

# LEX CRIMINALIS

BOLETÍN JURÍDICO PENAL DE LA ASOCIACIÓN JUDICIAL FRANCISCO DE VITORIA

Nº2 | Octubre 2022



## SUMARIO:

Consentimiento, medios de comisión y prueba, en los delitos contra la libertad sexual

Manuel Jaén Vallejo

Cuadro comparativo. Modificación del Código Penal a raíz de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual

Claudio García Vidales

El testigo protegido

José María Gómez Udías

**AJFV**  
ASOCIACIÓN  
JUDICIAL  
FRANCISCO DE  
VITORIA

Nº2 octubre 2022

LEX CRIMINALIS

Boletín Jurídico Penal de la Asociación  
Judicial Francisco de Vitoria  
ajfv@ajfv.es

## CONSEJO ASESOR

ANDRÉS MARTÍNEZ ARRIETA  
JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG  
PASCUAL MARTÍNEZ ESPÍN  
JUAN FRANCISCO MESTRE DELGADO

## COMITÉ EDITORIAL:

Luis Juan Delgado Muñoz  
Verónica Ponte García  
Claudio García Vidales  
Rafael Herreros López  
Arturo Valdés Trapote

Edita: Asociación Judicial Francisco  
de Vitoria.  
C/ Alberto Bosch nº 5, Bajo A, Madrid.

Diseño: Raspabook  
Fotografía de portada. (Escalinata de  
entrada al Salón de los Pasos Perdidos.  
Palau de Justícia de Barcelona. Sede de la  
Audiencia Provincial y Tribunal Superior  
de Justicia de Cataluña. Autor: Oficina de  
comunicación. TSJ de Cataluña)  
ISSN: 2605-2773

## EXENCIÓN DE RESPONSABILIDAD:

Las opiniones, comentarios y hechos  
consignados en cada artículo efectuados por  
los autores son de su exclusiva responsabilidad  
y no han de ser necesariamente compartidos  
por los miembros del Comité Editorial y, por  
tanto, no se asume responsabilidad de los  
mismos por parte de éstos y de la Asociación  
Judicial Francisco de Vitoria. El Comité  
Editorial y la Asociación Judicial Francisco de  
Vitoria no se hacen responsables, en ningún  
caso, de la credibilidad y autenticidad de los  
trabajos

03

**Consentimiento, medios de comisión y prueba, en los delitos contra la libertad sexual (A propósito de las Leyes Orgánicas 8/2021 y 10/2022).**

por Manuel Jaén Vallejo Magistrado

20

**Cuadro comparativo. Modificación del Código Penal a raíz de la LO 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual.**

por Claudio García Vidales Juez del Juzgado  
de Primera Instancia e Instrucción N.º 5 de  
Roquetas de Mar

45

## El testigo protegido

José María Gómez Udías. Juez de Adscripción  
Territorial. Tribunal Superior de Justicia de  
Cataluña, Provincia Barcelona

# Consentimiento, medios de comisión y prueba, en los delitos contra la libertad sexual

A propósito de las Leyes Orgánicas 8/2021 y 10/2022

Manuel Jaén Vallejo  
Magistrado

## Sumario:

Introducción.

I. El consentimiento como pieza clave en los delitos de naturaleza sexual: ¿no es no? o ¿sí es sí?

II. Agresiones y abusos sexuales: ¿es innecesaria esta diferenciación?

III. La prueba en los delitos de naturaleza sexual, en especial cuando afectan a menores. Conclusiones.

Bibliografía.

## Introducción

1. En la reciente Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, se producen importantes cambios respecto a la cuestión del consentimiento en los delitos contra la libertad sexual<sup>1</sup>, una de las claves de estos delitos, naturalmente cuando la víctima es mayor de la edad prevista en el código para poder consentir en la práctica de la relación sexual, dieciséis años, pues si es menor de esta edad

operara la presunción iuris et de iure de falta de consentimiento.

Otra cuestión de relevancia que se ve afectada en la reforma que se acaba de aprobar tiene que ver con los medios de comisión, esto es, la agresión y el abuso sexual.

Y otro aspecto de especial relevancia en estos delitos, cometidos por lo general en la intimidad, tiene que ver con la prueba, más aún cuando afectan a menores, materia en la que ha incidido la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que modifica algunos preceptos de la ley de Enjuiciamiento Criminal, regulando una materia tan necesitada de desarrollo como es la prueba preconstituida.

2. La Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual, conocida comúnmente como la ley del «sí es sí», se centra en la necesidad del consentimiento expreso de la mujer a mantener relaciones sexuales, debiendo expresar la misma, a través de actos explícitos, su conformidad con esas relaciones, para poder excluir la aplicación del delito,

<sup>1</sup> V., ampliamente, sobre estos delitos, Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez, A.L., *Derecho Penal aplicado. Parte Especial. Delitos contra los intereses individuales y las relaciones familiares*, Madrid, 2020, ed. Dykinson, pp. 203 y ss.

frente a la otra posición, mantenida a lo largo de su tramitación, del «no es no», que exigía para poder apreciar el no consentimiento, luego el delito, algún tipo de acto de comunicación, de rechazo, por parte de aquella, de manera que si la situación no estuviera clara, fuera ambivalente, operaría el principio in dubio pro reo, impidiendo la condena, es decir, en esta hipótesis tendría que expresarse el «no» para poder apreciarse el delito.

En cualquier caso, si la comunicación entre las personas que mantienen la relación sexual no es posible, por ejemplo porque la víctima está dormida, hay una situación amenazante (caso de «la manada», esto es, agresiones sexuales en grupo), la persona está drogada, o se trata de una persona con discapacidad psíquica, la ausencia de consentimiento y, por tanto, el delito, será evidente.

### **I. El consentimiento como pieza clave en los delitos de naturaleza sexual: ¿no es no? o ¿sí es sí?**

1. El nuevo art. 178 castiga, como reo de agresión sexual, con la pena de prisión de uno a cuatro años, un marco penal realmente muy amplio, al que “realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”.  
Añadiendo el texto legal que “se consideran en todo caso agresión

sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad”.

Y la pena se agrava, castigándose, como violación, con una pena de prisión de cuatro a doce años, también aquí con un marco penal muy amplio, “cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías” (art. 179).

El consentimiento, pues, es la pieza clave del delito, la que legitima la relación sexual, salvo en los casos de menores que aún no pueden prestar su consentimiento para ello, cuya ausencia misma basa la concurrencia del delito. Un consentimiento que debe haberse manifestado mediante un acto claro y expreso.

Llama la atención que en el anteproyecto inicial de reforma de estos delitos sexuales el consentimiento estaba configurado en sentido negativo y, en cambio, en el proyecto de ley orgánica, así como en el texto finalmente aprobado, como se vio, se configura en sentido positivo.

Así, según el Anteproyecto (que plasmaba en su articulado el principio del «no es no»): “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”.

Es decir, según este criterio, si la mujer expresa su rechazo mediante su negativa o mediante alguna señal de comunicación inequívoca en tal sentido es claro que no concurrirá el consentimiento y, por tanto, podrá haber delito. Pero si este no está claro, si la situación es ambigua, no sería posible, según este criterio, castigar a la persona, en virtud de la presunción de inocencia y el principio del in dubio pro reo.

En cambio, según el texto aprobado (que plasma el principio del «sí es sí»): “Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”.

Este último criterio, que es el que finalmente queda implantado en el código penal, está basado en un modelo de consentimiento positivo, mencionando la exposición de motivos del proyecto de ley orgánica el Convenio de Estambul (Convenio del Consejo de Europa sobre prevención y lucha contra la violencia contra la mujer y la violencia doméstica, hecho en Estambul el 11 de mayo de 2011), cuyo art. 36.2 dice que “el consentimiento debe prestarse voluntariamente como manifestación del libre arbitrio de la persona considerado en el contexto de las condiciones circundantes”.

Por tanto, según este modelo del “solo sí es sí”, el silencio o pasividad no puede interpretarse necesariamente como prestación del consentimiento, es decir, no oponerse a la relación no equivale a consentimiento. Desde este punto de vista parece, pues, que aquellos supuestos de ambigüedad deberían resolverse a favor del no consentimiento y, por tanto, de la subsunción positiva bajo el tipo penal del delito en cuestión, operando así una especie de presunción contra el acusado.

No hay consentimiento, pues, tanto cuando la víctima muestra claramente su oposición, como cuando, sencillamente, no consiente, de la manera prevista legalmente, en la realización de la actividad sexual, porque “solo sí es sí”.

El consentimiento excluyente de la tipicidad sólo se podrá apreciar cuando así se haya manifestado mediante actos que revelen claramente que se admite la actividad sexual; no cuando simplemente haya silencio o pasividad, pues no cabe admitir una especie de presunción del consentimiento por parte de la víctima en estos casos, ni siquiera aun cuando anteriormente esas mismas personas hayan mantenido relaciones sexuales consentidas.

El problema que presenta este criterio, que sin duda obedece a una indiscutible buena intención del legislador, y que desde un punto de vista pedagógico, educativo, puede resultar perfectamente admisible, al transmitir la idea esencial de que las relaciones sexuales deben basarse en el consentimiento libre de la

persona, algo que nadie discute, es que en el ámbito del derecho penal, que afecta a la libertad de las personas, dilucidándose aquí sobre la posible imposición al autor de una pena de prisión que puede llegar hasta los doce años, rige un conjunto de principios y garantías, de inexcusable aplicación, que son los que fundamentan su legitimidad y que han ido desarrollándose a lo largo de muchos años, tanto en el ámbito material como en el procesal. Principios y garantías que fundamentan la legitimidad del derecho penal y son de inexcusable cumplimiento en el marco del Estado democrático de Derecho que rige nuestro ordenamiento jurídico<sup>2</sup>.

Entre esos principios y garantías está el derecho a la presunción de inocencia, una de las garantías más esenciales del proceso penal y una de las características más significativas del actual modelo del debido proceso (*due process model*), vigente en nuestro país, como en tantos otros países de nuestro entorno cultural, que se constituye como una limitación al *ius puniendi* del Estado<sup>3</sup>.

2 Cfr., en este sentido, Jaén Vallejo, M., *Garantías penales*, editorial Atarazana, Madrid, 2019, pp. 9-10.

3 Cfr., en este sentido, Bernal Cuéllar, J. y Montealegre Lynett, E., *El proceso penal*, Universidad Externado de Colombia, 2004, p. 357, argumentando al efecto que el debido proceso constituye una limitación al poder punitivo del Estado, “en cuanto comprende el conjunto de garantías sustanciales y procesales especialmente diseñadas para asegurar la legalidad, regularidad y eficacia de la actividad jurisdiccional en la investigación y juzgamiento de los hechos punibles, con miras a la protección de la libertad de las personas, o de otros derechos que puedan verse afectados”.

Nadie duda de la necesidad de protección de las potenciales víctimas, entre ellas las de los delitos contra la libertad sexual, de ahí la previsión legal de los tipos penales que los integran, pero ello no puede ser excusa para una posible relajación de la protección de todo investigado, que además es una de las funciones del proceso mismo, porque no se debe olvidar que no hay mayor víctima que una persona acusada de un delito que no ha cometido, luego inocente, que es, en realidad, la hipótesis que debe tenerse siempre presente cuando se juzga a alguien. Y desde luego, en una sociedad de libertades como la nuestra, es más aceptable el riesgo de que un culpable pueda ser absuelto, que el riesgo de que un inocente pueda ser condenado.

Con buen criterio, la Sentencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo 487/2022, de 18 de mayo, ha expresado su rechazo de que se parta de prejuicios valorativos de credibilidad derivados de una firme presunción de que quien narra haber sufrido el hecho victimizador ya es la víctima y que, por tanto, su testimonio es más valioso, pues ello supone una profunda alteración de las reglas del juego, de un proceso penal justo y equitativo, como el que afortunadamente rige en nuestro país.

