no más lóbregas: desposeer al acusado de la presunción de inocencia y la capacidad de defenderse mediante contraindicios, o directamente renunciar a impartir ninguna forma de justicia.

Se forma así un trilema moral entorno a la prueba indiciaria: castigar la comisión del crimen, no hacer sufrir a la víctima y respetar la presunción de inocencia. Parece razonablemente sencillo lograr la defensa de dos de ellos, pero la renuncia de cualquiera parece suficiente para deslegitimar que la justicia se llame tal.

Así, si no se enjuiciase los crímenes, no existiría la revictimización y se respetaría escrupulosamente la presunción de inocencia, pero los criminales tendrían carta blanca para menoscabar los derechos más básicos del resto, fallando el Estado en el cumplimiento de uno de sus cometidos más fundamentales. Un proceso crudo y rígido puede garantizar la presunción de inocencia y el castigo de los culpables, pero someter a innecesario sufrimiento a la víctima. Finalmente, creer ciegamente la versión de la víctima prestada fuera de sede judicial ante una persona de su confianza puede minimizar

enormemente el sufrimiento de esta y castigar a alguien por el crimen, pero es una agresión a la presunción de inocencia difícil de reconciliar con la justicia en el proceso.

Sin embargo, este trilema acostumbra a manifestarse como un dilema por la asunción inamovible de que ha de castigarse al culpable, fijando uno de los tres elementos y construyendo una relación binomial entre los otros dos.

La respuesta de creer a la víctima para ahorrar su sufrimiento e impartir justicia parte de una compasión perfectamente comprensible, pero es una solución nefasta porque sólo logra proteger a la víctima de la revictimización. La presunción de inocencia es un requisito de justicia en el proceso en sí mismo. Incluso aunque se condenase a alguien efectivamente culpable, no existe justicia en hacerlo sin exigir previamente que se demuestre dicha culpabilidad. Pero peor aún, si no se exige la presunción de inocencia la probabilidad de que el condenado no fuese realmente culpable se incrementa inconmensurablemente, por lo que tampoco se logra materialmente castigar el crimen.

Por ello, la solución de creer ciegamente a la víctima no puede ser la adecuada. Aunque acierte con a quién señala, no habría justicia en condenarlo. Pero además la probabilidad de que sencillamente se equivoque al señalar y no se logre castigar el crimen es también inasumible.

### *1.3.2. La apariencia del dilema*

La apariencia del dilema sólo es tal porque se plantean las posibles soluciones desplazando la carga de la prueba entre las partes del proceso, es decir, invirtiendo la presunción de inocencia. Al efectuar tal inversión, efectivamente, el alivio de la presión sobre la víctima resulta del sacrificio de la presunción de inocencia y viceversa.

Sin embargo, esta no es el único enfoque posible. Pueden (y a mi juicio deben) explorarse terceras vías que rompan con tal binomio (revictimización – presunción de inocencia cuando se afirma la impartición de justicia) y busquen el mejor equilibrio posible de las tres dimensiones.

Las alternativas y su encaje en la cuestión se exponen *infra* en el apartado correspondiente, siendo las más destacadas el establecimiento de presunciones legales que objetiven los elementos subjetivos y la prueba preconstituida.

## 2. LA PRUEBA DE LOS DELITOS CONTRA LA LIBERTAD SEXUAL

### 2.1. El objeto de la prueba

Según MATHEUS LOPEZ, “(...) el objeto de la prueba viene constituido por los hechos afirmados por las partes (...) son solo afirmaciones, esto es, la «narración» que de los hechos acaecidos en el pasado hacen las partes frente al juez.”.<sup>40</sup> En este sentido, el objeto de la prueba penal no puede ser otro que las afirmaciones sobre hechos que conducirían al tribunal a apreciar la culpabilidad o inocencia del acusado, identificándose tales hechos con los elementos del tipo penal que en cada caso corresponda.

#### 2.1.1. Los elementos objetivos

Una primera categoría general son las afirmaciones realizadas sobre hechos que correspondan a los elementos objetivos del tipo penal del delito contra la libertad sexual que se enjuicie. Esta categoría engloba tanto el acto lúbrico concreto como los elementos objetivos, tangibles, conexos al mismo: la violencia, la edad de la víctima o el estado de intoxicación de ésta, por ejemplo.

La práctica de su prueba de los elementos objetivos puede resultar tan compleja como la de cualquier elemento subjetivo, pero la cuestión de qué debe probarse exactamente no resulta particularmente compleja: debe probarse el acontecimiento de tal hecho objetivo.

La única cuestión reseñable es la consideración de qué se tiene por violencia a efectos de los delitos de agresiones sexuales.

Originalmente se consideraba la violencia como un elemento puramente objetivo: el sometimiento del cuerpo de la víctima mediante la fuerza física y contra la voluntad de ésta. Sin embargo, la jurisprudencia, lejos de ser pacífica, ha matizado en algunas ocasiones esta concepción original al introducir el elemento subjetivo en la violencia, siendo violencia la fuerza capaz de doblegar a la voluntad de la víctima. En este sentido, es particularmente clara la STS 7950/2005, de 27 de diciembre, cuando en su fundamento jurídico segundo señala que:

“En general, la fuerza que se exige ha de ser eficaz y suficiente para vencer la voluntad de la víctima, de suerte que si es cierto que debe tener una suficiente entidad

---

<sup>40</sup> MATHEUS LÓPEZ, C. A., “Sobre la función y objeto de la prueba”, *Revista de Derecho*, PUCP, Núm. 55, 2002, p. 324. (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084974.pdf>, última consulta 29/05/20).

objetiva, este dato debe matizarse en relación a las condiciones concretas de la víctima, por lo que la fuerza típica debe integrarse por la conjunción de los dos elementos objetivos y subjetivos, si acaso dando preferencia a este último, máxime si se tiene en cuenta que ya no se exige esa "cuota de sangre" para acreditar la oposición de la víctima, bastando simplemente la acreditación del doblegamiento de la víctima por la superior voluntad del actor, ello supone valorar la vía física más con criterios más relativos y circunstanciales alejados de la nota de la irresistibilidad, criterio ya superado como se ha dicho”

Cabe, sin embargo, plantearse si esta evolución de criterio es adecuada o si, por el contrario, es una confusión innecesaria de los conceptos de intimidación y violencia. En esta línea argumental, parece razonable criticar que la violencia, en cuanto a tal, es la manifestación externa de fuerza orientada al sometimiento directo del cuerpo de la víctima, mientras que la intimidación es la agresión psicológica, la amenaza, orientada al sometimiento de la psique. Por tanto, en caso de someter la psique de la víctima, es decir, “hacer que se rinda”, mediante la violencia, esta última habría sido un instrumento de intimidación, y la intimidación lo sustantivo por directa en su relación con el resultado. En este sentido, considerar agresión mediante violencia la agresión en que la víctima es intimidada mediante el uso de la violencia, pero no corporalmente sometida mediante ésta, parece desconocer la relevancia igual, si no mayor, de la intimidación en tal supuesto.

Y en este sentido se expresa el propio TS con extraordinaria claridad en la más reciente STS 39/2019, de 17 de enero, en su fundamento jurídico segundo:

“Recordemos que, históricamente, en Roma el derecho pretoriano atribuía a la violencia física o moral una significación un tanto distinta. La primera -vis absoluta- resultaba del empleo de una fuerza material que reducía a la víctima a un estado pasivo, convertida en un mero instrumento de la voluntad del otro (...). Es lo que en la actualidad se ha entendido que es la violencia.

Sin embargo, la violencia moral -vis compulsiva- en cambio, consistía en el temor actual de un mal inminente: debilita la libertad sin destruirla. (...) (E)s lo que ahora se entiende y recoge en el texto penal como intimidación.”

No resulta claro qué parte del sometimiento de la víctima es atribuible directamente a la violencia y qué parte al miedo a una continuación o exacerbación inminente de ésta.

En cualquier caso, es una disquisición de escasa entidad práctica, pues tanto la violencia como la intimidación presentan idénticas consecuencias jurídicas.

### *2.1.2. La intimidación*

La intimidación es un elemento subjetivo del tipo de agresión sexual que plantea la difícil cuestión de qué se tiene por intimidatorio. Por supuesto, los ejemplos más evidentes presentan poca dificultad. Así, es claro que si el autor apunta con un arma de fuego a la víctima y amenaza con disparar si se mueve, la víctima habría sido intimidada.

El eje vertebrador de la intimidación es la amenaza, la promesa de un mal en caso de desobediencia. Resulta por tanto clave la determinación de qué males constituye intimidación prometer, o lo que es lo mismo, que bienes jurídicos de la víctima constituye intimidación amenazar, así como la entidad e intensidad que se exige a la amenaza para constituir intimidación.

