



Facultad de Derecho
Universidad Zaragoza

Trabajo Fin de Máster

Con objeto de:

Defensa de un investigado por delitos del Capítulo II bis del
Título VIII del Código Penal en procedimiento penal con escaso
cuadro probatorio

Dictamen elaborado por:

Pablo Ferrer Giménez

Director

Alberto José Lafuente Torralba

Diciembre de 2018

ÍNDICE

I. ABREVIATURAS	3
II. ANTECEDENTES DE HECHO	4
III. CUESTIONES JURÍDICAS QUE SE PLANTEAN	10
IV. NORMATIVA APLICABLE	11
V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS	11
1. POSIBLES CALIFICACIONES JURÍDICAS DE LOS HECHOS	11
1.1 Bienes jurídicamente protegidos en los delitos sexuales.....	11
1.2 La edad del sujeto pasivo como circunstancia objetiva relevante	12
1.3 Tratamiento del error en los delitos sexuales a menores	14
1.4 Tipo delictivo aplicable.....	16
1.5 Aplicabilidad de la circunstancia agravante de superioridad.	17
1.6 Consideraciones desde el punto de vista de la defensa	18
2. CUESTIONES PROBATORIAS.....	20
2.1 Declaración de la víctima	20
A. Enervación del derecho de presunción de inocencia.....	20
a) Concepto y Regulación	20
b) Doctrina jurisprudencial y situación límite del derecho a la presunción de inocencia	22
B. Tratamiento y peso probatorio del testimonio de la presunta víctima.....	24
a) Peso probatorio de la declaración.....	24
b) Triple filtro jurisprudencial para valorar el testimonio de la víctima cuando supone la única prueba de cargo	25
c) Incidencia de la aplicación de los parámetros jurisprudenciales.....	30
2.2 Valor de la pericial médica.....	32
A. Concepto y relevancia en el cuadro probatorio de un procedimiento penal.....	32
B. Valoración de los requisitos exigibles para determinar la persistencia de TEPT...	35

C.	Consideraciones desde el punto de vista de la defensa.	36
2.3	Licitud de la grabación como prueba de cargo.....	38
A.	Prueba antijurídicamente lograda.....	38
a)	La prueba ilícita y la doctrina del árbol de los frutos envenenados	38
b)	Doctrina de la conexión de la antijuridicidad y criterios de desconexión.	40
B.	Valoración jurisprudencial de los posibles derechos fundamentales vulnerados y excepción a la regla de legitimidad y validez de las grabaciones de conversaciones privadas.	43
a)	Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art 24.2 CE)	44
b)	Derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad (arts.18.1 y .3 CE)..	46
c)	Excepción a la regla general de licitud de la grabación de conversación privada como prueba de cargo y conclusiones.....	48
C.	Valoración desde el punto de vista de la defensa del acusado	49
VI.	CONCLUSIONES	51
VII.	BIBLIOGRAFIA	55
VIII.	JURISPRUDENCIA UTILIZADA	56

I. ABREVIATURAS

CE: Constitución Española

CP: Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

IMLA: Instituto de Medicina Legal de Aragón

LAJ: Letrado de la Administración de Justicia

LECRIM: Real Decreto de 14 de septiembre de 1882 por el que se aprueba la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

LO: Ley Orgánica

LOTC: Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional.

LOPJ: Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial

STC: Sentencia del tribunal Constitucional

STS: Sentencia del Tribunal Supremo

TC: Tribunal Constitucional

TEPT: Trastorno de estrés postraumático

TS: Tribunal Supremo

Ante mí, Don Pablo Ferrer Giménez, Letrado del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza, se presenta Don. Alejandro Ruíz Montes, solicitando **DICTAMEN** de los siguientes

II. ANTECEDENTES DE HECHO

El día 20 de abril de 2016 la menor Estefanía García Garrido, nacida el 09-09-2000, acompañada por sus padres, se presentó ante la comisaría de policía de Vadorrey en Zaragoza a denunciar los siguientes hechos:

Desde el año 2008 viene recibiendo clases de golf, en el Club de Golf los Lagos sito en la localidad de Pinseque (Zaragoza), impartidas por el profesor Alejandro Ruiz Montes, nacido el 20/10/1951. En estos últimos años y debido a que empezaba a participar en competiciones oficiales aumentaron las clases que recibía, llegando a ir al campo de golf varios días entre semana y todos los fines de semana. Estas continuas asistencias al campo de golf provocaron que se formara una gran amistad entre ella y Alejandro Ruiz Montes, su familia y amigos, llegando incluso la menor a quedarse a comer en su casa o con los amigos e la familia en numerosas ocasiones.