Las dudas, pues, sobre el consentimiento, en situaciones que pueden resultar ambiguas, en las que la persona no ha manifestado la negativa a mantener la actividad sexual, a pesar de existir la posibilidad de comunicación, no existiendo, por supuesto, ninguna situación amenazante o en la que aquella

tenga anulada su voluntad, ni ninguna otra de las situaciones a las que se refiere el art. 178.2 (violencia, intimidación etc.), no pueden resolverse en contra de acusado, como lo pretende el legislador al establecer una presunción de que no hay consentimiento si no ha habido un acto que exprese claramente la voluntad de la persona (art. 178.1), pues a pesar de esto último puede que sí haya habido consentimiento, aunque no se haya expresado en la forma pretendida por el legislador, o al menos existir serias dudas sobre ello, y condenar en tales circunstancias creo que supondría una vulneración palmaria de la presunción de inocencia que asiste a todo acusado en un Estado democrático de Derecho, aparte de que tratándose de un delito contra la libertad sexual, si realmente ha habido consentimiento, aunque no se haya manifestado mediante un acto expreso, difícilmente podrá apreciarse la lesión de esa libertad, luego del bien jurídico protegido.

2. El Tribunal Supremo, en su Sentencia 145/2020, frente a la pretendida pretensión del recurrente, que venía condenado por un delito de violación, en el sentido de que fue la «actitud de la víctima» (en estado de ebriedad en el momento del acto sexual) lo que había provocado el hecho, afirmaba los siguientes parámetros para enjuiciar la cuestión debatida:

La mujer tiene derecho a vestir como estime por conveniente, o a iniciar una relación con un hombre,

sin que por ello deba verse sometida a una coactiva relación sexual.

La libertad de la mujer para vestir no legitima a ninguna persona a llevar a cabo una relación sexual incoactiva, y que inicie una relación con alguien no le permite a otras personas forzarle sexualmente.

La decisión de la mujer sobre su libertad sexual no permite la coacción, la violencia o la intimidación, ya que la libertad de decidir con quien desea mantener una relación sexual es patrimonio de la mujer, y no puede ser interpretado subjetivamente por nadie y atribuirse una decisión de mantener relaciones sexuales con ella salvo que exista un expreso consentimiento de la víctima para tal fin.

Si no existe el consentimiento, la libertad sexual de la víctima está por encima de las interpretaciones subjetivas que pueda llevar a cabo el agresor, ya que «no está legitimado para interpretar sobre la decisión de la mujer», sino a preguntar si desea tener relaciones sexuales y no forzarle directamente a tenerlas.

Las interpretaciones subjetivas del autor en cuanto a la relación sexual con otra persona quedan fuera de contexto si no hay consentimiento de esta última.

No puede alegarse como excusa para tener acceso sexual que es la víctima la que lo provoca por su forma de vestir o actuar. Esto último no puede manifestarse como

«consentimiento», ya que vestir o actuar no equivalen al consentimiento que se exige para dar viabilidad a una relación sexual «consentida».

No existe el consentimiento presunto entendido por el agresor a instancia de la interpretación subjetiva del autor por la forma que vista o actúe la mujer.

Aunque todas estas afirmaciones no pueden sino compartirse plenamente, debe insistirse en que pueden producirse situaciones en las que no esté claro, desde un punto de vista ex ante, esto es, del momento en que tuvo lugar la actividad sexual, si hubo consentimiento, hipótesis en las que no se debería, a mi juicio, condenar al acusado, pues ni se habrá producido la vulneración del bien jurídico protegido, ni el derecho a la presunción de inocencia debería permitir llegar a tal conclusión.

A mi juicio, si la comunicación entre las dos personas que van a mantener la relación sexual es posible, exigir siempre un consentimiento expreso, es altamente cuestionable, pues es perfectamente posible que pueda percibirse ese consentimiento sin necesidad de que medie palabra alguna, esto es, por ciertas expresiones o gestos que revelen, sin necesidad de una ratificación expresa de ello, que la persona consiente en mantener el contacto sexual; el sí puede inferirse claramente del contexto de la situación. Y si esta es ambigua, no estando claro si hubo consentimiento, no habiéndose manifestado el «no», a pesar de existir la posibilidad de comunicación, es altamente cuestionable que pueda condenarse por el delito contra la libertad sexual que entre en consideración.

Otra cosa es que la víctima, por

determinadas circunstancias, tenga miedo de decir no, por ejemplo porque haya varios agresores (caso de «la manada»), o resulte que aquella ha sido drogada. Casos en los que, sin duda, no habrá consentimiento, y la correspondencia con el delito no presentará problema alguno. Con certeras palabras recordaba la mencionada Sentencia del alto Tribunal 487/2022, que “mientras la condena presupone la certeza de la culpabilidad, neutralizando la hipótesis alternativa, la absolució n no presupone la certeza de la inocencia sino la mera no certeza de la culpabilidad”, añadiendo que “la absolució n no se deriva de la prueba de la inocencia sino de la frustrada prueba de la culpabilidad más allá de toda duda razonable”, “de ahí que una hipótesis exculpatoria mínimamente verosímil arruine la probabilidad concluyente – la conclusividad – que exige el mencionado estándar”, pues mientras la hipótesis acusatoria “está llamada a servir de fundamento a la condena y, con ella, a la privación de libertad o de derechos de una persona” y, “por tanto, está sometida al principio constitucional de la presunción de inocencia como regla epistémica de juicio, por lo que debe quedar acreditada más allá de toda duda razonable”, la hipótesis defensiva es muy diferente, es la de debilitar, en su caso, la conclusividad de la hipótesis acusatoria, “no, de forma necesaria, excluirla”.

## II Agresiones y abusos sexuales: ¿es innecesaria esta diferenciación?

1. En la regulación del Código penal anterior a la última reforma de la Ley Orgánica 10/2022, según las modificaciones

introducidas en esta materia por la Ley Orgánica 1/2015, como la que elevó la edad del consentimiento sexual de los trece a los dieciséis años, siguiendo así la media europea, se distinguía, por un lado, entre las agresiones y abusos sexuales, referidos a mayores de 16 años y, por otro lado, las agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años, es decir, una doble distinción basada en la edad y el medio empleado: violencia o intimidación (caso de la agresión sexual), denominándose «violación» si se llega a producir acceso carnal por alguna de las vías previstas en el art. 179 (vaginal, anal o bucal), o introduciendo miembros corporales (por ejemplo, la lengua o los dedos) u objetos por alguna de las dos primeras vías; o sin violencia o intimidación (caso del abuso sexual), pero no mediando el consentimiento, caso de ejecutarse la acción sobre una persona privada de sentido, abusando de su trastorno mental, o utilizando fármacos, drogas, o cualquier otra sustancia que anule la voluntad, mediante prevalimiento de superioridad, mediante engaño o abuso de una relación de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, cuando en este último supuesto del engaño la víctima tiene una edad comprendida entre los 16 y los 18 años. En un capítulo aparte del código quedaban reguladas las agresiones y abusos sexuales a menores de 16 años, variando la pena según concurriera o no violencia o intimidación, o hubiera o no acceso carnal.

2. En cambio, en la reforma del Código penal operada por la Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual, entre otras novedades,

desaparece esa distinción entre agresión y abuso sexual, de manera que todo atentado contra la libertad sexual sin consentimiento se califica de agresión sexual, equiparándose las conductas no violentas a las violentas, pues el nuevo precepto penal (art. 178.1) deja claro que es agresión sexual “cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento”.

Lo anterior supone que se incrementan las penas de las acciones no violentas y se reducen las ejecutadas con violencia o intimidación, previéndose unos marcos penales muy extensos. Dejando claro el precepto, como se dijo, que “sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona”, añadiendo que “se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la víctima tenga anulada por cualquier causa su voluntad” (art. 178.2).

La eliminación de la distinción de agresión y abuso sexual parece estar basada en el Convenio de Estambul, que califica de “violencia sexual, incluida la violación”:

“a) La penetración vaginal, anal u oral

no consentida, con carácter sexual, del cuerpo de otra persona con cualquier parte del cuerpo o con un objeto; b) Los demás actos de carácter sexual no consentidos sobre otra persona; c) El hecho de obligar a otra persona a prestarse a actos de carácter sexual no consentidos con un tercero”.

Es decir, se pone el acento, no en los medios o forma en que tiene lugar el ataque a la libertad sexual (violencia, intimidación, prevalimiento), sino en la ausencia de consentimiento.

Pero claro, se obvia la diferencia que existe entre una agresión sexual caracterizada por el despliegue de violencia del autor sobre la víctima, golpeando a la víctima (vis física) o utilizando como amenaza, por ejemplo, un cuchillo (vis psíquica), con el potencial peligro para la vida que ello supone, y una relación sexual mantenida con un consentimiento viciado por las causas que menciona el legislador (sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuyo trastorno mental se abusare, anulando la voluntad de la víctima mediante el uso de fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto, o cuando el consentimiento se obtenga prevaliéndose el responsable de una situación de superioridad).

Corresponderá, pues, a los jueces y tribunales individualizar la pena dentro de los amplios márgenes punitivos previstos en la ley para tan diferente hipótesis (1/4 años, 4/12 años, 2/8 años y 7/15 años), con las dudas que ello supone, desde la perspectiva del principio de

legalidad, que entre sus exigencias esta aquella que obliga al legislador a precisar tanto el hecho punible como la consecuencia jurídico penal del mismo, a fin de que el ciudadano pueda saber qué es lo que no puede hacer y qué le sucederá si realiza una conducta penalmente prohibida. Como lo recordaba la Sentencia del Tribunal Constitucional 146/2017, la exigencia de *lex certa* del principio de legalidad penal consiste en “la predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes con la mayor precisión posible, para que los ciudadanos puedan conocer de antemano el ámbito de lo prohibido y prever las consecuencias de sus acciones”.

Paralelamente, en cuanto a los menores de 16 años, tampoco se distingue entre agresión y abuso sexual, castigándose con pena de dos a seis años al que “realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años”, incrementándose la pena de seis a doce años de prisión, “cuando el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías”.

Tanto en un caso como en otro el código penal anterior y el ahora vigente, que agrupa todos los delitos contra mayores de 16 años bajo la rúbrica de «De las agresiones sexuales», y los delitos contra menores de 16 años bajo la rúbrica de «De las agresiones sexuales a menores de 16 años», contemplan también agravaciones específicas, que pueden incrementar la pena hasta los quince años de prisión,

como es el caso de hechos que se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas, cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio, o cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.

3. A mi juicio, no se alcanza a comprender la razón político criminal de la indiferenciación, esto es, de la imprecisión de los medios empleados para la comisión del delito.

¿Por qué prever la misma pena para supuestos tan diferentes?, pues no es lo mismo que el autor realice la acción mediante un despliegue de violencia o amenaza de violencia, con el mayor peligro que ello supone para la víctima, que aquel otro hecho en el que el autor mantiene la relación sexual sirviéndose para ello de un consentimiento viciado. A mi juicio, insisto, aunque en ambos casos se vulnera por igual el bien jurídico protegido, son hechos diferentes que requieren, por razones de proporcionalidad, diferente respuesta penal, pues es más grave la primera hipótesis que la segunda.

En fin, la regulación anterior, que distinguía las agresiones sexuales, cuando se utilizaba violencia o intimidación, y los abusos sexuales, cuando no se daba ninguno de esos medios comisivos, pero el acto se cometía sin consentimiento, por estar este viciado, era una

regulación más acorde con una política criminal respetuosa de los principios de proporcionalidad y seguridad, pues cuanto más precisos sean los tipos penales, más eficaz será su aplicación, y constituía también una mejor técnica legislativa, al estar mejor definidos los tipos y más concretados los marcos penales aplicables en cada caso, dejando un menor margen al arbitrio judicial.

Sí es cierto, en cambio, que las diferentes hipótesis de ausencia de consentimiento válido previstas en el código anterior entre los abusos sexuales no merecían el mismo tratamiento penal, pues una cosa es que falte totalmente ese consentimiento, lo que ocurre en el caso de personas que se hallen privadas de sentido o su voluntad esté anulada por cualquier causa, que sí deben equipararse a aquellos otros en los que la libertad sexual de la víctima ha quedado neutralizada a causa del empleo de violencia o intimidación, y otra diferente que ese consentimiento esté viciado, lo que ocurre, por ejemplo, en el caso del prevalimiento de superioridad que coarta la libertad de la víctima, o cuando hay engaño o abuso de una posición de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima, casos que no deben equipararse a los anteriores, pues su gravedad es bien diferente.