El TS, en la STS 6186/2007, de 14 de septiembre, en su FJ tercero y en síntesis de su propia jurisprudencia, plantea que

“La intimidación implica el uso de amenaza de un mal con entidad suficiente para eliminar su posible resistencia (...). (A) efectos de integrar el tipo de agresión sexual, debe ser seria, inmediata y grave, y si ello no se produjera, integraría el delito de abuso sexual cuando el consentimiento está ausente”.

Señala además LIÑÁN LAFUENTE que “Existe unanimidad en la existencia de intimidación en supuestos de amenaza grave de un mal que afecte a la vida, integridad física o libertad. Pero en los supuestos donde la intimidación (amenaza) afecte a otros bienes jurídicos como el patrimonio o el honor, o incluso no constituyan delito, existe más complicación para identificarlo”.<sup>41</sup>

Es por la dificultad de esta gradación, unida a la búsqueda de un aumento de la seguridad jurídica al volver inequívoco que, como señala el mismo autor, anteriormente se consideraba que existía violencia o intimidación sólo si la víctima ofrecía resistencia al autor. Esto cambia con la STS 4996/2007, que en su fundamento jurídico séptimo expresa que:

---

<sup>41</sup> LIÑÁN LAFUENTE, A., *cit.* pp. 115-116.

“(E)n cuanto a la falta de resistencia de la víctima no solo es que no deba exigirse cuando la inacción viene provocada por una amenaza contra la vida, siendo suficiente esta coacción psíquica para configurar el tipo sino que, es suficiente para integrar la figura delictiva que la manifiesta y explícita oposición de la víctima, el agente persista en los propósitos, venciendo por la fuerza esa oposición y la resistencia ofrecida aunque esta fuera una resistencia pasiva porque lo esencial es que el agresor actúe contra la voluntad de la víctima porque obra conociendo su oposición (...).

Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa de tal modo que sea percibida por aquél. Que exista una situación de fuerza física o intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde un punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima. No es necesario que sea irresistible, pues no puede exigirse a la víctima que oponga resistencia hasta poner en riesgo serio su vida o su integridad física, sino que basta con que sea idónea según las circunstancias del caso”.

Así, el Tribunal establece la doctrina conocida como del “no es no”, apreciando como única exigencia a la víctima la manifestación patente de la negativa a participar del acto lúbrico, pues especialmente en el caso de la intimidación (bien directa, bien mediata como se exponía anteriormente) no se puede exigir que se enfrente combativamente y arriesgando la vida para reconocer que se ha atentado contra su libertad sexual.

### *2.1.3. La intimidación ambiental*

Aparece en la jurisprudencia el reconocimiento de una forma de intimidación especial que no cumple con la exigencia de una amenaza a un bien jurídico, al menos, de forma explícita. Es el caso de la llamada “intimidación ambiental”.

Un primer reconocimiento de esta intimidación ambiental puede encontrarse en la STS 1291/2005, de 8 de noviembre, cuando señala que:

“Debe haber condena de todos los que en grupo participan en estos casos de agresiones sexuales múltiples y porque la presencia de una u otras personas que actúan en connivencia con quien realiza el forzado acto sexual forma parte del cuadro intimidatorio que debilita o incluso anula la voluntad de la víctima para poder resistir

(...). En estos casos el efecto intimidatorio puede producirse por la simple presencia o concurrencia de varias personas, distintas del que consuma materialmente la violación, ya que la existencia del grupo puede producir en la persona agredida un estado de intimidación ambiental.”

O también la STS 1771/2007, de 8 de febrero, al considerar que

“La intimidación no solamente resulta de lo declarado por las menores en el juicio oral, acerca de que se habían sentido intimidadas (...), sino de la objetividad que proporciona la diferencia de edad: 18 años frente a 13, que en esa franja es de una gran importancia. Del propio modo, de la situación de temor ambiental que crearon en todo el local, de modo que dominaban la situación, a modo, como lo habría hecho, una banda violenta.”.

Inicialmente la jurisprudencia recogía dicha intimidación ambiental, de un modo razonablemente restrictivo, exigiendo la pluralidad de sujetos en connivencia con el agresor, un espacio cerrado y la minoría de edad de la víctima como elemento fundante de la intimidación ambiental. Era la situación de miedo causado por la inferioridad psicológica de la víctima por verse rodeada de adultos la que fundaba la intimidación ambiental.

Así, en lugar de en una amenaza explícita o inequívoca, como podría ser una amenaza verbal o colocar un cuchillo en el cuello de la víctima, la intimidación se funda en una amenaza estrictamente tácita e hipotética, consistente en lo potencialmente intimidatorio del contexto. Resulta difícil reconciliar el concepto doctrinal de intimidación con el miedo causado por una situación en que no se amenaza un bien jurídico, pero en que la víctima considera que podría amenazarse. Sin embargo, este concepto, que es un desarrollo jurisprudencial orientado a salvar lo impreciso de la tipificación de los delitos contra la libertad sexual, goza de creciente aceptación y progresivamente extensiva aplicación.

Una sentencia paradigmática a este respecto es la ya antes citada STS 2200/2019, de 4 de julio, que resuelve el recurso de casación interpuesto frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Navarra en el famoso caso de “La Manada”.

En el *factum* de la sentencia recurrida se describe como los cinco acusados, de entre 24 y 28 años en aquel momento, indican a la víctima, de 18 años, que entre en un portal,

tirando de su brazo para ello, le dicen que los acompañe hasta un lugar recóndito y una vez ahí mantienen relaciones sexuales en grupo con ella.

Estos hechos, unidos a la declaración de la víctima de haberse sentido progresivamente agobiada, intimidada y angustiada, hacen que el Tribunal considere que los hechos pueden considerarse objetivamente intimidatorios e idóneos para anular la voluntad de la víctima hasta el punto de incapacitar a la víctima para manifestar que no deseaba participar del acto y conducirla a un sometimiento pleno.

Esta justificación, sin embargo, resulta difícilmente reconciliable con parte de la jurisprudencia de la propia sala hasta la fecha. Por lo eminentemente subjetivo del valor intimidatorio de aquello que la víctima perciba como una amenaza tácita, que puede ni tan siquiera corresponder con una voluntad de amenazar del autor, consideraba la STS 3883/2013, de 10 de julio, que:

“Para apreciar la intimidación este elemento debe tener relevancia objetiva y así debe constatarse en el hecho probado. Lo relevante es el contenido de la acción intimidatoria llevada a cabo por el sujeto activo más que la reacción de la víctima frente a aquella. El miedo es una condición subjetiva que no puede transformar en intimidatoria una acción que en sí misma no tiene ese alcance objetivamente.

Es preciso, en este sentido, que, expuesta la intención del autor, la víctima haga patente su negativa. Que exista una situación intimidante que pueda considerarse suficiente para doblegar su voluntad, tanto desde el punto de vista objetivo, que atiende a las características de la conducta y a las circunstancias que la acompañan, como subjetivo, referido a las circunstancias personales de la víctima.

Como se ha establecido (...) basta que sean suficientes y eficaces (los actos intimidatorios) en la ocasión concreta para alcanza el fin propuesto del yacimiento, paralizando o inhibiendo la voluntad de resistencia de la víctima, y actuando en adecuada relación causal, tanto por vencimiento material como por convencimiento de la inutilidad de prolongar una oposición de la que, sobre no conducir a resultado positivo, podrían derivarse mayores males (...).”

El Tribunal consideraba que para salvar lo peligroso de la subjetividad en el concepto de intimidación, ha de estarse a lo intimidatorio de la acción en sí y a la oposición de la víctima.<sup>42</sup>

Si bien encontrarse una joven de 18 años rodeada de hombres mayores que ella en un rincón remoto resulta evidentemente una situación horriblemente intimidatoria si no desea mantener relaciones sexuales, puede considerarse como una cuestión de “intimidad” para quién sí lo desee. El contexto no parece objetiva, inequívoca y necesariamente intimidatorio, pues en caso de la joven haber consentido sería un contexto lógico apartarse del público.<sup>43</sup>

Parece entonces que la oposición de la víctima sería un elemento determinante para la consideración de si existe intimidación. Sin oposición resulta difícilmente distinguible el acto deseado y por ende no intimidatorio del no deseado.

Si se considera, por ejemplo, el caso de ser amenazada la víctima con un cuchillo en el cuello es evidente la naturaleza intimidatoria del acto, pues lo amenazante de la situación es ostensible y difícilmente puede responder a más utilidad que la de amenazar, por lo que puede entenderse que la mera oposición sin resistencia no es tampoco exigible. Sin embargo, como ya se señalaba, lo tácito de la amenaza en la intimidación ambiental, combinado con la ausencia de un peligro inmediato y evidente hacen difícil, en el contexto del Código Penal y la jurisprudencia actuales, justificar la apreciación de intimidación ambiental sin manifestación de oposición como se hace en la sentencia, y especialmente en el caso de una joven, que si bien joven, era mayor de edad.