De esta forma el día 5 de marzo de 2016 la menor se quedó a comer con la familia de Alejandro Ruiz Montes y sus amigos en un local sito en la localidad de Pinseque. Sobre las 16:00 horas ambos se fueron de la comida para proseguir con la clase de golf. Al acceder a la sala social del club de golf donde solían tomar café, contigua a la zona de prácticas, Alejandro, aprovechando que estaban solos y con ánimo de atentar contra la libertad e indemnidad sexual de la Estefanía y de satisfacer sus deseos libidinosos, la empujó contra una mesa haciéndole daño en la espalda, la agarró muy fuerte de los brazos logrando inmovilizarla y le dijo: «ahora vamos a hacer lo que te dije que íbamos a hacer». Entonces, la sentó encima de la mesa, bajó bruscamente los pantalones y la ropa interior de la menor dificultando que esta cerrara sus piernas colocando las suyas en medio, y la penetró vaginalmente. En ese instante Estefanía intentó zafarse, mientras gritaba pidiendo auxilio, consiguiendo escaparse poco tiempo después tras pegarle varias patadas.

Cuando consiguió escaparse, cogió su ropa y empezó a vestirse mientras Alejandro le decía que no se le ocurriera contar nada a nadie si quería volver a jugar al

golf. A su vez le dijo que «si se enteraba de que contaba algo de él se iba a ver en una situación peor». A continuación, la menor marchó a proseguir su entrenamiento de golf mientras el acusado se quedó echándose la siesta.

En el momento de los hechos, en el Club de Gol los Lagos se impartían clases de golf en la zona de prácticas a 20 menores de edades comprendidas entre los 7 y los 17 años, siendo el monitor Félix Rodríguez Jiménez el encargado de darlas.

Estefanía manifiesta que siguió acudiendo a las clases de golf con Alejandro durante la semana siguiente, volviendo incluso a comer con la familia y amigos de Alejandro al día siguiente de la agresión, porque a pesar de no querer ir, no quería contárselo a sus padres, enterándose estos el 19 de abril de 2016, declarando que no sabía exactamente qué hacer ni como contárselo debido a la relación de amistad de las dos familias y también porque tenía miedo a no volver a jugar al golf que es su pasión.

Los padres, al conocer los hechos relatados por la menor, se dispusieron a ir al campo de campo de golf Los Lagos el mismo 19 de abril para ir a ver a Alejandro con idea de sonsacarle la declaración de lo que había hecho a su hija. Una vez en el campo le preguntaron, mientras grababan con el móvil la conversación, qué había hecho con su hija, reconociendo Alejandro en dicha conversación que lo que había hecho «no tiene perdón de Dios».

Al remitirse la denuncia al Juzgado de Instrucción, se inició la formación del sumario, practicándose las siguientes diligencias probatorias:

1. Testifical del acusado, Alejandro Ruiz Montes

Alejandro Ruiz Montes en su declaración en la fase de instrucción, ante la denuncia presentada contra él, manifestó a las preguntas de su letrado:

- Que es falso que agrediera a Estefanía, que la conoce desde que era niña, que en su vida le pondría la mano encima a uno de sus alumnos, que Estefanía es casi como una hija para él, que incluso se ha quedado en multitud de ocasiones a comer en su casa, teniendo una gran relación entre ambas familias.

– Que el día 5 de marzo comieron juntos con su cuadrilla del pueblo, que subió con ella sobre las 16:15 al campo de golf a practicar, pero al estar cansado se quedó hasta las 6 echándose la siesta en la sala social del club.

– Que no sabe por qué le denuncia pero que llevaba un tiempo enfadada con él, habiéndole manifestado en alguna ocasión que ya no pasaba tanto tiempo practicando con ella, echándole la culpa de alguna forma de los últimos malos resultados cosechados por la menor, pero que ya no era una niña y había otros alumnos a los que también tenía que atender, que desde cría ha sido una chica celosa con el resto de sus compañeros.