### **III La prueba en los delitos de naturaleza sexual, en especial cuando afectan a menores**

Un último apartado que quiero abordar es el de la prueba en estos delitos sexuales, con especial referencia a los supuestos

en los que estos afectan a menores.

1. Ante todo, hay que recordar que el principio de la presunción de inocencia<sup>4</sup> exige la certeza sobre la culpabilidad del acusado, basada en una ponderada valoración de los medios probatorios obtenidos con todas las garantías del proceso, de manera que si no existe tal certeza sino una duda razonable, entonces no habrá ya suficiente prueba de cargo, vulnerándose, en caso de condena, dicho derecho fundamental, y ello ocurrirá también cuando existiendo una o varias hipótesis fácticas alternativas razonables favorables al acusado, se lo condena en cambio por la hipótesis acusatoria.

Recordar también que en el momento de ponderar la prueba hay un principio esencial de la prueba penal, que forma parte del derecho a la presunción de inocencia<sup>5</sup>, que es aquel en base al cual en caso de duda hay que decidir a favor del acusado: in dubio pro reo. Principio que impone a los jueces la obligación de absolver cuando no se hayan podido convencer de la culpabilidad del acusado, o de condenar, en caso de duda, por la hipótesis fáctica que le resulte más

favorable<sup>6</sup>.

Y en cuanto a la suficiencia de la prueba para poder desvirtuar la presunción de inocencia, en nuestro sistema procesal penal, como en otros sistemas procesales europeos, el juez o tribunal sentenciador no está vinculado a reglas legales sobre la prueba, a una prueba tasada<sup>7</sup>, vigente durante mucho tiempo en el marco del proceso inquisitivo, sino que rige el sistema de libre valoración, de manera que aquel puede alcanzar su convicción acerca de la existencia del hecho punible y la participación en él del acusado, con independencia de la clase de prueba que sea y de la cantidad de prueba de que disponga, siempre que se haya obtenido con las debidas garantías y su valoración se ajuste a criterios racionales<sup>8</sup>.

Ello significa que incluso las declaraciones de la presunta víctima, como único testigo, pueden erigirse en prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, algo que es necesario en delitos contra la libertad sexual (y otros, como los relacionados con la violencia de género)<sup>9</sup>, porque se trata de delitos que se producen en la intimidad, en los que no suele haber testigos.

4 Sobre el derecho fundamental a la presunción de inocencia entendido como la esencia de todo proceso penal, afirmando que no es un principio más del proceso, sino el proceso mismo, con sólidos argumentos, v. Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., *Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal*, editorial Marcial Pons, Madrid, 2012.

5 Así, con cita de la Sentencia del Tribunal Constitucional 31/1981, Bacigalupo, E., *Derecho penal y el Estado de Derecho*, Santiago de Chile, 2005, editorial jurídica de Chile, p. 198.

6 Cfr., Jaén Vallejo, M., *Derechos fundamentales del proceso penal*, Bogotá, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2ª edición, 2006, pp. 295 y ss.

7 Cfr. Jaén Vallejo, M., “La presunción de inocencia”, *Revista de Derecho penal y procesal penal*, octubre 2004, Buenos Aires, p. 357.

8 Cfr. Jaén Vallejo, M., “El criterio racional en la apreciación de la prueba”, *Revista de Derecho procesal*, nº 1/1989, Madrid, pp. 69 y ss.

9 V. Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez, A.L., *Derecho penal de género*, Madrid, 2021, ed. Cuniepe, pp. 162 y ss.

Ahora bien, la declaración de la denunciante, cuando constituye la única prueba de cargo, ha de ser valorada con las necesarias cautelas, pues su protección<sup>10</sup> no puede ser excusa para alterar las reglas de valoración probatoria y para debilitar la presunción de inocencia, lo que ha llevado al Tribunal Supremo, a exigir, para su validez, según reiteradísima jurisprudencia, los siguientes requisitos:

1º) ausencia de incredibilidad subjetiva, derivada de las relaciones acusador/acusado que pudieran conducir a la deducción de la existencia de un móvil de resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que prive a la declaración de la aptitud necesaria para generar certidumbre;

2º) verosimilitud, es decir, constatación de la concurrencia de corroboraciones periféricas de carácter objetivo, que avalen el testimonio de la víctima, la que puede personarse como parte acusadora particular o perjudicada civilmente en el procedimiento (art. 109 y 110 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal); en definitiva es fundamental la constatación objetiva de la misma existencia del hecho;

---

10 Hoy nadie duda de la necesidad de protección y trato digno hacia la víctima, así como la posibilidad de esta de seguimiento de la marcha del proceso. Cfr., en este sentido, Parma, C., en *Derecho, proceso penal y victimología*, obra colectiva dirigida por Reyna Alfaro, L.M., ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza (Argentina), 2003, p. 463. Cfr., sobre el estatuto jurídico de la víctima del delito en España, Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez, A.L., *La víctima en la justicia penal*, Madrid, 2016, editorial Dykinson.

3º) persistencia en la incriminación: ésta debe ser prolongada en el tiempo, plural, sin ambigüedades ni contradicciones, pues constituyendo la única prueba enfrentada a la negativa del acusado, que proclama su inocencia, prácticamente la única posibilidad de evitar la indefensión de éste es permitirle que cuestione eficazmente dicha declaración, poniendo de relieve aquellas contradicciones que evidencien su falta de verdad (por todas, Sentencia del Tribunal Supremo 172/2022, de 24 de febrero).

También en estos delitos, como en general en todo el proceso penal, tiene una especial relevancia, junto con la prueba directa, la prueba indiciaria<sup>11</sup>, siempre que reúna ciertos requisitos, puestos de manifiesto en los importantes precedentes del Tribunal Constitucional representados por las Sentencias 174 y 175 de 1985<sup>12</sup>, necesarios para poder destruir la presunción de inocencia, concretamente:

Que los indicios estén plenamente acreditados y que, además sean plurales (o, excepcionalmente, único pero de singular potencia acreditativa), que sean concomitantes al hecho a probar y estén interrelacionados, reforzándose entre sí. Que a partir de esos indicios se deduzca el hecho consecuencia, como juicio

---

11 V., Rivera Morales, R., “El conocimiento indiciario como evidencia inferencial”, *La prueba en el proceso*, Barcelona, 2018, editorial Atelier, pp. 303 y ss.

12 V., ampliamente, sobre la prueba indiciaria y, en particular, sobre los requisitos exigidos para su validez en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, Montañés Pardo, M.A., *La presunción de inocencia*, Madrid, 1999, editorial Aranzadi, pp. 105 y ss.

de inferencia razonable, es decir, que no solamente no sea arbitrario, absurdo o infundado, sino que responda plenamente a las reglas de la lógica y de la experiencia, de manera que de los hechos base acreditados fluya, como conclusión natural, el dato precisado de demostración, existiendo entre ambos un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano.

Y que la sentencia exprese cuáles son los hechos base o indicios en que se apoya el juicio de inferencia y que explique el razonamiento a través del cual partiendo de los indicios se llega a la convicción sobre el acaecimiento del hecho punible y la participación del acusado.

2. Naturalmente, en el caso concreto de víctimas menores de estos delitos, el problema se agrava, porque el testimonio del menor es fácil de ser influenciado, dada su vulnerabilidad por razón de la edad, capacidad intelectual o equilibrio emocional; víctimas que, además, están expuestas al riesgo de una victimización secundaria, por su sobrexposición a diferentes entrevistas y repetición de emociones negativas, que sin duda puede afectar a su autoestima y crearle una sensación de culpa, de ahí que sea absolutamente necesario en estos casos que en sus comparecencias se tome en cuenta su desarrollo evolutivo, su derecho a ser acompañadas por su representante legal, pudiendo ser asistidas por profesionales cualificados, preservando su intimidad, limitando así la presencia de las partes en el lugar de la exploración de la víctima, aunque posibilitándose la posibilidad de que

se facilite a las partes la posibilidad de trasladar preguntas o pedir aclaraciones a la víctima, utilizando siempre un lenguaje lo más común posible, para que les resulte comprensible la entrevista.

Y, por supuesto, en la hipótesis de menores de corta edad, niños, en una edad comprendida entre los 2/3 y hasta 6/7 años, es claro que su reducida capacidad cognitiva y de comunicación, impedirá su testimonio, por lo que la única solución posible en estos supuestos será acudir a la prueba pericial psicológica y la testifical de referencia, es decir, testigos de referencia, como padres, familiares, o profesionales, a los que los menores hayan contado de alguna manera lo sucedido, para poder basar así una sentencia condenatoria, sin vulneración de la presunción de inocencia del acusado, aunque esta prueba de referencia, a mi juicio, solo puede tener un carácter meramente complementario, de reforzamiento de la prueba que sí permita basar la condena, pero por sí sola creo que no tiene capacidad suficiente como para basar una condena, pues con ella ni se cumple el principio de la inmediación, ni tampoco el de la contradicción. Habría que acudir, pues, a los indicios concurrentes, como por ejemplo, indicios físicos, tales como lesiones, elementos biológicos, etc., y ver si con el conjunto de la prueba se puede llegar racionalmente a la conclusión condenatoria. Hay que tener en cuenta que según el propio Tribunal Constitucional (Sentencia 146/2003) “dicho medio de prueba es poco recomendable” (STC 35/1995), y que “puede despertar importantes recelos o reservas para su aceptación sin más como

medio apto para desvirtuar la presunción de inocencia “(STC 146/2003).

Ya tratándose de niños entre 6/7 y hasta 10/11 años, es claro que, según se desprende de la psicología del testimonio, cuyo conocimiento es tan necesario para los jueces, pueden llegar a prestar testimonio, al tener sus capacidades cognitivas y comunicativas más desarrolladas, por lo que pueden narrar los hechos, siendo la prueba anticipada (exploración del menor), según los expertos, el medio más idóneo para ello. Puede serlo incluso también para los ya adolescentes, hasta los 16 años, pues aunque estos tienen plena capacidad verbal y desarrollo cognitivo, similar al de los adultos, su testimonio en el juicio puede presentar alteraciones derivadas de la victimización y del desarrollo de su personalidad, que hagan aconsejable la práctica de la prueba preconstituida.

3. Esta prueba anticipada, que evita la participación del menor en un juicio, pues como nos lo enseña la psicología, ello podría generarle ansiedad y estrés, provocándole secuelas por el trauma que le puede suponer la confrontación con el adulto acusado, el interrogatorio cruzado entre las partes, y las preguntas que le pudieran hacer las partes, debe practicarse lo antes posible, sin dilaciones, tan pronto el juez acuerde dar verosimilitud a la denuncia interpuesta por el representante legal o el Ministerio Fiscal, para mayor protección del menor y para mejor conocimiento de lo sucedido, pues el transcurso del tiempo es claro que siempre disminuye la calidad del relato, aparte de la posible influencia en

él de terceras personas.

No cabe duda, pues, de la necesidad de protección de estos menores, testigos y víctimas, dada su vulnerabilidad, lo que impide su participación en el juicio, debiéndose anticipar su testimonio tan pronto ello sea posible.

Aquí es imprescindible respetar ciertas garantías para el mejor desenvolvimiento posible de la prueba, concretamente: que al menor se le tome la declaración en un escenario respetuoso con su intimidad, en compañía de personas de su entorno familiar; y que para la comunicación se utilice a los psicólogos, que serán quienes mejor puedan trasladar las preguntas de las partes y del juez al menor.

En realidad, la práctica de esta prueba anticipada, no sólo es útil y necesaria para salvaguardar el interés del menor, sino que también es el medio más adecuado, por su cercanía con los hechos y las circunstancias en que tiene lugar, para el mejor esclarecimiento de lo realmente sucedido, aunque ello suponga el sacrificio del principio de inmediación<sup>13</sup>.