#### *2.1.4. El consentimiento*

Analizado lo anterior, se puede observar con mayor claridad el contexto ofrecido por el Código Penal y la dificultad de la apreciación del consentimiento.

Cuando existe violencia o intimidación manifiestas, corresponde aplicar el tipo de agresión sexual. Cuando se produce una ausencia de consentimiento por lo fugaz del acto

---

<sup>42</sup> La oposición debe en todo caso distinguirse de la resistencia, siendo la primera la manifestación de la voluntad contraria a participar de un acto y la segunda los actos físicos dirigidos a impedir la realización de dicho acto. Se exige oposición, manifestar la voluntad de oposición, pero no resistencia.

<sup>43</sup> Resulta conveniente recordar aquí que el razonamiento presentado ni es una valoración del caso concreto ni un juicio sobre las prácticas que cada individuo considere deseables o reprochables, sino un mero análisis que pretende abstraer para identificar lo objetivamente intimidatorio de una situación, ejercicio exigido por el razonamiento del propio TS.

o las causas tasadas por el propio código para la ausencia de un consentimiento válido, mientras no medie violencia o intimidación, corresponde el tipo de abuso sexual. Finalmente, ante el vacío que ya se señalaba *supra* para el caso de relaciones sexuales sin violencia o intimidación, pero en las que no media consentimiento, sigue existiendo una situación controvertida.

Una interpretación estricta del Código Penal parecería exigir la consideración de tal supuesto como abuso sexual, pues no media violencia ni intimidación en el sentido tradicional de la misma. Existen sin embargo defensores de la teoría de que si no media oposición es porque necesariamente la víctima se sentía intimidada por la acción del autor. Esta interpretación, que niega la noción de consentimiento tácito es hacia la que se inclina la interpretación de la citada STS 2200/2019.

Parece evidente que es necesario dar una respuesta penal a este caso complicado, y que esa respuesta tiene una entidad que parece rebasar la mera interpretación, por lo que debería corresponder al legislador y no a los tribunales. En cualquier caso, la respuesta de estirar y forzar el concepto de intimidación para acomodar la vaguedad legal del actual CP parece poco sensata.<sup>44</sup>

## **2.2. La valoración y suficiencia de la prueba: el testimonio de la víctima**

La valoración de la prueba sea directa o indiciaria, en su generalidad no presenta especiales particularidades para el caso de los delitos contra la libertad sexual meritorios un análisis pormenorizado. La cuestión de mayor relevancia y que sí exige detenimiento es el testimonio de la víctima, al estar presente en la mayoría de los casos como elemento troncal de la prueba de cargo y ser una cuestión especialmente delicada por el riesgo de revictimización.

El testimonio de la víctima es una prueba directa, no indiciaria. Así lo han señalado tanto el TS (STS 1317/2004, de 16 de noviembre) como el TC (STC 173/1990, de 12 de noviembre). Sin embargo, evidentemente, al ser una prueba testifical (aunque no sea asimilable a la de un tercero), debe ser valorada por el Tribunal. Es prueba directa porque recoge información inmediata y directa sobre lo que se desea probar, no es necesario realizar un razonamiento para llegar hasta el cargo o descargo. Esto ni significa ni debe

---

<sup>44</sup> Para mayor abundamiento en la cuestión de qué respuestas son más pertinentes, *vid infra* apartado 3.

significar que no deba valorarse: ha de considerarse la veracidad e implicaciones de dicho testimonio.

Respecto de la condición de prueba testifical, señala la STS 2182/2018, de 13 de junio, que:

“la víctima se encuentra procesalmente en la situación de testigo, pero a diferencia del resto de testigos, es víctima, y ello debería tener un cierto reflejo diferenciador desde el punto de vista de los medios de prueba (...) No es tan sólo quien ha visto un hecho y puede testificar sobre él, sino que lo es quien es el sujeto pasivo del delito y en su categorización probatoria está en un grado mayor que el mero testigo ajeno y externo al hecho, como mero perceptor visual de lo que ha ocurrido”.

Esta particularidad tiene una doble trascendencia. Por un lado, la apreciación de la víctima del delito como sujeto pasivo le ofrece una granularidad de detalle excepcional, superior a la de cualquier mero testigo ocular, al encontrarse en la mayor inmediación posible a los hechos. Pero, por otro lado, lo dramático y traumático de la situación son idóneos para causar en la víctima un estado de agitación y estrés que le impida captar la realidad con la nitidez y objetividad propias de quien se encuentra sosegado. Así, el juez habrá de tener en cuenta ambas cuestiones cuando valore el interrogatorio.

El TS ha señalado reiteradamente, y entre otras la reciente STS 678/2019, de 6 de marzo, que el testimonio de la víctima puede ser por sí sólo suficiente prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia, pero cuando así sea deberá ser valorado con extraordinaria cautela por el tribunal por constituir una situación límite de riesgo para la presunción de inocencia.

La STS 3122/2001, de 16 de abril, señala tres criterios para la adecuada valoración del testimonio como única prueba de cargo, señalando que no son requisitos *stricto sensu*, sino pautas orientativas para facilitar el desarrollo de la casi artesana tarea que es razonar la valoración de una prueba testifical.<sup>45</sup> STS 3044/2016, de 21 de junio, ofrece un desglose claro de tales criterios en su FJ tercero:

- A) Ausencia de incredibilidad: de la que el tribunal distingue dos aspectos:
  - a. Las características físicas o psicoorgánicas de la víctima. Referido a valorar el grado de madurez, y la posible incidencia de trastornos o enfermedades

---

<sup>45</sup> En este sentido también STS 6182/2006, de 13 de julio, o STS 3256/2007, de 30 de abril, entre otras.

como el alcoholismo o la drogadicción que puedan interferir con su apreciación de la realidad o capacidad para reproducirla.

- b. La inexistencia de móviles espurios. La ausencia de un interés de la víctima en ver condenado al acusado por distinto del que pueda desarrollar por su condición de víctima. Se refiere a la ausencia de un rencor, odio o enemistad fruto de una relación pasada.

B) Verosimilitud del testimonio: basada en la lógica de la declaración y su apoyo en datos objetivos.

- a. No puede vulnerar las reglas de la lógica o la común experiencia por sí, resultandos inverosímiles aquellas declaraciones ostensiblemente fantasiosas o manifiestamente contrarias a lo que se espera de la realidad.
- b. “La declaración de la víctima ha de estar rodeada de corroboraciones periféricas de carácter objetivo obrantes en el proceso”. Debe manifestar algún fundamento contrastable en la medida que esto sea posible. De no serlo, no implica la necesaria inviabilidad de la declaración, pero la concordancia de la declaración con evidencias materiales es un fuerte sustento de aquella. En este sentido, se ha llegado a considerar como una de estas corroboraciones periféricas el tiempo que ha tardado la víctima en contárselo a otras personas y en denunciar.<sup>46</sup>

C) Persistencia de la declaración, que puede entenderse como:

- a. Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones. No exige el tribunal la repetición robótica ni “discográfica” de la declaración, que puede llegar a ser un indicador de que es una declaración preparada y no sincera. Lo que se exige es una estabilidad y continuidad en los elementos troncales del relato.
- b. Concreción en la declaración. La existencia de detalles y particularidades propias de la descripción que hace quien ha experimentado algo aportan credibilidad a la declaración, mientras que la sustitución de éstos por apreciaciones genéricas o vagas detraen de aquella.
- c. Coherencia o ausencia de contradicciones. En realidad, es una precisión de la primera consideración de ausencia de modificaciones, con la especial relevancia que tiene el hecho de que la contradicción apunta con mayor

---

<sup>46</sup> STS 645/1999, de 29 de abril.

intensidad a la posible falsedad del mensaje que una mutación del relato no contradictoria.

Resulta evidente, por tanto, que en la cuidadosa valoración que se debe realizar del testimonio de la víctima hay elementos de valoración indiciaria, aunque no se dé una prueba indiciaria como tal (pues el hecho indiciado no es un elemento del tipo sino la veracidad de la declaración).

La posibilidad de intentar practicar la prueba indiciaria parece universal, si bien no siempre fructuosa. En este sentido, parece injustificado renunciar a intentar practicarla por considerar suficiente el testimonio de la víctima, pues equivaldría a una renuncia expresa del tribunal a conocer en mayor profundidad unos hechos de los que tiene muy escaso conocimiento y sobre los que va a decidir el devenir la libertad de una persona.

Cuando se carezca de pruebas directas distintas del testimonio de la víctima, la ausencia de la prueba indiciaria como prueba de cargo o descargo sólo será razonable cuando el resultado de practicar la misma sea inconcluyente, bien por ausencia de indicios, bien por insuficiencia de éstos para concluir bajo las reglas de la sana crítica en ningún sentido. En otras palabras, será en este caso, cuando de los indicios, por escasos o por contradictorios no se pueda concluir nada, que podrá darse tenerse el testimonio de la víctima como única prueba de cargo.

En caso de que la prueba indiciaria fuese también de cargo, evidentemente el testimonio ya no sería prueba única. Más relevante es el caso de que la prueba indiciaria fuese de descargo. En este sentido, parece razonable afirmar que el refuerzo que la prueba indiciaria de descargo ofrece a la presunción de inocencia son, en principio y según la entidad de la prueba indiciaria, suficientes para que la sola declaración de la víctima no posea la virtualidad de enervar dicha presunción.

### 3. PROPUESTAS Y ALTERNATIVAS

Como se señalaba supra, existen dos cuestiones fundamentales a abordar. La primera, el objeto de la prueba del consentimiento, que entronca necesariamente con la concepción jurídica que se tenga del mismo, a medio camino entre lo material y lo procesal. La segunda, la facilidad de la prueba y sus efectos sobre la víctima.

Sería de poca utilidad tratar de abordar ambas cuestiones independientemente, pues según el objeto mutará la bondad de su prueba. Se presentan a continuación algunas alternativas y propuestas fruto de toda la reflexión anterior.

### **3.1. Las presunciones como alternativa a la prueba indiciaria**

La única manera de evitar la necesidad de probar algo es, naturalmente, presumirlo. Surgen entonces dos cuestiones: qué debe presumirse en qué condiciones y si debe haber prueba en contrario.

#### *3.1.1. Consideraciones generales y criterios de valoración*

Nos encontramos ante un caso que exige un juicio de proporcionalidad en términos constitucionales. Para el uso de estas presunciones habrá de verificarse la inexistencia de alternativas lo cual parece sencillo, pues la presunción y la prueba agotan el espacio de los medios por los que el tribunal se puede convencer de un hecho; que logre el objetivo legítimo que se propone y que tal beneficio sea proporcional respecto al daño que causa.

Estos criterios permiten, además de decidir sobre la constitucionalidad de aplicar la medida, permiten decidir si resulta más adecuada una presunción *iuris et de iure* o *iuris tantum* según sea el resultado de aplicar este juicio a cada una de las alternativas. Para responder de modo preciso, habrá de estar a la presunción concreta que se desee valorar. En términos generales, ha de prestarse atención a varias cuestiones.

La primera cuestión es la facilidad de la prueba del hecho objetivo a partir del que se presume el subjetivo. Si pese a que exista la posibilidad de prueba directa esta es tan poco plausible que el hecho objetivo se probará mediante presunciones es probable que no se esté alcanzando el objetivo de proteger a la víctima.

La segunda cuestión será dimensionar el daño que se causa a la presunción de inocencia o a la libertad en términos generales por la aplicación de la medida. Este punto queda analizando en mayor profundidad *infra*.

Finalmente, habrá de ponderarse el aumento de protección para la víctima y seguridad jurídica que se obtenga de aplicar la presunción frente al daño que se causa a la libertad y a la presunción de inocencia para decidir si la medida es proporcional o no.

#### *3.1.2. Presunciones iuris et de iure*

Es una objetivación absoluta del elemento subjetivo en que se establece una relación de necesidad entre el elemento objetivo y el subjetivo: si se da el hecho objetivo, significa que se da el subjetivo. Esto no significa, que la ausencia del objetivo implique necesariamente la ausencia del subjetivo. El elemento objetivo es condición suficiente pero no necesaria del subjetivo.

Esta solución, por ejemplo, es la que adopta el art. 181.2 CP cuando señala que se considerará que no hay consentimiento cuando la persona sobre la que se practican los actos lúbricos estuviese inconsciente, tuviese un trastorno mental o hubiese sido drogada para ello. Si se demuestra alguno de estos hechos observables, objetivos, no será necesario indagar sobre el elemento no observable que es la voluntad de la víctima de consentir.

Esta medida protege a la víctima de la revictimización al hacer innecesario el examen indiciario a la vez que respeta la presunción de inocencia. El punto cuestionable es la extensión que implica de lo que prohíbe el tipo penal y, con ello, la reducción de libertad que impone a la sociedad.

Las presunciones sin prueba en contrario presentan inherentemente un problema de alcance excesivo. Es imposible que la presunción no abarque en su prohibición casos que atendiendo al elemento subjetivo habrían estado permitidos. Por ejemplo, si se presumiese sin prueba en contrario que en los actos lúbricos en que participen al menos una mujer y más varones que mujeres existe intimidación, se estaría prohibiendo actos que la libertad sexual no parece exigir que se prohíban necesariamente.

Mientras el tipo penal con elementos subjetivos es una restricción legitimada por la protección del bien jurídico propio del tipo penal, el exceso de extensión de la prohibición a los casos objetivos más allá de los subjetivos no encuentra su legitimación en ese mismo bien jurídico protegido, sino que habrá de encontrarla en la reducción de la revictimización, la protección de la presunción de inocencia y/o el aumento de la capacidad para impartir justicia que genere.

La capacidad para impartir justicia con esta técnica vendrá limitada por la exhaustividad que las presunciones. Si todos los posibles escenarios de aquello que se quiere prohibir (en el ejemplo, los actos lúbricos sin consentimiento) quedan subsumidos por presunciones, se habrá logrado objetivar completamente el elemento subjetivo. El problema es que, de no producirse dicha exhaustividad, hay dos posibilidades: renunciar

a castigar aquello que realmente repugna a la sociedad o establecer un criterio escoba subjetivo.

Y debe señalarse el dramático riesgo que supone, en su uso, afirmar dicha exhaustividad. Tal afirmación rechaza la posibilidad de enjuiciar aquellos casos que no encajen en los presupuestos que se consideran exhaustivos bajo ese precepto penal. La enorme pluralidad de la casuística y la constante evolución de la sociedad hacen que dicha afirmación de exhaustividad sea, casi por definición, incorrecta y por ende injusta.

La primera posibilidad cuando las presunciones no son exhaustivas es renunciar al castigo. Esta posibilidad parece inaceptable por permitir sistemáticamente algo que la sociedad considera intolerable.

La segunda posibilidad, más común y que encontramos en el art. 181.1 CP, es utilizar la presunción como. El problema de esta alternativa es que se renuncia a objetivar una parte de los escenarios posibles, volviendo al punto de partida en esos casos.

Se observa así que se produce un binomio exhaustividad-coherencia: cuanto más exhaustivo sea el sistema de presunciones respecto al elemento subjetivo, naturalmente más incoherente por exceso será.

Si bien parece aceptable y razonable prohibir una pequeña cantidad de actos que de otra manera serían aceptables a cambio de obtener un sistema judicial más justo, llevar esta técnica al extremo desvirtúa la propia naturaleza del sistema penal por resultar excesivamente prohibitivo e, incluso, pudiendo llegar a ser contrario a la propia sociedad y al sentido común: si se prohíbe cualquier forma de interacción humana se es exhaustivo con todos los delitos, pero el sacrificio en forma de posibilidades lícitas que se pierden es evidentemente inasumible, además de ser una norma impracticable.

Esta posibilidad es por tanto idónea para aquellos casos en que los actos que se prohíban que de otra manera estuviesen permitidos sean poco comunes y relevantes, siendo aceptable como sociedad renunciar a ellos.

La aplicación de esta alternativa a los delitos contra la libertad sexual resulta extraordinariamente complicada, pues las prohibiciones que habría que vertebrar resultarían inoperantemente restrictivas hasta el punto de ser fácticamente inaplicables. Por ejemplo, si se prohíbe mantener relaciones sexuales sin un formulario de consentimiento firmado por ambas partes. Es una presunción sin prueba en contrario de

que, sin tal consentimiento firmado, no existe consentimiento, aunque ciertamente lo hubiese.

### *3.1.3. Presunciones iuris tantum*

Una presunción *iuris tantum* es, de facto, una inversión de la carga de la prueba sobre el elemento presumido. Si, por ejemplo, se presume intimidación siempre que el acto lúbrico lo lleven a cabo una pluralidad de varones con una minoría de mujeres, la responsabilidad de proveerse de los medios de prueba que acrediten la ausencia de intimidación recae sobre los varones.

La ausencia de prueba en contrario hace de la presunción una extensión del hecho prohibido. La posibilidad de la prueba en contrario lo que hace es destruir la presunción de inocencia respecto al hecho presunto. El riesgo es que por la aparente mayor flexibilidad que aporta la existencia de prueba en contrario, el legislador adopte esta estrategia con mayor liberalidad que las presunciones *iuris et de iure*.

La destrucción de la presunción de inocencia no es una consecuencia necesariamente menos gravosa para los derechos fundamentales del conjunto de la ciudadanía que la restricción de la libertad mediante una prohibición. Por ende, el uso de estas presunciones debe estar sometido a la misma medida y cuidado que el de aquellas.