4. El Tribunal Europeo de Derechos Humanos tiene declarado, a propósito del art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos, referido al juicio

---

13 Un principio esencial del juicio, junto con los de oralidad, contradicción y publicidad; v. Herbel, Gustavo A., “La intermediación: una garantía del imputado que nunca opera contra su titular”, en *Tendencias modernas del derecho penal y procesal penal*, libro homenaje a Enrique Bacigalupo, dirigido por Gustavo A. Arocena, Fabián I. Balcarce y José D. Cesano, Buenos Aires, 2013, editorial Hammurabi, pp. 429 y ss.

equitativo o con todas las garantías<sup>14</sup>, que para que un acusado pueda ser declarado culpable es necesario que las pruebas se practiquen ante el órgano judicial que lo enjuicie, en el marco de un debate contradictorio, por lo que es una garantía del proceso que el acusado pueda escuchar los testimonios de cargo, para poder así contradecir lo dicho por los mismos (bien en ese momento de la declaración, bien en un momento posterior).

Ahora bien, en el caso de delitos de naturaleza sexual en los que se ven afectados menores, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha reconocido que es posible valorar esa declaración con carácter previo al juicio oral, una prueba, pues, anticipada, sin presencia de aquellos en el juicio, siempre que no haya quedado afectado el derecho de defensa (Sentencia de 24-5-2016, caso Przydzial contra Polonia). Ello significa que la defensa ha de haber tenido la posibilidad de interrogar o hacer interrogar al menor víctima de los hechos, en especial cuando su declaración es la única prueba existente.

En definitiva, para que esta prueba anticipada pueda tener valor suficiente como para poder basar una sentencia condenatoria, la declaración del menor ha de tener lugar, por supuesto, en presencia de un juez, con intervención contradictoria de las partes, y siempre y

cuando se estime que la comparecencia del menor en el juicio puede tener contraindicaciones psicológicas. Y, naturalmente, dicha declaración prestada como prueba anticipada debe ser introducida en el juicio oral, reproduciéndose la grabación audiovisual, sin que sea necesaria la presencia del testigo en la vista (arts. 703 bis, párr. 1º, y 730.2, según la redacción dada por la Ley Orgánica 8/2021), abriéndose incluso la posibilidad de debatir sobre la misma en dicho acto.

5. En 2021 se aprobó una ley para completar la incorporación al Derecho español de la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil (Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia), modificándose algunos preceptos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Así, se regula la prueba preconstituida, ofreciendo los requisitos para su validez el nuevo art. 449 bis: deberá garantizarse el principio de contradicción en la práctica de la declaración, aunque la ausencia de la persona investigada debidamente citada no impedirá la práctica de la prueba preconstituida, si bien su defensa letrada, en todo caso, deberá estar presente y, en caso de incomparecencia injustificada del defensor de la persona investigada o cuando haya razones de urgencia para proceder inmediatamente, el acto se sustanciará con el abogado de oficio expresamente designado al efecto.

<sup>14</sup> V., ampliamente, sobre el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el derecho a un juicio justo, Barja de Quiroga, J., *Instituciones de derecho procesal penal*, Madrid, 1999, editorial Akal, pp. 71 y ss.

Por su parte, el nuevo art. 449 ter dispone que cuando una persona menor de catorce años (o persona con discapacidad) deba intervenir en condición de testigo en un procedimiento judicial que tenga por objeto la instrucción, entre otros, de un delito contra la libertad e indemnidad sexuales, la autoridad judicial acordará, en todo caso, practicar la audiencia del menor como prueba preconstituida, con todas las garantías de la práctica de prueba en el juicio oral – salvo, naturalmente, la relativa a la intermediación, pues el juez presente en la declaración no es quien va a juzgar y dictar la correspondiente sentencia –, asegurándose la documentación de la declaración en soporte apto para la grabación del sonido y la imagen. Es decir, la prueba preconstituida tiene en tal hipótesis (menores de 14 años) carácter imperativo.

En estos casos, el mismo precepto añade que “la autoridad judicial podrá acordar que la audiencia del menor de catorce años se practique a través de equipos psicosociales que apoyarán al Tribunal de manera interdisciplinar e interinstitucional, recogiendo el trabajo de los profesionales que hayan intervenido anteriormente y estudiando las circunstancias personales, familiares y sociales de la persona menor o con discapacidad, para mejorar el tratamiento de los mismos y el rendimiento de la prueba”. Además, en este caso, “las partes trasladarán a la autoridad judicial las preguntas que estimen oportunas quien, previo control de su pertinencia y utilidad, se las facilitará a las personas expertas”, y “una vez realizada la

audiencia del menor, las partes podrán interesar, en los mismos términos, aclaraciones al testigo”. “La declaración siempre será grabada y el Juez, previa audiencia de las partes, podrá recabar del perito un informe dando cuenta del desarrollo y resultado de la audiencia del menor”. Y “para el supuesto de que la persona investigada estuviere presente en la audiencia del menor se evitará su confrontación visual con el testigo, utilizando para ello, si fuese necesario, cualquier medio técnico”.

Por tanto, la referida reforma parte de la base de que la prueba preconstituida es un instrumento adecuado para evitar la victimización secundaria, eficaz cuando las víctimas son menores de edad (o con discapacidad necesitada de especial protección), estableciendo incluso su obligatoriedad cuando el testigo sea una persona menor de 14 años, luego facultativa para la franja de 14 a 18 años. En estos casos el juez, practicada la prueba preconstituida, sólo podrá acordar motivadamente la declaración del menor en el juicio cuando, interesada por una de las partes, se considere necesaria, es decir, tal declaración en juicio será excepcional (art. 703 bis, párr. 2º).

La grabación audiovisual de la prueba preconstituida se podrá reproducir en el juicio a instancia de cualquiera de las partes, sin que sea necesaria la presencia del testigo en dicho acto (art. 730.2), operando, pues, como una prueba documental más.

Por último, otra medida de protección del testigo/víctima menor de edad es la

prevista en el párrafo segundo del art. 707 que señala, según la nueva redacción, que cuando una persona menor de dieciocho años deba intervenir en el acto del juicio, su declaración se llevará a cabo evitando la confrontación visual con la persona inculpada, y para ello “podrá ser utilizado cualquier medio técnico que haga posible la práctica de esta prueba, incluyéndose la posibilidad de que los testigos puedan ser oídos sin estar presentes en la sala mediante la utilización de tecnologías de la comunicación accesible”.

#### Conclusiones

1ª. La pretendida necesidad de protección de las potenciales víctimas de los delitos contra la libertad sexual, perseguida por el legislador al plasmar en la nueva regulación legal de los delitos de naturaleza sexual (Ley Orgánica 10/2022, de 6 de septiembre, de garantía integral de la libertad sexual) el principio del «sí es sí», no puede ser excusa para una posible relajación de la protección de todo investigado, una de las funciones del proceso mismo, no debiéndose olvidar que no hay mayor víctima que una persona acusada de un delito que no ha cometido, luego inocente, que es, en realidad, la hipótesis que debe tenerse siempre presente<sup>15</sup>.

2ª. Es altamente cuestionable que las dudas sobre el consentimiento, en situaciones ambiguas, al menos desde la perspectiva ex ante de los hechos, en las que la persona no ha manifestado la negativa a mantener la relación sexual, a pesar de existir la posibilidad de comunicación, no existiendo ninguna situación amenazante o en la que

aquella tenga anulada su voluntad, ni ninguna otra de las situaciones a las que se refiere el texto legal (art. 178.2 CP), puedan resolverse en contra del acusado, como lo pretende el legislador, al establecer una presunción de que no hay consentimiento si no ha habido un acto que exprese claramente la voluntad de la persona (art. 178.1 CP).

3ª. Como con buen criterio recordaba la Sentencia del Tribunal Supremo 487/2022, “la condena presupone la certeza de la culpabilidad” y “la absolución no presupone la certeza de inocencia sino la mera no certeza de la culpabilidad”, añadiendo además que “la absolución no se deriva de la prueba de la inocencia sino de la frustrada prueba de la culpabilidad más allá de toda duda razonable”.

4ª. No es comprensible la razón político-criminal de la imprecisión de los medios empleados para la comisión del delito, que hasta ahora permitía distinguir entre las agresiones y los abusos sexuales, aunque sí es cierto que las diferentes hipótesis de ausencia de consentimiento válido que antes estaban previstas entre los abusos sexuales, no deben tener el mismo tratamiento penal, pues una cosa es que falte totalmente ese consentimiento, lo que ocurre en el caso de personas que se hallen privadas de sentido o su voluntad esté anulada por cualquier causa, que sí deben equipararse a aquellos otros en los que la libertad sexual de la víctima ha quedado neutralizada a causa del empleo de violencia o intimidación, y otra diferente que ese consentimiento esté viciado, lo que ocurre, por ejemplo, en el caso del prevalimiento de superioridad que

<sup>15</sup> Jaén Vallejo, M., *Garantías penales*, cit., p. 170.

coarta la libertad de la víctima, o cuando hay engaño o abuso de una posición de confianza, autoridad o influencia sobre la víctima.

5ª. En los delitos contra la libertad sexual, lo mismo que en otros delitos, como los relacionados con la violencia familiar y de género, que tienen lugar en la intimidad, no cabe duda que la declaración de un único testigo, normalmente denunciante, puede erigirse en prueba de cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, pero la misma ha de ser valorada con mucha cautela, sin alterar las reglas de valoración probatoria ni debilitar la presunción de inocencia del acusado.

6ª. La prueba preconstituida, de tanta importancia en el caso de testigos y víctimas menores de edad y tan necesitada de desarrollo, ha quedado por fin regulada en la Ley Orgánica 8/2021, de 4 de junio, de protección integral a la infancia y la adolescencia frente a la violencia, que modificó algunos artículos de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (arts. 449 bis y ter, 703 bis, 707 y 730), siendo preceptiva en la hipótesis de los menores de catorce años, siempre y cuando estos tengan ya cierta capacidad cognitiva y de comunicación (según los expertos a partir de los 6/7 años), y facultativa para la franja que va desde los catorce a los dieciocho años.

## **Bibliografía**

- Agudo Fernández, E., Jaén Vallejo, M. y Perrino Pérez, A.L., **La víctima en la justicia penal**, editorial Dykinson, Madrid, 2016.
- Derecho Penal aplicado. Parte Especial. Delitos contra los intereses individuales y las relaciones familiares**, editorial Dykinson, Madrid, 2020.
- Derecho penal de género**, editorial Cuniepe, Madrid, 2021.
- Bacigalupo, E., **Derecho penal y el Estado de Derecho**, Santiago de Chile, 2005, editorial jurídica de Chile.
- Barja de Quiroga, J., **Instituciones de derecho procesal penal**, editorial Akal, Madrid, 1999.
- Bernal Cuéllar, J. y Montealegre Lynett, E., **El proceso penal**, Universidad Externado de Colombia, 2004.
- Herbel, Gustavo A., “La intermediación: una garantía del imputado que nunca opera contra su titular”, en **Tendencias modernas del derecho penal y procesal penal**, libro homenaje a Enrique Bacigalupo, dirigido por Gustavo A. Arocena, Fabián I. Balcarce y José D. Cesano, editorial Hammurabi, Buenos Aires, 2013.
- Jaén Vallejo, M., “El criterio racional en la apreciación de la prueba”, **Revista de Derecho procesal**, nº 1/1989, Madrid.
- “La presunción de inocencia”, **Revista de Derecho penal y procesal penal**, octubre 2004, Buenos Aires.
- Derechos fundamentales del proceso penal**, Bogotá, ediciones jurídicas Gustavo Ibáñez, 2ª edición, 2006.
- Garantías penales**, editorial Atarazana, Madrid, 2019.
- Montañés Pardo, M.A., **La presunción de inocencia**, editorial Aranzadi, Madrid, 1999.
- Parma, C., “«Víctima». Estado de situación en el proceso penal argentino”, **Derecho, proceso penal y victimología**, obra colectiva dirigida por Reyna Alfaro, L.M., ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza (Argentina), 2003.
- Rivera Morales, R., “El conocimiento indiciario como evidencia inferencial”, **La prueba en el proceso**, editorial Atelier, Barcelona, 2018.
- Sánchez-Vera Gómez-Trelles, J., **Variaciones sobre la presunción de inocencia. Análisis funcional desde el Derecho penal**, editorial Marcial Pons, Madrid, 2012.