La consideración más relevante para establecer esta inversión de la carga de la prueba sobre un elemento del tipo es la facilidad de prueba en contrario para el acusado. El daño para la presunción de inocencia será menor cuanto más sencillo sea para el acusado demostrar su inocencia. Si resulta extraordinariamente sencillo, la presunción *iuris tantum* actúa más como una exigencia de colaboración que como una presunción de culpabilidad.

Sin embargo, ha de señalarse que el riesgo inherente a las presunciones *iuris tantum* es que en el esfuerzo probatorio del acusado se recurra a la prueba indiciaria. Si esto sucede, la única diferencia con haber mantenido el elemento subjetivo es una injustificada inversión de la carga de la prueba.

Por tanto, esta solución sólo será adecuado emplearla cuando la prueba en contrario pueda ser directa y muy sencilla para el acusado. Tampoco parece esta una solución al problema de los delitos contra la libertad sexual. La solución de presumir que no existe consentimiento salvo que se pruebe lo contrario, lo que implicaría de facto proscribir las

relaciones sexuales a nivel conceptual y establecer una excepción a la prohibición, puede tener la virtud de que generalmente resulta más sencilla la prueba de lo sustantivo (el consentimiento) que de lo no sustantivo (la ausencia), si bien no es evidente que esa generalidad se concrete también en el caso del consentimiento para las relaciones sexuales.

En cualquier caso, parece que establecer que la generalidad de las relaciones sexuales son un delito es una mala opción legislativa, además de producir un “intercambio” en que menos culpables se librarían de dañar el bien jurídico protegido a cambio de que más inocentes fuesen condenados sin haberlo dañado, y con una proporción que es dudoso que resulte suficiente para justificar su implementación.

### **3.2. La prueba preconstituida**

Otra posibilidad de minimizar la revictimización en la medida de lo posible es que el testimonio de la víctima durante la fase de investigación constituya prueba, es decir, suprimir la exigencia de intermediación en el juicio de la prueba testifical de la víctima. Ciertamente esta posibilidad no aborda el objeto de la prueba, sino que resulta una medida más genérica destinada a minimizar la revictimización en el contexto actual.

Una primera base legal se encuentra en los art. 448 y 777 LECr, que recogen la posibilidad general de preconstituir prueba ante la imposibilidad de realizarla en el juicio.

Resulta relevante además señalar la Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito, que en su art. 26 recoge la posibilidad de que para evitar la revictimización se reciba el testimonio de la víctima menor de edad o discapacitada mediante la reproducción en juicio de la grabación de su testimonio durante la investigación o se realice a través de un experto.

Resulta de excepcional trascendencia para la cuestión la STS 1804/2009, 10 marzo de 2009, que ya en su FJ tercero realiza una descripción precisa y acertada de la llamada prueba preconstituida, distinguiéndola de la anticipada por no tener lugar ante el tribunal juzgador sino ante el instructor, produciendo efectivamente una quiebra del principio de intermediación, además del de contradicción.

Dirime el tribunal en el FJ cuarto la cuestión nuclear de la prueba preconstituida: cómo se ha de entender la imposibilidad de los citados artículos de la LECr y si tal noción de

imposibilidad es aplicable al caso de la preconstitución de prueba para el testimonio de la víctima, y, en definitiva, su compatibilidad con el principio de intermediación.

Señala así que tradicionalmente se han tenido por causas de imposibilidad tres: la muerte, la incapacidad y la ausencia de la península. A este respecto, aprecia el tribunal que la idea de “imposibilidad” se ve templada por la referencia a la ausencia de la península, que no es una imposibilidad absoluta sino funcional. Seguidamente, señala el tribunal en referencia al origen de la imposibilidad que

“(J)unto a la procedente de materiales obstáculos para la realización del testimonio, se han de incluir también los casos en que exista riesgo cierto de producir con el testimonio en el Juicio Oral graves consecuencias para la incolumidad psíquica y moral de menores de edad víctimas de delitos de contenido sexual. Éste es ya un valor incorporado al derecho positivo, y en cuanto su vulneración es repudiada por el orden jurídico, nada impide reputar como casos de imposibilidad los que implican desconocer o dañar ese nuevo interés de la infancia protegida por la ley”

En su fundamento jurídico quinto, la sentencia aborda la cuestión de la falta de contradicción. Argumenta el tribunal que la ausencia formal de imputado no implica su indefensión si el letrado encargado de su defensa sí estaba presente y pudo intervenir a tal efecto. De este modo, establece el tribunal una salva al elemento formal de la contradicción, pero no a su fundamento material, por lo que a sensu contrario debe entenderse vulnerado este principio si en la preconstitución de la prueba no está presente, al menos, y con posibilidad de intervención, el abogado de la defensa.

Finalmente, y en lo que respecta a la posibilidad de que sea un experto a través de quien se instrumente la práctica de la prueba, señala la, en su FJ sexto, que

“(L)o que se persigue es preservar su equilibrio emocional al relatar unos graves hechos de abuso sexual (...). Eso no significa que el interrogatorio lo dirija el experto, sino el Juez de Instrucción con intervención de las partes presentes, bajo el control de aquél y por medio instrumental del experto”.

Se articula así la figura del experto como una suerte de “escudo” emocional, que asegure en la medida de lo posible evitar la revictimización a la vez que permite practicar la prueba testifical en el juicio. El efecto que puede tener este experto es del todo incierto. Bien puede la víctima ser más clara y articulada por encontrarse más tranquila, como

puede suceder que el experto mitigue las preguntas que se le hagan hasta el punto de impedir que se esclarezcan los extremos más relevantes de la cuestión. Habría por tanto de estar al caso concreto y exigir al tribunal la mayor diligencia en la vigilancia de esa cuestión.

### **3.3. Crítica al Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual**

Para dar solución al problema de la ausencia de consentimiento sin violencia ni intimidación manifiesta, una de las exigencias más repetidas y aclamadas en lo relativo a la objetivación del consentimiento es “sólo sí es sí”. Se pretende sustituir el elemento eminentemente subjetivo del consentimiento por la explícita y objetiva manifestación del tal consentimiento de modo afirmativo. En este sentido lo presenta el Anteproyecto de Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, redactado por el Ministerio de Igualdad en 2020 bajo el mando de Irene Montero, que en su disposición final primera apartado octavo propone una modificación del art. 178 CP, quedando el apartado primero de dicho artículo redactado de la siguiente manera:

“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como reo de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Se entenderá que no existe consentimiento cuando la víctima no haya manifestado libremente por actos exteriores, concluyentes e inequívocos conforme a las circunstancias concurrentes, su voluntad expresa de participar en el acto”.

Se observa el uso del mecanismo descrito *supra* de la presunción *iuris et de iure* en que un elemento subjetivo, la ausencia de consentimiento como dimensión interna de la formación de la voluntad, se presupone a partir de un hecho objetivo, la ausencia de manifestación expresa de la voluntad de participar.

La propuesta logra dar una respuesta bastante inequívoca a la cuestión de la manifestación del consentimiento: tiene que ser expreso. Sin embargo, es sencillo prever numerosos problemas de su hipotética aplicación.

#### *3.3.1. La desconexión con la realidad social*

El primer problema es que se trata de una norma irremediablemente abocada a ser generalmente desobedecida por su desconexión con la realidad social, y es que el

consentimiento para las relaciones lúbricas es preeminentemente tácito. Si se piensa en una pareja con una relación sentimental estable, sería una clara muestra de ingenuidad pensar que por un cambio en el Código Penal van a empezar a solicitarse mutuamente en la intimidad de su hogar consentimiento explícito para cada acto lúbrico que realicen.

En lo referido a relaciones esporádicas, parece sustancialmente más sensato y una exigencia, a mi juicio, sana y positiva. Sin embargo, la expectativa de que se vaya a obedecer generalizadamente sigue resultado poco plausible, especialmente si se tiene en cuenta el grueso de la población que a penas sí conoce qué es el Código Penal.

Parece evidente que se trata de un caso en que se intenta usar la ley como motor de la sociedad. Esto ha demostrado funcionar de un modo muy eficaz en algunos casos, como la Ley 28/2005, de 26 de diciembre, conocida como Ley Antitabaco. Sin embargo, a mi juicio y basado en la experiencia, el éxito de dicha Ley no se ha debido a su capacidad para concienciar a la población, sino en lo extraordinariamente sencillo que resultaba identificar y castigar su infracción, y la concienciación a resultado ser un efecto del cambio de hábitos forzado y la observación de los efectos positivos de dicho cambio en el largo plazo.

Sin embargo, al contrario que la Ley Antitabaco, el incumplimiento de este precepto del código penal que exige la expresión inequívoca y explícita del consentimiento es extraordinariamente difícil de detectar por la administración, pues afortunadamente la gran mayoría de los actos lúbricos son consentidos y no trascienden la intimidad de quienes los llevan a cabo, por lo que, al contrario que con la Ley Antitabaco, es casi imposible obligar a su cumplimiento.