# Modificaciones del Código Penal a la luz de la Ley Orgánica de Garantía Integral de la Libertad Sexual

Claudio García Vidales

Juez del Juzgado de Primera Instancia e Instrucción N.º 5 de Roquetas de Mar

Artículo	Regulación anterior	Regulación tras la LO de Garantía Integral de la Libertad Sexual
<p><b>Art.36.2, 3y4</b></p>	<p>“2. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código.</p> <p>Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.</p> <p>En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:</p> <p>a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del</p>	<p>“2. La pena de prisión tendrá una duración mínima de tres meses y máxima de veinte años, salvo lo que excepcionalmente dispongan otros preceptos del presente Código.</p> <p>Cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años, el juez o tribunal podrá ordenar que la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no se efectúe hasta el cumplimiento de la mitad de la pena impuesta.</p> <p>En cualquier caso, cuando la duración de la pena de prisión impuesta sea superior a cinco años y se trate de los delitos enumerados a continuación, la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse hasta el cumplimiento de la mitad de la misma:</p> <p>a) Delitos referentes a organizaciones y grupos terroristas y delitos de terrorismo del</p>

	<p>Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.</p> <p>b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.</p> <p>c) Delitos del artículo 183.</p> <p>d) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de trece años.</p> <p>El juez de vigilancia, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales del reo y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oídos el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el párrafo anterior.</p> <p>3. En todo caso, el tribunal o el juez de vigilancia penitenciaria, según corresponda, podrá acordar, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la progresión a tercer grado por</p>	<p>Capítulo VII del Título XXII del Libro II de este Código.</p> <p>b) Delitos cometidos en el seno de una organización o grupo criminal.</p> <p><b>c) Delitos del Título VII bis del Libro II de este Código, cuando la víctima sea una persona menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección.</b></p> <p><b>d) Delitos del artículo 181.</b></p> <p><b>e) Delitos del Capítulo V del Título VIII del Libro II de este Código, cuando la víctima sea menor de dieciséis años.</b></p> <p><b>En los supuestos de las letras c), d) y e), si la condena fuera superior a cinco años de prisión la clasificación del condenado en el tercer grado de tratamiento penitenciario no podrá efectuarse sin valoración e informe específico acerca del aprovechamiento por el reo del programa de tratamiento para condenados por agresión sexual.</b></p>
--	--	--

	<p>motivos humanitarios y de dignidad personal de penados enfermos muy graves con padecimientos incurables y de los septuagenarios valorando, especialmente su escasa peligrosidad”.</p>	<p><b>3. La autoridad judicial de vigilancia penitenciaria, previo pronóstico individualizado y favorable de reinserción social y valorando, en su caso, las circunstancias personales de la persona condenada y la evolución del tratamiento reeducador, podrá acordar razonadamente, oído el Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la aplicación del régimen general de cumplimiento, salvo en los supuestos contenidos en el apartado anterior.</b></p> <p><b>4. En todo caso, la autoridad judicial de vigilancia penitenciaria, según corresponda, podrá acordar, previo informe del Ministerio Fiscal, Instituciones Penitenciarias y las demás partes, la progresión a tercer grado por motivos humanitarios y de dignidad personal de las personas condenadas enfermas muy graves con padecimientos incurables y de las personas septuagenarias, valorando, especialmente, su escasa peligrosidad”.</b></p>
<p>Párrafo segundo, art. 83.2</p>	<p>Nueva redacción</p>	

## Cuadro comparativo

		<p>“Las anteriores prohibiciones y deberes se impondrán asimismo cuando se trate de delitos contra la libertad, matrimonio forzado, mutilación genital femenina y trata de seres humanos”.</p>
<p>Art.172.bis.4</p>	<p>Nueva redacción</p>	<p>“En las sentencias condenatorias por delito de matrimonio forzado, además del pronunciamiento correspondiente a la responsabilidad civil, se harán, en su caso, los que procedan en orden a la declaración de nulidad o disolución del matrimonio así contraído y a la filiación y fijación de alimentos, en su caso”.</p>
<p>Art.172.ter.1</p>	<p>Párrafo 1: “Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevándola a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de este modo, altere gravemente el desarrollo de su vida cotidiana:”</p>	<p>Párrafo 1: “Será castigado con la pena de prisión de tres meses a dos años o multa de seis a veinticuatro meses el que acose a una persona llevándola a cabo de forma insistente y reiterada, y sin estar legítimamente autorizado, alguna de las conductas siguientes y, de esta forma, altere <b>el normal</b> desarrollo de su vida cotidiana:”</p>

	<p>Último párrafo: “Si se trata de una persona especialmente vulnerable por razón de su edad, enfermedad o situación, se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años”.</p>	<p>Último párrafo: “Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, <b>discapacidad o por cualquier otra circunstancia</b> se impondrá la pena de prisión de seis meses a dos años”.</p>
<p>Art.172.ter.5</p>	<p>Nueva redacción</p>	<p><b>“El que, sin consentimiento de su titular, utilice la imagen de una persona para realizar anuncios o abrir perfiles falsos en redes sociales, páginas de contacto o cualquier medio de difusión pública, ocasionándole a la misma situación de acoso, hostigamiento o humillación, será castigado con pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses”.</b></p>
<p>Art.173.1</p>	<p>“El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años.</p> <p>Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral</p>	<p>“El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años. Con la misma pena serán castigados los que, en el ámbito de cualquier relación laboral</p>

	<p>o funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.</p> <p>Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda”.</p>	<p>funcional y prevaliéndose de su relación de superioridad, realicen contra otro de forma reiterada actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, supongan grave acoso contra la víctima.</p> <p>Se impondrá también la misma pena al que de forma reiterada lleve a cabo actos hostiles o humillantes que, sin llegar a constituir trato degradante, tengan por objeto impedir el legítimo disfrute de la vivienda.</p> <p><b>Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis, una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en los tres párrafos anteriores, se le impondrá la pena de multa de seis meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los Jueces y Tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.</b></p>
<p><b>Art.173.4</b></p>	<p>“Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuere una de las personas a las que se refiere el apartado</p>	<p>“Quien cause injuria o vejación injusta de carácter leve, cuando el ofendido fuere una de las personas a las que se refiere el apartado</p>

	<p>2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del delavictima, o trabajos en beneficiodela comunidaddecincoatreintadías, o multade uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84.</p> <p>Las injurias solamente serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o de su representante legal”.</p>	<p>2 del artículo 173, será castigado con la pena de localización permanente de cinco a treinta días, siempre en domicilio diferente y alejado del delavictima, o trabajos en beneficiodela comunidaddecincoatreintadías, o multade uno a cuatro meses, esta última únicamente en los supuestos en los que concurren las circunstancias expresadas en el apartado 2 del artículo 84.</p> <p><b>Las mismas penas se impondrán a quienes se dirijan a otra persona con expresiones, comportamientos o proposiciones de carácter sexual que creen a la víctima una situación objetivamente humillante, hostil o intimidatoria, sin llegar a constituir otros delitos de mayor gravedad.</b></p> <p><b>Los delitos tipificados en los dos párrafos anteriores sólo serán perseguibles mediante denuncia de la persona agraviada o su representante legal”.</b></p>
--	---	--

Título VIII, Libro II	“Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales”	“Delitos contra la libertad sexual”
Art. 178	<p>“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”.</p>	<p><b>“1. Será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años, como responsable de agresión sexual, el que realice cualquier acto que atente contra la libertad sexual de otra persona sin su consentimiento. Sólo se entenderá que hay consentimiento cuando se haya manifestado libremente mediante actos que, en atención a las circunstancias del caso, expresen de manera clara la voluntad de la persona.</b></p> <p><b>2. A los efectos del apartado anterior, se consideran en todo caso agresión sexual los actos de contenido sexual que se realicen empleando violencia, intimidación o abuso de una situación de superioridad o de vulnerabilidad de la víctima, así como los que se ejecuten sobre personas que se hallen privadas de sentido o de cuya situación mental se abusare y los que se realicen cuando la</b></p>

		<p><b>víctimatenga anulada por cualquier causa su voluntad.</b></p> <p><b>3. El órgano sentenciador, razonándolo en la sentencia, y siempre que no concurren las circunstancias del artículo 180, podrá imponer la pena de prisión en su mitad inferior o multa de dieciocho a veinticuatro meses, en atención a la menor entidad del hecho y a las circunstancias personales del culpable”.</b></p>
<p><b>Art.179</b></p>	<p>“Cuando la agresión sexual 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 responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de seis a 12 años”.</p>	<p>“Cuando la agresión sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal obucal, o introducción de miembros corporales u objetos por alguna de las dos primeras vías, el responsable será castigado como reo de violación con la pena de prisión de <b>cuatro</b> a doce años”.</p>
<p><b>Art.180</b></p>	<p>“1. Las anteriores conductas serán castigadas con las penas de prisión de cinco a diez años para las agresiones del artículo</p>	<p><b>“1. Las anteriores conductas serán castigadas con la pena de prisión de ocho años para las agresiones del artículo</b></p>

	<p>178, y de doce a quince años para las del artículo 179, cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:</p> <p>1.<sup>a</sup> Cuando la violencia o intimidación ejercidas revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.</p> <p>2.<sup>a</sup> Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.</p> <p>3.<sup>a</sup> Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 183.</p> <p>4.<sup>a</sup> Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de superioridad parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.</p> <p>5.<sup>a</sup> Cuando el autor haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna</p>	<p><b>1.1 y de siete a quince años para las del artículo 179 cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias, salvo que las mismas hayan sido tomadas en consideración para determinar que concurren los elementos de los delitos tipificados en los artículos 178 o 179:</b></p> <p><b>1.<sup>a</sup> Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.</b></p> <p><b>2.<sup>a</sup> Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.</b></p> <p><b>3.<sup>a</sup> Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, salvo lo dispuesto en el artículo 181.</b></p> <p><b>4.<sup>a</sup> Cuando la víctima sea o haya sido esposa o mujer que esté o haya estado</b></p>
--	---	---

	<p>de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de la pena que pudiera corresponder por la muerte o lesiones causadas.</p> <p>2. Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas previstas en este artículo se impondrán en su mitad superior”.</p>	<p><b>ligada por analogía de afectividad, aun sin convivencia.</b></p> <p><b>5.ª</b> Cuando, para la ejecución del delito, la persona responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, o de una relación de superioridad con respecto a la víctima.</p> <p><b>6.ª</b> Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.</p> <p><b>7.ª</b> Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.</p> <p><b>2.</b> Si concurrieren dos o más de las anteriores circunstancias, las penas respectivamente previstas en el apartado 1</p>

		<p>de este artículo se impondrán en sumidad superior.</p> <p>3.En todos los casos previstos en este capítulo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de ésta o funcionario público, se impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años”.</p>
<p>Capítulo I, Título VIII, Libro I</p>	<p>“De los abusos sexuales”</p> <p>*Al suprimirse la redacción de los tipos relativos al abuso sexual, se reubican y obtienen nueva numeración los tradicionales tipos relativos a delitos sexuales contra menores de dieciséis años.</p>	<p>“De las agresiones sexuales a menores de dieciséis años”</p>
<p>Art. 181</p>	<p>*La redacción anterior del art. 181 se encargaba de la regulación de los abusos sexuales. La tipificación de los mismos desaparece con la nueva ley.</p>	<p>“1.El que realizare actos de carácter sexual con un menor de dieciséis años, será castigado con la pena de prisión de dos a seis años. A estos efectos se consideran incluidos en los actos de carácter sexual los que realice</p>

el menor con un tercero o sobre sí mismo a instancia del autor.

2. Si en las conductas del apartado anterior concurre alguna de las modalidades de agresión sexual descritas en el artículo 178, se impondrá una pena de prisión de cinco a diez años. En estos casos, en atención a la menor entidad del hecho y valorando todas las circunstancias concurrentes, incluyendo las circunstancias personales del culpable, podrá imponerse la pena de prisión inferior en grado, excepto cuando medie violencia o intimidación o concurren las circunstancias mencionadas en el artículo 181.4.

3. Cuando el acto sexual consista en acceso carnal por vía vaginal, anal o bucal, o en introducción de miembros corporales u objetos por algunas de las dos primeras vías, el responsable será castigado con la pena de prisión de seis a doce años de prisión en los casos del apartado 1, y con la pena de prisión de diez a quince años en los casos del apartado 2.

		<p>4. Las conductas previstas en los apartados anteriores serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concurra alguna de las siguientes circunstancias:</p> <p>a) Cuando los hechos se cometan por la actuación conjunta de dos o más personas.</p> <p>b) Cuando la agresión sexual vaya precedida o acompañada de una violencia de extrema gravedad o de actos que revistan un carácter particularmente degradante o vejatorio.</p> <p>c) Cuando los hechos se cometan contra una persona que se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad, discapacidad o por cualquier otra circunstancia, y, en todo caso, cuando sea menor de cuatro años.</p> <p>d) Cuando la víctima sea o haya sido pareja del autor, aun sin convivencia.</p> <p>e) Cuando, para la ejecución del delito, el responsable se hubiera prevalido de una situación de convivencia o de una relación de</p>
--	--	--

		<p>superioridad o parentesco, por ser ascendiente, o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima.</p> <p>f) Cuando el responsable haga uso de armas u otros medios igualmente peligrosos, susceptibles de producir la muerte o alguna de las lesiones previstas en los artículos 149 y 150 de este Código, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 194 bis.</p> <p>g) Cuando para la comisión de estos hechos el autor haya anulado la voluntad de la víctima suministrándole fármacos, drogas o cualquier otra sustancia natural o química idónea a tal efecto.</p> <p>h) Cuando la infracción se haya cometido en el seno de una organización o grupo criminal que se dedique a la realización de tales actividades.</p> <p>5. En todos los casos previstos en este artículo, cuando el culpable se hubiera prevalido de su condición de autoridad, agente de esta o funcionario público, se</p>
--	--	--

		<p>impondrá, además, la pena de inhabilitación absoluta de seis a doce años”.</p>
<p><b>Art.182</b></p>	<p><b>*La redacción anterior del art. 182 se encargaba de la regulación de los abusos sexuales cometidos por medio de confianza, autoridad o influencia. La tipificación de los mismos desaparece con la nueva ley.</b></p>	<p>“1.El que, con fines sexuales, haga presenciaraunmenordedieciséisañosactos de carácter sexual, aunque el autor no participe en ellos, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años.</p> <p>2.Silosactosdecaráctersexualquese hacen presenciar al menor de dieciséis años constituyeran un delito contra la libertad sexual, la pena será de prisión de uno a tres años”.</p>
<p><b>Art.183</b></p>	<p><b>*La redacción anterior del art. 183 se encargaba de la regulación de la realización de actos de carácter sexual con menores de 16 años, reubicada en el nuevo art. 181.</b></p>	<p>“1.El que a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y proponga concertar un encuentro con elmismoafin de cometercualquieradelitosdescritosen los artículos 181 y 189, siempre que tal propuesta se acompañe de actos materiales encaminadosalacercamiento,serácastigado con la pena de uno a tres años de prisión o multadedocea veinticuatro meses, sin</p>

		<p>perjuicio de las penas correspondientes a los delitos en su caso cometidos. Las penas se impondrán en su mitad superior cuando el acercamiento se obtenga mediante coacción, intimidación o engaño.</p> <p>2.El que, a través de internet, del teléfono o de cualquier otra tecnología de la información y la comunicación contacte con un menor de dieciséis años y realice actos dirigidos a embaucarle para que le facilite material pornográfico o le muestre imágenes pornográficas en las que se represente o aparezca un menor, será castigado con una pena de prisión de seis meses a dos años”.</p>
<p><b>Art.183bis</b></p>	<p><b>*Se reubica en el art. 183.bis la tradicional eximente del art. 183. quater, introducida con la LO1/2015.No obstante, se da a la misma una nueva redacción más limitativa.</b></p>	<p>“Salvo en los casos en que concurra alguna de las circunstancias previstas en el apartado segundo del artículo 178, el libre consentimiento del menor de dieciséis años excluirá la responsabilidad penal por los delitos previstos en este capítulo cuando el autor sea una persona próxima al menor por edad y grado de desarrollo o madurez física y psicológica”.</p>

<p><b>Se suprime el Capítulo II bis, Título VIII, Libro I, "De los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años"</b></p>		
<p><b>Art. 184</b></p>	<p>“1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente o de prestación de servicios, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, con la pena de prisión de tres a cinco meses o multa de seis a 10 meses.</p> <p>2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, la pena será de prisión de cinco a siete meses o multa de 10 a 14 meses.</p> <p>3. Cuando la víctima sea especialmente vulnerable, por razón de su edad, enfermedad o situación, la pena será de prisión de cinco a</p>	<p>“1. El que solicitare favores de naturaleza sexual, para sí o para un tercero, en el ámbito de una relación laboral, docente, de prestación de servicios o análoga, continuada o habitual, y con tal comportamiento provocare a la víctima una situación objetiva y gravemente intimidatoria, hostil o humillante, será castigado, como autor de acoso sexual, <b>con la pena de prisión de seis a doce meses o multa de diez a quince meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de doce a quince meses.</b></p> <p>2. Si el culpable de acoso sexual hubiera cometido el hecho prevaliéndose de una situación de superioridad laboral, docente o jerárquica, <b>o sobre persona sujeta a su guarda o custodia</b>, o con el anuncio expreso o tácito de causar a la víctima un mal relacionado con las legítimas expectativas que aquélla pueda tener en el ámbito de la indicada relación, <b>la pena será de prisión de</b></p>

siete meses multa de 10 a 14 meses en los supuestos previstos en el apartado 1, y de prisión de seis meses a un año en los supuestos previstos en el apartado 2 de este artículo”.

**uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses.**

**3. Asimismo, si el culpable de acoso sexual lo hubiera cometido en centros de protección o reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, custodia o acogida, incluso de estancia temporal, la pena será de prisión de uno a dos años e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión, oficio o actividad de dieciocho a veinticuatro meses, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 443.2.**

**4. Cuando la víctima se halle en una situación de especial vulnerabilidad por razón de su edad, enfermedad o discapacidad, la pena se impondrá en su mitad superior.**

**5. Cuando de acuerdo con lo establecido en el art 31 bis, una persona jurídica sea responsable de este delito, se le impondrá la pena de multa de seis**

		<p><b>meses a dos años. Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, los jueces y tribunales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) a g) del apartado 7 del artículo 33”.</b></p>
<p><b>Art.189.ter</b></p>	<p>“Cuandode acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos comprendidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:</p> <p>a) Multa del triple al quíntuple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años.</p> <p>b) Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el anterior inciso.</p> <p>c) Multa del doble al triple del beneficio obtenido, en el resto de los casos.</p>	<p>Sesustituyeelúltimopárrafopor:</p> <p><b>“d)Disolución de la persona jurídica, conformealodispuestoenel artículo33.7 b) de este Código, pudiendo decretarse, atendidas las reglas recogidas en el artículo 66 bis, las demás penas previstas en el mismo que sean compatibles con la disolución”.</b></p>

	<p>Atendidas las reglas establecidas en el artículo 66 bis, las autoridades judiciales podrán asimismo imponer las penas recogidas en las letras b) y g) del apartado 7 del artículo 33”.</p>	
<p>Art.190</p>	<p>El art. se reubica en el Capítulo VI, Título VIII, Libro II, “Disposiciones comunes a los capítulos anteriores”, con la misma redacción.</p>	<p>“La condena de un Juez o Tribunal extranjero, impuesta por delitos comprendidos en este Título, será equiparada a las sentencias de los Jueces o Tribunales españoles a los efectos de la aplicación de la circunstancia agravante de reincidencia”.</p>
<p>Art.191.1</p>	<p>“Para proceder por los delitos de agresiones, acoso o abusos sexuales, será preciso denunciado de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio o Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal”.</p>	<p>“Para proceder por los delitos de agresiones sexuales y acoso sexual será preciso denunciado de la persona agraviada, de su representante legal o querrela del Ministerio o Fiscal, que actuará ponderando los legítimos intereses en presencia. Cuando la víctima sea menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o una persona desvalida, bastará la denuncia del Ministerio Fiscal”.</p>

<p>Art.192.3</p>	<p>“La autoridad judicial podrá imponer razonadamente, además, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, y la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, retribuido o no, por el tiempo de seis meses a seis años.</p> <p>La autoridad judicial impondrá a las personas responsables de los delitos comprendidos en el presente título, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuer grave, y entre dos y veinte años si fuera menos grave, en ambos casos se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito, el</p>	<p>“La autoridad judicial <b>impondrá a las personas responsables de la comisión de alguno de los delitos de los Capítulos I o V cuando la víctima sea menor de edad en todo caso de alguno de los delitos del Capítulo I, además de las penas previstas en tales Capítulos, la pena de privación de la patria potestad o de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por tiempo de cuatro a diez años. A las personas responsables del resto de delitos del presente Título se les podrá imponer razonadamente, además de las penas señaladas para tales delitos, la pena de privación de la patria potestad o la pena de inhabilitación especial para el ejercicio de los derechos de la patria potestad, tutela, curatela, guarda o acogimiento, por el tiempo de seis meses a seis años, así como la pena de inhabilitación para empleo o cargo público o ejercicio de la profesión u oficio, retribuido o no, por el tiempo de seis meses a seis años.</b></p>
------------------	--	---

	<p>número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en la persona condenada”.</p>	<p>Asimismo, la autoridad judicial impondrá a las personas responsables de los delitos comprendidos en el presente Título, sin perjuicio de las penas que correspondan con arreglo a los artículos precedentes, una pena de inhabilitación especial para cualquier profesión, oficio o actividades, sean o no retribuidos, que conlleve contacto regular y directo con personas menores de edad, por un tiempo superior entre cinco y veinte años al de la duración de la pena de privación de libertad impuesta en la sentencia si el delito fuer grave, y entre dos y veinte años si fuera menos grave. En ambos casos se atenderá proporcionalmente a la gravedad del delito, el número de los delitos cometidos y a las circunstancias que concurran en la persona condenada”.</p>
<p><b>Art.194</b></p>	<p>“En los supuestos tipificados en los capítulos IV y V de este Título, cuando en la realización de los actos se utilizaren establecimientos o locales, abiertos o no al público, podrá decretarse en la sentencia condenatoria su clausura temporal o definitiva. La clausura temporal, que no podrá</p>	<p>“En los supuestos tipificados en los capítulos IV y V de este título, cuando en la realización de los actos se utilizaren establecimientos o locales, abiertos o no al público, <b>se decretará en la sentencia condenatoria su clausura definitiva. La</b></p>

## Cuadro comparativo

	exceder de cinco años, podrá adoptarse también con carácter cautelar”.	<b>clausura podrá adoptarse también con carácter cautelar”.</b>
<b>Art.194.bis</b>	Nueva redacción	<b>“Las penas previstas en los delitos de este título se impondrán sin perjuicio de la que pudieran corresponder por los actos de violencia física o psíquica que se realicen”.</b>
<b>Art.197.7</b>	<p>“7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su licencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.</p> <p>La pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima</p>	<p>“7. Será castigado con una pena de prisión de tres meses a un año o multa de seis a doce meses el que, sin autorización de la persona afectada, difunda, revele o ceda a terceros imágenes o grabaciones audiovisuales de aquélla que hubiera obtenido con su licencia en un domicilio o en cualquier otro lugar fuera del alcance de la mirada de terceros, cuando la divulgación menoscabe gravemente la intimidad personal de esa persona.</p> <p><b>Se impondrá la pena de multa de uno a tres meses a quien habiendo recibido las imágenes o grabaciones audiovisuales a las que se refiere el párrafo anterior las</b></p>