Además, las leyes penales no deberían emplearse para impulsar cambios sociales. El punitivo es el poder más agresivo del Estado hacia la libertad de los ciudadanos, hasta el punto de poder cercenarla absolutamente. Resulta, cuanto menos, alarmante que se utilice como herramienta de transformación social, pues su misión es castigar aquello que la sociedad considera intolerable, y no aquello que una parte de la sociedad considera que debería cambiar. Llamar criminal al marido que mantiene relaciones sexuales con su mujer, completamente consentidas por ambos, es, a la vez bárbarico y una banalización de la función del derecho penal.

Por tanto, resulta evidente que esta es una cuestión propia de la de educación y no de la legislación penal, y tratar de legislar en ese sentido antes de que se haya educado es intentar construir la casa por el tejado.

### *3.3.2. La ineffectividad de la medida*

El segundo problema, más grave incluso, es que esta medida sólo logra aclarar la forma que debe adoptar el consentimiento, pero poco hace para asegurar que éste se respete, facilitar la condena de quien no lo haga o proteger a la víctima frente a la revictimización.

Los delitos proscritos por el Código Penal no pueden tratar de entenderse divorciados de la posibilidad de probarlos. Que se deba explicitar la manifestación del consentimiento no hace especialmente más sencillo su prueba: sería el testimonio de la víctima contra el del acusado y la prueba indiciaria para tratar de dilucidar si existía, en el momento del acto lúbrico, consentimiento o no, acabaría causando una revictimización idéntica a la que se puede producir hoy.

Por tanto, no es sólo una cuestión de que el consentimiento sea explícito, sino de los medios para probar dicha manifestación. Un mínimo de sensatez parece obligar a grabar dicho consentimiento con fecha, hora, lugar, actos y extensión de lo consentido; y en un extremo ridículo la obligación de elevar dicho consentimiento a documento público para mayor garantía, que además al ser referido a un derecho fundamental y no poder renunciarse anticipadamente al mismo debería ser un documento individual para cada acto realizado y no un consentimiento genérico y perpetuo hasta nueva noticia.

Las posibles exigencias que se hagan a la certificación del consentimiento, cuanto más rígidas y mayor seguridad aporten, más separadas estarán de la realidad social y por tanto menos probable es su acatamiento generalizado.

### *3.3.3. El problema de la extensión temporal del consentimiento*

El derecho a la libertad sexual es una extensión del derecho fundamental consagrado en el art. 15 CE. Como tal, es un derecho intrínseco a la dignidad del ser humano al que no cabe renunciar. Resulta a todas luces repugnante la idea de que alguien se vea obligado por un contrato que firmó en el pasado a mantener relaciones sexuales en contra de su voluntad.

Del razonamiento anterior parece desprenderse necesariamente que el consentimiento pueda retirarse en cualquier momento. Surge, por tanto, un problema con la delimitación

del consentimiento expresamente manifestado. Habiéndose manifestado expresamente su prestación, ¿significa que la retirada deba manifestarse en los mismos términos? De ser así, la legislación podría estar incluso agravando la posición de la víctima que se arrepiente de haber prestado consentimiento y no manifieste la ausencia del mismo de un modo inequívoco por lo violento de la situación. Y en caso de no deber manifestarse la retirada o modificación en los mismos términos que se prestó, la ganancia de la norma en términos de seguridad jurídica sería inexistente porque la posibilidad de constatar el consentimiento inicialmente pero no continuadamente no opera ningún incremento en la seguridad de las partes respecto al consentimiento de la contraparte durante la realización de los actos inicialmente consentidos.

#### *3.3.4. La ignorancia del problema más severo de las agresiones sexuales frente a los abusos*

Una de las medidas más llamativas del citado Anteproyecto es la supresión del actual tipo penal de abuso sexual del Capítulo II del Título VIII del Libro II del Código Penal y su confusión con el tipo de la agresión sexual del art. 178.

Esta medida, evidentemente, pretende aumentar el reproche sobre los abusos sexuales al equipararlos al delito más grave, bajo la ya señalada concepción de que cualquier ausencia de consentimiento se debe a la intimidación tácita del autor. Sin embargo, la forma en que se instrumenta esta intención logra lo contrario.

Es innegable que ser víctima de un delito de los actuales abusos sexuales es una experiencia extraordinariamente traumática y horrenda para la víctima, pero igualmente parece razonable señalar que la presencia de violencia o intimidación son, a priori, factores que hacen dicha experiencia sustancialmente peor. El nivel de trauma y sufrimiento de la víctima, que evidentemente puede variar de un modo impredecible entre personas y situaciones, es razonable esperar que sea sustancialmente mayor en aquellas personas que sufrieron la experiencia en las condiciones de mayor hostilidad y agresividad.

La exigencia positiva del consentimiento haría precisamente innecesaria esa expansión del concepto de intimidación manifiesta a intimidación ambiental, por lo que no obedece a ninguna razón de necesidad la confusión de ambos delitos.

Además, resulta aparentemente contradictorio con la tesis de que la ausencia de oposición se debe necesariamente a la intimidación el hecho de que el nuevo artículo diferencie entre los casos en los que no se manifiesta positivamente el consentimiento y aquellos en los que además haya intimidación, lo que deja dos posibilidades: que la tesis de que la ausencia de consentimiento implica intimidación subsista y el primer caso castigue exclusivamente el consentimiento tácito, o que la tesis no sea cierta.

Tampoco sería necesaria dicha confusión de los actuales tipos si lo que se desease fuese agravar las penas de cualquiera de los tipos. Pero resulta aún más llamativo que para el caso en que medie violencia o la intimidación, la propuesta reforma no opera ningún cambio salvo reducir la pena máxima en caso de que no haya agravantes de cinco a cuatro años de prisión.

Parece razonable considerar que la gravedad de la revictimización sea proporcional al trauma original. Siendo así, la propuesta del anteproyecto ignora a las víctimas más vulnerables frente a la revictimización en favor de medidas fundamentalmente cosméticas.

Al no operar ninguna reforma sobre el elemento eminentemente subjetivo de la intimidación, seguirá siendo necesaria la prueba indiciaria para comprobar dicho elemento y se seguirá teniendo que someter a examen a las víctimas a las que este examen más sufrimiento causa.

## **CONCLUSIONES**

El derecho procesal penal juega un rol crucial en cómo se imparte la justicia. Es la vía por la que la voluntad popular, plasmada en ley escrita, realmente se manifiesta sobre la realidad, pasando de intención a acción. Y esta interacción plantea una serie de sutilezas y problemas que han de tenerse presentes para alcanzar la justicia tanto al legislar en materia material penal como procesal.

La prueba indiciaria ofrece una vía adicional, casi siempre disponible, para el convencimiento del juez de la culpabilidad del acusado. La extraordinaria relevancia de la condena penal exige al juez la máxima diligencia en el examen de la realidad mediante las herramientas de que disponga, por lo que la práctica de la prueba indiciaria parece, en aquellos casos en que la prueba directa sea muy escasa, una exigencia de la presunción de inocencia.

Sin embargo, lo mediato de esta prueba, la separación entre lo sensorialmente apreciado y la conclusión extraída, exigen de la práctica de esta prueba una especial cautela para que ese salto, esa conexión realizada por la aplicación de la lógica y las máximas de la experiencia por parte del juez, sea lo más objetivo posible, y, con ello, justo.

La aplicación que se ha estudiado en este trabajo a través de la jurisprudencia, la manifestación de la relevancia de los conceptos teóricos planteados ha sido la prueba de los delitos contra la libertad sexual. Esta cuestión, de rabiosa actualidad y enorme complejidad, se ha abordado del modo más holístico posible, desde el derecho, pero mirando a la realidad, para poder distinguir las buenas soluciones de las desafortunadas, y con ello poder concluir unas directrices básicas de cómo puede llegarse a una solución estable, razonada y, sobre todo, justa.

Se ha observado así que la vaguedad del CP en la casuística de los delitos de agresiones y abusos sexuales, unidos a la complejidad de su prueba, han dado origen a un descontento social respecto a las soluciones que la justicia venía imponiendo, así como la mutación de la jurisprudencia, con la interpretación extensiva del concepto de intimidación hacia la intimidación ambiental y la proliferación y tendencia de generalización en su uso.

Se ha señalado que el problema es doble: no sólo qué constituye qué delito, sino cómo se prueba, y que por tanto la solución típica que ofrezca el código penal a la protección

de la libertad sexual ha de valorar tanto la casuística que condena como la facilidad de su prueba, tal que se respeten la presunción de inocencia, el principio de *nulla poena sine lege*, se proteja a la víctima y se administre justicia. Este equilibrio, sin duda arduo de alcanzar, no debe por complicado ser desdeñado, ignorado u obviado, pues una solución que no reconozca la importancia de dicho equilibrio difícilmente puede considerarse justa.

En este sentido, se han examinado las propuestas que actualmente se encuentran sobre la mesa, señalando sus deficiencias, no desde el ánimo de deslegitimarlas, sino como ejercicio necesario de reflexión y coherencia jurídica que asegure que lo que se haga, por lo importante que es hacerlo, esté bien hecho.

Finalmente, concluir con dos reflexiones. La primera, recordar que el fundamento de que exista un sistema de justicia estatal es, precisamente, evitar la visceralidad de la represalia. Sin duda la víctima ha de ser protegida, pero si se institucionaliza el sentimiento de irracional posicionamiento propio de las relaciones personales, como el progenitor que defiende a su prole, se pierde el sentido de que exista un tribunal.

Y la segunda, poner en valor la relación que debe haber entre lo académico y el mundo. Ese valor jesuita del servicio, de reflexionar, pero hacerlo con el objetivo de servir al conjunto de la sociedad, a mi juicio, es troncal en la actividad académica. El saber no debe ser huraño, exiliarse de la sociedad porque esta no parezca apreciarlo, sino redoblar su esfuerzo en mejorar una sociedad pese a que, en muchas ocasiones, esta no parezca dispuesta a escuchar. Tal vez, precisamente, porque y cuando esta no parezca dispuesta a escuchar.

## **BIBLIOGRAFÍA.**

### **I. LEGISLACIÓN**

Constitución Española de 1978 (BOE núm. 311, de 29 de diciembre de 1978)

Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional (BOE núm. 239, de 05 de octubre de 1979)

Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal (BOE núm. 281, de 24 de noviembre de 1995)

Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (BOE núm. 7, de 08 de enero de 2000)

Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito (BOE núm. 101, de 28 de abril de 2015)

Ley 41/2015, de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales (BOE núm. 239, de 06 de octubre de 2015)

Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal (BOE núm. 260, de 17 de septiembre de 1882)

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil (Gaceta de Madrid núm. 206, de 25 de julio de 1889)

### **II. JURISPRUDENCIA**

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 174/1985, de 17 de diciembre (BOE núm. 13 de 15 de enero de 1986)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 175/1985, de 17 de diciembre (BOE núm. 13 de 15 de enero de 1986)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 169/1986, de 22 de diciembre (BOE núm. 17 de 20 de enero de 1987)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 55/1987, de 13 de mayo (BOE núm. 134, de 05 de junio de 1987)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 173/1990, de 12 de noviembre (BOE núm. 289 de 03 de diciembre de 1990)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 189/1998, de 28 de septiembre (BOE núm. 260 de 30 de octubre de 1998)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 220/1998, de 16 de noviembre (BOE núm. 301 de 17 de diciembre de 1998)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 73/2001, de 26 de marzo (BOE núm. 104 de 01 de mayo de 2001)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 155/2002, de 22 de julio (BOE núm. 188 de 07 de agosto de 2002)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 167/2002, de 18 de septiembre (BOE núm. 242 de 09 de octubre de 2002)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 43/2003, de 3 de marzo (BOE núm. 63 de 14 de marzo de 2003)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 163/2004, de 4 de octubre (BOE núm. 270 de 09 de noviembre de 2004)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 145/2005, de 6 de junio (BOE núm. 162 de 08 de julio de 2005)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 308/2005, de 12 de diciembre (BOE núm. 10 de 12 de enero de 2006)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 213/2007, de 8 de octubre (BOE núm. 273 de 14 de noviembre de 2007)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 41/2008, de 10 de marzo (BOE núm. 91 de 15 de abril de 2008)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 111/2008, de 22 de septiembre (BOE núm. 245 de 10 de octubre de 2008)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 127/2008, de 27 de octubre (BOE núm. 281, de 21 de noviembre de 2008)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 109/2009, de 11 de mayo (BOE núm. 137 de 06 de junio de 2009)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 144/2012, de 2 de julio (BOE núm. 181, de 30 de junio de 2012)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 222/2012, de 27 de noviembre (BOE núm. 313, de 29 de diciembre de 2012)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 133/2014, de 22 de julio (BOE núm. 199 de 16 de agosto de 2014)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 105/2016, de 6 de junio (BOE núm. 170 de 15 de julio de 2016)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 55/2017, de 11 de mayo (BOE núm 142, de 15 de junio de 2017)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 37/2018, de 23 de abril (BOE núm. 130 de 29 de mayo de 2018)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 131/2018, de 12 de diciembre (BOE núm. 13 de 15 de enero de 2019)

Sentencia del Tribunal Constitucional núm. 35/2020, de 25 de febrero (BOE núm. 83, de 26 de marzo de 2020)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3801/1988, de 20 de noviembre (CENDOJ, ECLI: ES:TS:1988:3801)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 775/1992, de 6 de abril (CENDOJ, ECLI: ES:TS:1992:775)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 645/1999, de 29 de abril (CENDOJ, ECLI: ES:TS:1999:645)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3122/2001, de 16 de noviembre (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2001:3122)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1317/2004, de 16 de noviembre (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2004:1317)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1266/2005, de 24 de octubre (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2005:1266)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1291/2005, de 2 de marzo (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2005:1291)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 7950/2005, de 27 de diciembre (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2005:7950)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6182/2006, de 13 de julio (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2006:6182)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1771/2007, de 8 de febrero (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2007: 1771)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3256/2007, de 30 de abril (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2007: 3256)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4996/2007, de 10 de julio (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2007:4996)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 5274/2007, de 10 de julio (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2007:5274)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 6186/2007, de 14 de septiembre (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2007:6186)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 5272/2009, de 16 de julio (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2009:5272)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1804/2009, de 10 de marzo (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2009:1804)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 258/2010, de 12 de marzo (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2010:258)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 540/2010, de 8 de junio (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2010:540)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3121/2011, de 11 de mayo (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2011:3121)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 4415/2012, de 18 de junio (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2012:4415)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 132/2013, de 15 de enero (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2013:132)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2610/2013, de 29 de mayo (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2013:2610)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3883/2013, de 10 de julio (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2013: 3883)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1096/2014, de 26 de febrero (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2014:1096)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2848/2014, de 24 de junio (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2014:2848)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3233/2015, de 10 de julio (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2015:3233)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3044/2016, de 21 de junio (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2016:3044)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 689/2017, de 20 de febrero (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2017:689)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1564/2017, de 7 de abril (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2017: 1564)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1899/2017, de 12 de mayo (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2017: 1899)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2182/2018, de 13 de junio, (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2018: 2182)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 39/2019, de 17 de enero (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2019:39)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 678/2019, de 13 de junio (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2019: 678)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2182/2019, de 13 de junio (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2019: 2182)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 2200/2019, de 4 de julio (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2019:2200)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 3504/2019, de 4 de noviembre (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2019:3504)

Sentencia del Tribunal Supremo núm. 1325/2020, de 26 de mayo (CENDOJ, ECLI: ES:TS:2020:1325)

### **III. OBRAS DOCTRINALES**

BENTHAM, J., Y DUMONT, E., *“Tratado de las pruebas judiciales”*, Ediciones Jurídicas Olejnik, Santiago de Chile, 2020.

BONET NAVARRO, J., *“Litigación y teoría de la prueba”*, Tecnos, Madrid, 2019.

BUESO SÁNCHEZ, M. P., *“De las presunciones e indicios”*, Anuario de la Facultad de Derecho, Universidad de Extremadura.

CARNELUTTI, F. *“La prueba civil”*. Ediciones Jurídicas Olenjnik, Santiago de Chile, 2018.

CLARIA OLMEDO, J. A., *“Derecho Procesal Penal”*, Rubinzal-Culzoni Editoriales, 1998.

CORDÓN AGUILAR, J. C., *“Prueba indiciaria y presunción de inocencia en el proceso penal”*, Universidad de Salamanca, 2012.

CORTÉS DOMÍNGUEZ, V., Y MORENO CATENA, V., *“Derecho Procesal Civil. Parte Especial”*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2019.

DÍAZ GÓMEZ, A. y PARDO LLUCH, M. J., “Delitos sexuales y menores de edad: Una aproximación basada en las personas privadas de libertad en la isla de Gran Canaria”, *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminológica*, art. 11, núm. 19, 2017, p. 7. (disponible en <http://criminet.ugr.es/recpc/19/recpc19-11.pdf>, última consulta 18/05/20).

GÓMEZ DE LA TORRE, I. B., GARCÍA ARÁN, M. y MUÑOZ CONDE, F., *“La reforma penal de 1989”*, Tecnos, Madrid, 1989, p. 269.

HERRERA ABIÁN, R., “*La intermediación como garantía procesal*”, Albolote, 2006.

JAÉN VALLEJO, M., “*Recursos contra sentencias penales*”. 2016. (disponible en <https://elderecho.com/recursos-contrasentencias-penales>, última consulta 27/04/20).