	<p>fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa”.</p>	<p><b>difunda, revele o ceda a tercerossin el consentimiento de la persona afectada.</b></p> <p>En los supuestos de los párrafos anteriores, la pena se impondrá en su mitad superior cuando los hechos hubieran sido cometidos por el cónyuge o por persona que esté o haya estado unida a él por análoga relación de afectividad, aun sin convivencia, la víctima fuera menor de edad o una persona con discapacidad necesitada de especial protección, o los hechos se hubieran cometido con una finalidad lucrativa”.</p>
<p><b>Art.443.2</b></p>	<p>“2. El funcionario de Instituciones Penitenciarias o de centros de protección o corrección de menores que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a 12 años”.</p>	<p>“2. El funcionario de Instituciones Penitenciarias, de centros de protección o <b>reforma de menores, centro de internamiento de personas extranjeras, o cualquier otro centro de detención, o custodia, incluso de estancia temporal,</b> que solicitara sexualmente a una persona sujeta a su guarda, será castigado con la pena de prisión de uno a cuatro años e inhabilitación absoluta por tiempo de seis a doce años”.</p>

# EL TESTIGO PROTEGIDO

## THE PROTECTED WITNESS

José María Gómez Udías

Juez de Adscripción Territorial del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, provincia de Barcelona

Sumario:

I. Introducción

II. El testigo protegido

III. Principales vicisitudes prácticas de la figura del testigo protegido

IV. Conclusiones

La figura del testigo protegido da lugar a una importante problemática en su aplicación práctica, por un lado es una figura esencial en la investigación y enjuiciamiento de delitos especialmente graves, en los que la prestación de declaración para la víctima puede suponer un enorme riesgo para su vida e integridad y, por otro lado, representa una afectación del derecho de defensa de la parte acusada, por cuanto que la declaración de un testigo protegido y desconocido que declara en fase de instrucción que posteriormente no comparece al acto del juicio puede ser una prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

in its practical application, on the one hand it is an essential figure in the investigation and prosecution of especially serious crimes, in which the provision of a statement by the victim can suppose an enormous risk for his or her life and integrity and, on the other hand, represents an infringement of the right of defense of the accused party, since the statement of a protected and unknown witness who testifies during the investigation phase and who subsequently does not appear at the trial may be evidence charge sufficient to undermine the presumption of innocence.

The figure of the protected witness gives rise to an important problem

## Introducción

El presente artículo tiene por objeto hacer un análisis de la jurisprudencia dictada por la Sala II del Tribunal Supremo sobre el testigo protegido al objeto de esclarecer el funcionamiento y la aplicación de esta figura.

En particular se trata de exponer que significa ser un testigo protegido, tipo de resolución y con que contenido debe especificar que un testigo sea considerado protegido, que ocurre cuando un testigo protegido declara en instrucción y posteriormente no puede ser citado en fase de enjuiciamiento y, si esa declaración puede ser suficiente para enervar la presunción de inocencia del acusado, así como medidas que deben ser adoptadas en el proceso para que la figura del testigo protegido no menoscabe el derecho de defensa del acusado.

## El testigo protegido

La figura del testigo protegido se regula en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, ley que trae causa de la Convención contra la Tortura<sup>1</sup>. En particular, el art. 1.2 de la misma dice así: «Para que sean de aplicación las disposiciones de la presente Ley será necesario que la autoridad judicial

aprecie racionalmente un peligro grave para la persona, libertad o bienes de quien pretenda ampararse en ella, su cónyuge o persona a quien se halle ligado por análoga relación de afectividad o sus ascendientes, descendientes o hermanos».

Sobre el régimen de protección que puede brindarse al testigo protegido, el art. 2 expresa lo siguiente, en fase de instrucción:

«Apreciada la circunstancia prevista en el artículo anterior, el Juez instructor acordará motivadamente, de oficio o a instancia de parte, cuando lo estime necesario en atención al grado de riesgo o peligro, las medidas necesarias para preservar la identidad de los testigos y peritos, su domicilio, profesión y lugar de trabajo, sin perjuicio de la acción de contradicción que asiste a la defensa del procesado, pudiendo adoptar las siguientes decisiones:

a) Que no consten en las diligencias que se practiquen su nombre, apellidos, domicilio, lugar de trabajo y profesión, ni cualquier otro dato que pudiera servir para la identificación de los mismos, pudiéndose utilizar para ésta un número o cualquier otra clave.

b) Que comparezcan para la práctica de cualquier diligencia utilizando cualquier procedimiento que imposibilite su identificación visual normal.

c) Que se fije como domicilio, a efectos de citaciones y notificaciones, la sede del órgano judicial interviniente, el cual las hará llegar reservadamente a su destinatario».

El anterior pronunciamiento igualmente se debe realizar en fase de enjuiciamiento, conforme a lo dispuesto en el art. 4.1 del

---

<sup>1</sup> Rives Seva, A.P. Prueba en el Proceso Penal. Doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, 4ª Ed., Aranzadi, Navarra, 2008, p. 580.

mismo cuerpo legal, que dice así:

«Recibidas las actuaciones, el órgano judicial competente para el enjuiciamiento de los hechos se pronunciará motivadamente sobre la procedencia de mantener, modificar o suprimir todas o algunas de las medidas de protección de los testigos y peritos adoptadas por el Juez de Instrucción, así como si procede la adopción de otras nuevas, previa ponderación de los bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, de los derechos fundamentales en conflicto y de las circunstancias concurrentes en los testigos y peritos en relación con el proceso penal de que se trate».

La Sala II del Tribunal Supremo<sup>2</sup> interpretó estos preceptos bajo la perspectiva de que no existe un único régimen jurídico de testigo protegido propiamente, sino que dicha figura constituye una categoría general dentro de la cual se distinguen dos subcategorías, la de los testigos anónimos y, la de los testigos ocultos.

El testigo anónimo es aquel que no resulta identificado en el procedimiento, es decir no se conoce su nombre y apellido.

En relación con el testigo anónimo se pueden diferenciar a su vez dos subtipos distintos: (i) el anonimato por desconocimiento absoluto de los datos personales de la persona afectada incluso para la autoridad judicial; (ii) el anonimato acordado por el órgano judicial.

El testigo oculto es aquel que sí resulta identificado, pero su participación en el

procedimiento está sujeta a opacidad frente a las demás partes procesales.

Y, en relación con el testigo oculto también se pueden diferenciar diferentes subtipos: (i) en el máximo grado de opacidad, el testigo puede ser únicamente oído en el plenario; (ii) en el mínimo grado de opacidad, el testigo puede ser visto por el tribunal y los letrados, pero no por los acusados en el procedimiento, empleándose para ello mamparas o bimbos; (iii) en el punto intermedio, se pueden adoptar decisiones adicionales a las del grado mínimo de opacidad analizando las características del caso concreto, por ejemplo empleando algún mecanismo de distorsión de voz, al efecto de evitar que pueda ser reconocido durante su declaración por los acusados. Es decir, cuando se emplea el término testigo protegido se está haciendo referencia a un género y, dentro del género hay que delimitar la especie, ya testigo anónimo, ya testigo oculto, figuras que a su vez permiten establecer regímenes jurídicos diversos<sup>3</sup>.

Principales vicisitudes prácticas de la figura del testigo protegido

La resolución por la que se adopta la decisión de declarar a un testigo como protegido

Cité anteriormente el art. 1.2 de la Ley Orgánica 19/1994 donde se prevé que el juez instructor puede considerar a un testigo como protegido en caso de apreciar un riesgo grave para su persona, libertad o bienes o, la de su cónyuge

<sup>2</sup> STS 155/2022, 22 de febrero de 2022, FJ. 1. ECLI:ES:TS:2022:843, STS 706/2018, 15 de enero de 2019, FJ. 2. ECLI:ES:TS:2019:38 y, STS 952/2016, 11 de noviembre de 2016, FJ. 6. ECLI:ES:TS:2016:4835.

<sup>3</sup> STC 64/1994, de 28 de febrero, FJ.3 y 4.

o persona con relación análoga de afectividad, ascendientes, descendientes o hermanos, como consecuencia de su participación del procedimiento penal. En el mismo sentido el art. 4.1 del mismo cuerpo legal, en relación con la fase de enjuiciamiento.

Lo anterior ya supone que es necesaria una declaración expresa por parte del órgano judicial, lo que es determinante para concluir que no se puede aplicar la figura del testigo protegido de manera tácita<sup>4</sup>.

Sobre este particular, la STS 580/2019, 26 de noviembre de 2019, FJ. 2. ECLI:ES:TS:2019:3786, analiza el supuesto en el que no se dictó ni por el órgano instructor ni por el de enjuiciamiento resolución expresa que realice la declaración de testigo protegido.

En la sentencia referida, se analiza la posibilidad de que el curso de la investigación policial, previa a la judicial, excepcionalmente las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado puedan adoptar medidas previas tendentes a garantizar que no sea reconocida la identidad del testigo. Estas medidas en ningún caso son constitutivas de la situación de testigo protegido – aún no existe investigación judicial –, sino que tendrían por objeto que el órgano judicial pueda adoptar esta decisión, sin que en el curso de la investigación policial la parte acusada ya conociera la identidad del mismo.

En segundo lugar, se estudia el supuesto de ausencia de auto que declara la situación de testigo protegido y, no obstante, en instrucción se produjo la declaración en presencia del letrado del investigado, sin

objeción del abogado. Y, posteriormente, en fase de enjuiciamiento la defensa no solicito conocer la identidad del testigo – opción prescrita en el art. 4.3 de la Ley Orgánica 19/1994 – y, la Sala permitió que en el plenario la declaración se tomase cubriendo el aspecto del testigo para no ser fácilmente reconocido, pero dando cuenta de su identidad – testigo oculto –.

Lo anterior, analiza la Sala II del Tribunal Supremo es contrario a la Ley Orgánica 19/1994, no obstante no produce una declaración de nulidad con retroacción de las actuaciones al momento en que se debió producir la calificación del testigo como protegido, valorando que de la totalidad de la prueba practicada no había elementos suficientes para enervar la presunción de inocencia, siendo el resultado del juicio, indistintamente del cumplimiento escrupuloso de la Ley Orgánica 19/1994, el dictado de una sentencia absolutoria.

Por ello, debe valorarse: (i) que la decisión sobre si a un testigo se debe considerar protegido debe adoptar forma de auto; (ii) que ese auto debe ser motivado; (iii) que en ese auto motivado el juez deberá de ponderar cuál de las categorías de testigo protegido considera aplicable; (iv) que la ponderación no es la misma en sede de instrucción que en sede de enjuiciamiento.

Sobre la existencia de ponderaciones distintas, la Sala II del Tribunal Supremo<sup>5</sup> manifestó que mientras en fase de instrucción la declaración de un testigo protegido es una diligencia más, en fase de enjuiciamiento es una prueba de

<sup>4</sup> STS 580/2019, 26 de noviembre de 2019, FJ. 2. ECLI:ES:TS:2019:3786

<sup>5</sup> STS 296/2019, 4 de junio de 2019, FJ. 2. ECLI:ES:TS:2019:1883

cargo suficientemente apta para enervar la presunción de inocencia.

Por lo anterior, el art. 4.3 de la Ley Orgánica 19/1994, en su párrafo primero, dice así: «Sin perjuicio de lo anterior, si cualquiera de las partes solicitase motivadamente en su escrito de calificación provisional, acusación o defensa, el conocimiento de la identidad de los testigos o peritos propuestos, cuya declaración o informe sea estimado pertinente, el Juez o Tribunal que haya de entender la causa, en el mismo auto en el que declare la pertinencia de la prueba propuesta, deberá facilitar el nombre y los apellidos de los testigos y peritos, respetando las restantes garantías reconocidas a los mismos en esta Ley».

El art. 4.3 de la Ley Orgánica no quiere decir que siempre y en todo caso en la fase de enjuiciamiento se debe facilitar la identidad del testigo<sup>6</sup>, sino que el órgano de enjuiciamiento debe valorar: (i) la razonabilidad y suficiencia de la motivación expuesta por la solicitud de la defensa; y, (ii) por otro a la gravedad del riesgo apreciable para el testigo y su entorno, en atención a las circunstancias del caso enjuiciado.

Llegado a este punto es importante el análisis sobre el contenido de esa motivación en fase de instrucción. Sobre este particular la Sala II del Tribunal Supremo<sup>7</sup> señaló que la motivación debe ser adecuada, de manera que exista coherencia entre la decisión adoptada y, la norma en que se basa esa decisión, en el contexto de la investigación penal.