LIÑÁN LAFUENTE, A., “*Trazos de Derecho penal*”, 2ª edición, 2018, (disponible en <https://eprints.ucm.es/46155/1/Trazos%20de%20Derecho%20penal.%20Segunda%20edici%C3%B3n.pdf>, última consulta 24/05/20).

LÓPEZ MORENO, S., “*La prueba de indicios*”, Imprenta de Aurelio J. Alaira, Madrid, 1879.

MANTILLA, S. “*La revictimización como causal del silencio de la víctima*”. Revista de Ciencias Forenses de Honduras, Núm 1, 2015. Págs. 4-12.

MATHEUS LÓPEZ, C. A., “Sobre la función y objeto de la prueba”, Revista de Derecho, PUCP, Núm. 55, 2002, p. 324. (disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5084974.pdf>, última consulta 29/05/20).

MAZA MARTÍN, J. M., “*Algunas consideraciones Criminológicas de interés judicial sobre la víctima del delito*”, Víctima y Proceso Penal Costarricense, 2000.

MONTERO AROCA, J., “*Nociones generales sobre la prueba (entre el mito y la realidad)*”, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 7, 2000.

PELÁEZ VARGAS, G., “*Indicios y presunciones*”, Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Pontificia Bolivariana, núm 48. Págs. 49-72.

PUERTA, L. R., “*La prueba en el proceso penal*”, Aldaba: revista del Centro Asociado a la UNED de Melilla, 1995, págs. 47-80.

REVILLA GONZÁLEZ, J. A., “*El interrogatorio del imputado*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2000.

#### **IV. RECURSOS DE INTERNET**

EFE, Carmen Calvo defiende que las víctimas de delitos sexuales deben ser creídas «sí o sí, siempre», ABC, 14 de diciembre de 2018. Recuperado el 10 de abril de 2020, de [https://www.abc.es/familia/mujeres/abci-carmen-calvo-defiende-victimas-delitos-sexuales-deben-creidas-si-o-si-siempre-201812140728\\_noticia.html](https://www.abc.es/familia/mujeres/abci-carmen-calvo-defiende-victimas-delitos-sexuales-deben-creidas-si-o-si-siempre-201812140728_noticia.html) )

## **ANEXO I**

### **CRITERIOS ORIENTATIVOS PARA VALORAR LA SUFICIENCIA DE LA PRUEBA INDICIARIA EN LOS CASOS EN LOS QUE NO EXISTE PRUEBA DIRECTA**

STS 532/2019, de 4 de noviembre

## NOTA INFORMATIVA

### EL TRIBUNAL SUPREMO FIJA 20 CRITERIOS ORIENTATIVOS PARA VALORAR LA SUFICIENCIA DE LA PRUEBA INDICIARIA EN LOS CASOS EN LOS QUE NO EXISTE PRUEBA DIRECTA.

El Tribunal Supremo ha confirmado la condena impuesta por sentencia dictada por la Sala de lo Civil y Penal del Tribunal Superior de Justicia de Galicia, en el que se desestimaron los recursos de apelación interpuestos por los condenados contra sentencia de fecha 18 de octubre de 2018 del Magistrado-Presidente del Tribunal del Jurado de la Audiencia Provincial de A Coruña, en la que se condenaba a dos personas a las penas de 19 y 18 años de prisión por delito consumado de asesinato.

El jurado consideró que los dos acusados habían acabado con la vida de otra persona, y aunque no existió prueba directa del crimen sí que apreciaron y relataron en las respuestas al objeto del veredicto una serie de indicios concurrentes y concluyentes para sostener la condena.

La sentencia de la que ha sido ponente el magistrado Vicente Magro aceptó la valoración de la prueba existente de contenido meramente indiciario, en ausencia de prueba directa sobre todo en razón al poder de la concurrencia de la prueba indiciaria contundente, y fijando una serie de reglas o principios para entender concurrente la prueba indiciaria como suficiente para dictar una sentencia condenatoria, entre los que el Tribunal ha citado los siguientes:

- 1.- No pueden confundirse los indicios con las sospechas. Para enervar la presunción de inocencia **debemos contar con indicios probados y no con meras “probabilidades”** de que el hecho haya ocurrido
- 2.- El Juez o Tribunal **no puede ni debe fundamentar el fallo de la Sentencia en su simple y puro convencimiento subjetivo.**
- 3.- **La condena no puede fundarse en la creencia del Juez, Tribunal o del Jurado de que “creen” que los hechos ocurrieron como relatan, sino que “están convencidos” de que ocurrieron así**
- 4.- Se exige del Tribunal una **adecuada motivación acerca de la concurrencia de los indicios y su “relevancia probatoria”**.
- 5.-Elementos y requisitos en la prueba indiciaria:

***Elementos:***

- 1) Una afirmación base o indicio. La cita o mención de cuál es el hecho.
- 2) Una afirmación consecuencia. La referencia en la sentencia de lo que se deduce de él.
- 3) Un enlace lógico y racional entre el primero y el segundo de los elementos que lleva a la condena por la suma de los indicios plurales.

***Requisitos:***

- 1) Que exista una pluralidad de indicios. No puede precisarse, de antemano y en abstracto, su número

2) Que esta pluralidad de indicios estén demostrados mediante prueba directa.

3) Que de manera indispensable, entre el hecho demostrado o indicio y el que se trate de deducir haya un enlace preciso, concreto y directo según las reglas del criterio humano, y

4) Que el órgano judicial motive en su Sentencia el razonamiento de cómo ha llegado a la certeza del hecho presunto.

6.-La exigencia de la motivación en la sentencia respecto a la concurrencia de indicios y su consecuencia es más fuerte y debe ser más precisa que en los casos de prueba directa, ya que está es clara y diáfana, pero no lo son los indicios, porque si lo fueran sería prueba directa y no indiciaria.

**7.- Los indicios se alimentan entre sí para configurar la condena.** En otros términos, se trata del **“Razonamiento inductivo propio de la prueba de indicios”**.

8.- Si el órgano jurisdiccional no cumple con el deber constitucional de motivación es imposible tener acceso al proceso de inferencia llevado a cabo, y por consiguiente resulta imposible saber si el razonamiento es “arbitrario, absurdo o irracional”.

**9.- La clave de la teoría de la prueba de indicios o prueba indirecta radica en el enlace lógico y racional entre el indicio o afirmación base y la afirmación consecuencia.**

10.- Cuando el Tribunal “suma” los indicios en su proceso final tras el juicio se llega a hablar de una, denominada, **«certeza subjetiva»**, que lleva a la **«convicción judicial»**

**11.- La autoría que determina una condena no es “la mejor explicación posible a lo ocurrido”. No es una sentencia de “sospechas”, sino de convicciones respecto a que la suma de indicios determina y lleva al Tribunal a concluir con seguridad que el delito lo cometió el acusado.**

12.- Se trata, al fin y al cabo, de partir de la constatación de unos hechos mediatos para concluir otros inmediatos

**13.- El proceso deductivo** que debe llevar a cabo el Tribunal ha de quedar plasmado en toda su extensión, permitiendo así un *control de la racionalidad del hilo discursivo* mediante el que el órgano jurisdiccional afirma su inferencia. **Ha de quedar al descubierto el juicio de inferencia como actividad intelectual que sirve de enlace a un hecho acreditado y su consecuencia lógica.**

**14.- La inducción o inferencia es necesario que sea razonable.**

**15.- Los indicios deben mantener una correlación de forma tal que formen una cadena que vaya conformando el iter para llegar al proceso mental de convicción** que se conforma por la suma de los datos y la prueba de cada uno de ellos.

16.- Tanto esta Sala del Tribunal Supremo como el Tribunal Constitucional pueden y deben controlar la **razonabilidad del discurso explicado por el órgano jurisdiccional que dictó la Sentencia condenatoria basada en la prueba de indicios o prueba indirecta.**

17.- Puede efectuarse el control de constitucionalidad de la racionalidad y solidez de la inferencia en que se sustenta la prueba indiciaria

18.- Puede hablarse, así, de **dos tipos de irracionalidad** distintos que merecen tratamiento separado.

*a.- La falta de lógica y la concurrencia de arbitrariedad o absurdo.*

*b.- La falta de conclusividad.*

Solo cabe estimar que la garantía de la presunción de inocencia debe tenerse por vulnerada únicamente "cuando la inferencia sea ilógica o tan abierta que en su seno quepa tal pluralidad de conclusiones alternativas que ninguna de ellas pueda darse por probada"

19.- **La conclusión de una inferencia presuntiva debe considerarse cerrada, fuerte y determinada.**

20.- Para que la tesis acusatoria pueda prosperar, consiguiéndose la enervación de la presunción de inocencia, se la debe exigir una «**probabilidad prevaleciente**» con respecto a aquellas otras hipótesis explicativas de los mismos indicios, entre las que se puede contar la tesis fáctica de descargo.