---

6 STS 384/2016, 5 de mayo de 2016, FJ. 3. ECLI:ES:TS:2016:1941

7 STS 580/2019, 26 de noviembre de 2019, FJ. 3. ECLI:ES:TS:2019:3786

Deben valorarse además las reglas de experiencia<sup>8</sup>, así constituye una regla de experiencia que en los delitos de trata de seres humanos existe una presión muy fuerte sobre el testigo-víctima, elemento que debe ser valorado en el auto dictado por el juez instructor.

En cuanto a la fase de enjuiciamiento, el juicio de ponderación es de mayor intensidad, puesto que ya no se trata que la medida sea razonable y coherente para dar curso a una investigación penal, sino que se trata de una prueba de cargo susceptible de enervar la presunción de inocencia del acusado, debiendo apreciar el órgano enjuiciado, entre otros elementos los siguientes: (i) el riesgo real y concreto que puede producirse al testigo; (ii) el tipo de testigo protegido; (iii) la gravedad de las penas solicitadas por las acusaciones; (iv) los restantes medios de prueba disponibles; (v) la posibilidad de compensar a la defensa, en tanto que en esta prueba se encuentra en situación de desventaja para el correcto ejercicio de la contradicción y, (vi) la proporcionalidad de la medida, que el testigo no pueda declarar mediante otros mecanismos que igualmente lo protegen, como es el caso de usar un biombo.

La declaración del testigo protegido susceptible de enervar la presunción de inocencia

El empleo de un testigo protegido en el plenario supone la práctica de una prueba sin respetar todas las garantías propias de la contradicción, ya sea porque la defensa desconoce la identidad

---

8 STS 487/2014, 4 de febrero de 2014, FJ. 9. ECLI:ES:TS:2014:487

del testigo que declara en el plenario, ya porque este se encuentra oculto.

Sin embargo, de no adoptarse este tipo de medidas investigaciones relacionadas con tratos de seres humanos, organizaciones criminales, inmigración criminal, asesinato, delitos contra la salud pública pueden frustrarse en caso de que los acusados puedan ejercer poder de coerción frente a los testigos.

Por ello, para que la declaración de un testigo protegido pueda erigirse en prueba de cargo suficiente para condenar, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>9</sup> – en relación con el testigo anónimo –, expresó que deben concurrir los siguientes requisitos: (i) que el anonimato del testigo se dicte en resolución motivada; (ii) que el déficit de defensa que produce, sea compensado con medidas alternativas que permitan al acusado rebatir la fiabilidad del testimonio; (iii) que no sea la única prueba de cargo frente al acusado.

Debe matizarse que el déficit para el derecho de defensa no es igual en el testigo anónimo y en el oculto. En el caso del testigo anónimo la defensa no puede ponderar correctamente la credibilidad y fiabilidad del testigo, puesto que desconoce qué persona está declarando, produciéndose así una afectación directa al principio de contradicción.

Sobre este particular, debe

recordarse que uno de los elementos para la valoración de la declaración de la parte denunciante es el de la incredibilidad subjetiva<sup>10</sup>, lo que precisa un análisis de las características físicas o psicoorgánicas del denunciante, así como de la inexistencia de móviles espurios que puedan resultar. Extremos difícilmente contrastables de no saber quién es la persona que está declarando.

Sin embargo, en el caso del testigo oculto se conoce la identidad del testigo, de manera que las mayores o menores vicisitudes durante la práctica de la prueba dependerán de la intensidad de la ocultación en cuanto elemento que pueda afectar al principio de inmediación y, al análisis de las características físicas o psicoorgánicas.

En consecuencia, las especiales garantías a que se refiere el TEDH en caso de testigo anónimo no se debe extrapolar sin más al caso del testigo oculto, puesto que este último supuesto no se afecta a la contradicción – que existe en sus propios términos–, sino a lo sumo al principio de inmediación.

En cuanto a los tres requisitos mencionados en relación con el testigo anónimo, debe valorarse: (i) sobre la necesidad del dictado de auto motivado ténganse por reproducidos los argumentos vertidos anteriormente; (ii) sobre la adopción de medidas de compensación alternativas para rebatir la fiabilidad del testimonio, se trata de una operación que se debe realizar en cada caso concreto, por ejemplo a efectos de poder valorar la persistencia de la declaración del testigo será necesario que el mismo no deponga

<sup>9</sup> SSTEDH de 26 de marzo de 1996, caso *Doorson c. Holanda*, § 72 ; 23 de abril de 1997, caso *Van Mechelen y otros c. Holanda*, § 54 ; 28 de marzo de 2002, caso *Birutis y otros c Lituania*, § 29. Con carácter general, SSTEDH de 15 de diciembre de 2011, caso *Al-Khawaja y Tahery c. Reino Unido*, § 147 ; 6 de diciembre de 2012, caso *Pesukic c. Suiza*, § 45 ; 13 de febrero de 2013, caso *Gani c. España*, § 41

<sup>10</sup> STS 271/2019, 29 de mayo de 2019, FJ. 2. ECLI:ES:TS:2019:1839

por primera vez en el plenario, sino que previamente comparezca a declarar en sede de instrucción; (iii) en cuanto a que no sea la única prueba de cargo, resulta necesario que la declaración del testigo resulte comprobada de manera periférica.

Sobre este último particular, conviene destacar dos pronunciamientos de signo diverso de la jurisprudencia de la Sala II del Tribunal Supremo: (i) en delitos complejos – como el caso de la trata de seres humanos –, es prueba periférica la corroboración sucesiva que realizan diversos testigos protegidos<sup>11</sup>, aspecto que además es susceptible de ser contrastado en cuanto a la realidad del hecho testificado con pruebas adicionales, como son intervenciones telefónicas realizadas en sede de instrucción; (ii) en caso de que no concurra ningún solo elemento de corroboración y, la imposición de la pena dependa única y exclusivamente de la declaración de un testigo anónimo, el pronunciamiento debe ser absolutorio<sup>12</sup>.

En relación con la necesidad de corroboración debe matizarse, que no es lo mismo una declaración fiable que creíble, ya que lo fiable de la información hace referencia a las condiciones fenomenológicas de producción probable de lo relatado, mientras que lo creíble atiende más a un plano subjetivo, a que el testigo no ha mentado<sup>13</sup>. Por ello, para que un hecho relatado pase de ser creíble a fiable es necesaria la existencia de elementos periféricos de corroboración.

Testigo protegido que declara en instrucción, que posteriormente no declara en el plenario

En la práctica puede darse la siguiente situación, declaración de un testigo protegido en una trama criminal compleja que posteriormente no resulta localizado para la celebración del plenario. Ante esta hipótesis debe resolverse que valor tiene esa declaración inicial a los efectos de enervar la presunción de inocencia del acusado.

En primer lugar, el supuesto planteado es incardinable en el art. 730.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que dice así: «Podrán también leerse o reproducirse a instancia de cualquiera de las partes las diligencias practicadas en el sumario, que, por causas independientes de la voluntad de aquellas, no puedan ser reproducidas en el juicio oral».

En segundo lugar, el concepto de «causas independientes de la voluntad de aquellas» se interpretó por la Sala II del Tribunal Supremo<sup>14</sup> de manera que comprende supuestos de fallecimiento del testigo, así como aquellos en los que el mismo se encuentra no localizado.

En tercer lugar, en problema que se plantea en este supuesto es de ausencia de contradicción en el acto del plenario. Sobre este aspecto el TEDH<sup>15</sup> declaró que la utilización como prueba de una declaración emitida en el curso de la adopción de diligencias judiciales de investigación en el plenario no vulnera necesariamente el art. 6 del CEDH, sobre el derecho de un proceso equitativo, siempre y cuando al

11 STS 466/2022, 12 de mayo de 2022, FJ. 2. ECLI:ES:TS:2022:1954

12 STS 580/2019, 26 de noviembre de 2019, FJ. 3. ECLI:ES:TS:2019:3786

13 STS 721/2021, 24 de septiembre de 2021, FJ. 1. ECLI:ES:TS:2021:3564

14 STS 290/2021, 7 de abril de 2021, FJ. 7. ECLI:ES:TS:2021:1373

15 STEDH de 19 de febrero de 2013 ( Caso Gani contra España) y STEDH 15 diciembre 2011 (caso Alkhawaja c Reino Unido)

acusado se le ofrezca la posibilidad de interrogar al testigo que testimonia en su contra, ya en el momento en el que se le toma declaración o, en una fase posterior del procedimiento.

Sobre la práctica de la declaración del denunciante, la Sala II del Tribunal Supremo manifestó que la Ley de Enjuiciamiento Criminal no obliga al juez de instrucción a que la declaración de la víctima se haga en presencia del acusado y de su abogado defensor, en caso de ser este conocido, a salvo de las excepciones expresamente previstas en relación con la práctica de prueba preconstituida.

En consecuencia, más allá de que exista la necesidad de que la declaración se deba practicar como prueba preconstituida ningún reproche puede realizarse al instructor en caso de practicar la declaración sin contradicción en esta etapa procesal, quedando a salvo, en caso de no ser localizado el testigo, la posibilidad de introducir su declaración por la vía citada del art. 730 de la LECrim. Lo que exige la Sala II del Tribunal Supremo<sup>16</sup> en estos casos, ese que ese déficit de contradicción en la práctica de la declaración sea posteriormente suplido con elementos periféricos que refuercen la veracidad de la declaración.

## Conclusiones

La figura del testigo protegido ha dado lugar a un importante cuerpo de jurisprudencia matizando la aplicación de la Ley Orgánica 19/1994.

En primer lugar, el testigo protegido es un concepto abstracto, que se concreta en el testigo anónimo y el testigo oculto.

El testigo anónimo puede afectar al principio de contradicción, puesto que la defensa desconocerá que persona está declarando y, será difícil aplicar el triple filtro de la declaración, en cuanto a que se desconocen los datos referentes a la incredibilidad subjetiva.

El testigo oculto puede afectar al principio de inmediación, puesto que la defensa puede no ver los rasgos y gestos que realiza el testigo, pudiendo llegar a tener únicamente el sonido de su voz – y, sin perjuicio de que pueda esta ser manipulada –, lo que supone una grave dificultad para examinar las características físicas o psicoorgánicas del testigo.

La declaración de testigo protegido se debe realizar en un auto dictado por el juez de instrucción que motive que efectivamente existe algún tipo de riesgo frente a la vida, integridad o los bienes del testigo, de su cónyuge, ascendiente, descendiente e hijos, debiendo de existir una relación de adecuación entre ese riesgo y la calificación como testigo anónimo u, oculto.

Esa declaración no es permanente en el proceso, sino que necesariamente el órgano encargado de enjuiciamiento debe posteriormente pronunciarse sobre el mantenimiento, modificación o levantamiento de esa protección.

La defensa puede solicitar la identificación del testigo en el plenario, pero lo anterior no supone un derecho reconocido a la misma, sino que tendrá que motivar expresamente porque se estima necesario, debiendo igualmente resolver el órgano de enjuiciamiento de manera motivada, sin necesidad de atenerse a lo razonado por la defensa.

En cuanto a la valoración de la declaración del testigo protegido por el órgano de

<sup>16</sup> STS 290/2021, 7 de abril de 2021, FJ. 7.  
ECLI:ES:TS:2021:1373

## **El testigo protegido**

---

enjuiciamiento, es importante la función proactiva del tribunal, debiéndose adoptar medidas que permitan compensar los déficits a los principios de defensa e inmediación. Además, es necesario que el contenido de la declaración pueda ser contrastado periféricamente con otros elementos probatorios, para que sea considerado prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia.

En cuanto al testigo protegido que posteriormente desaparece y, no puede comparecer en el procedimiento penal, esta situación debe incardinarse en el art. 730 de la LECrim, no produciéndose lesión del derecho de defensa siempre que su declaración sea conocida por la defensa y pueda contradecirla y, en caso de estimar que se produce enervación de la presunción de inocencia la misma resulte corroborada periféricamente.