– Que se quedó perplejo y muy triste cuando Estefanía dejó de ir al campo de golf, ya que era una de sus mejores alumnas y siempre había manifestado que el golf era su pasión, que en ese momento pensó que estaba deprimida por los últimos resultados.

Respecto a la grabación de su conversación con los padres de Estefanía, manifiesta:

– Que no sabía que le estaban grabando, que no sabía por qué le estaban incriminando de esa manera, que pide perdón porque pensaba que hacían referencia a una posible depresión de la menor por los malos resultados y que por eso le echaban la culpa, sintiéndose en ese momento culpable por pensar que a lo mejor no tendría que haberle dado tanta independencia en sus entrenamientos, pero que nunca pensó que le incriminaban el haber cometido una actuación tan deleznable como la que le imputan.

– Que por eso les decía que confiaran en él, que quería volver a retomar el entrenamiento intensivo con ella, que la veía con posibilidades de triunfar en el mundo del golf, que todo lo que ha hecho ha sido por el bien de Estefanía.

2. *Se practicó una prueba pericial médica a la menor*

– El 26 de abril de 2016 por el médico forense del IMLA, el cual en su informe estableció:

Respecto de la exploración física: no queda acreditada, habida cuenta del tiempo transcurrido desde la agresión, ninguna muestra de la presunta agresión sexual, ni de la equimosis en ambos brazos producida por haberla agarrado con fuerza.

Respecto de la exploración psicológica, se reseña que la menor presenta una sintomatología compatible con trastorno de estrés postraumático con síntomas de rememoración, hiperactivación y evitación de intensidad grave y episodio depresivo leve.

Es destacable que tal afección de ningún modo supone la demostración de dicho acto, sino exclusivamente la posibilidad de que esta lesión se haya producido mediante el mecanismo referido.

3. *Se practicaron las declaraciones de los siguientes testigos:*

Rosa García Álvarez en su declaración ante el Letrado de la Administración de Justicia:

Ante las preguntas de la acusación sobre las comidas celebradas el día 5 y 6 de marzo de 2016 manifiesta:

– Que forma parte de la cuadrilla de amigos de Pinseque del denunciado, y que estuvo presente en las comidas del día 5 y 6 de marzo de 2016 celebradas con Alejandro Ruiz Montes y el resto de la cuadrilla, en la que también participó Estefanía Gracia Garrido y que habría unas 21 personas en total.

– Que la denunciante y el denunciado se sentaron juntos, aunque no mantuvo conversación con ellos durante las comidas.

– Que ambos llegaron juntos a la hora de comer y que de la misma forma se fueron después de comer antes que los demás ambos días.

– Además destaca que la denunciante ya no ha vuelto a acudir a ninguna comida más.

Ante las preguntas de la defensa sobre estos mismos hechos, contesta que:

- Que tenían a Estefanía como si fuera una hija más de uno de la cuadrilla
- Que durante la comida del día 6 de marzo de 2016 no vio a Estefanía más nerviosa de lo normal.
- Que calcula que la denunciante y el denunciado el día 6 se marcharon sobre las cuatro o cuatro y cuarto.

Félix Rodríguez Jiménez en su declaración ante el Letrado de la Administración de Justicia:

Ante las preguntas de la acusación manifiesta:

- Que es monitor de clases de golf a menores de edad en el campo de Golf Los Lagos sito en la localidad de Pinseque
- Que conoce desde hace 5 años a Alejandro Ruiz Montes, y que tienen una relación meramente laboral al ser ambos monitores en el campo de golf.
- Que el día 5 de marzo de 2016 llegó al campo de golf sobre las cuatro y cuarto al tener que impartir una clase a las cuatro y media
- Que vio esa misma tarde a Estefanía García Garrido entrenar en el campo de prácticas, que lo hizo sola, que no sabe si tenía ese día clase con Alejandro, o había ido sola a practicar, que no recuerda ver a Alejandro Ruiz Montes aquel día en el campo de golf
- Que le sorprendió cuando Alejandro le comentó un tiempo después que Estefanía había dejado el Golf, ya que siempre decía que era su pasión.

Ante las preguntas de la defensa manifiesta:

- Que este día no oyó nada inusual mientras estuvo en el campo de prácticas.
- Que no habló con Estefanía esa tarde, que únicamente se saludaron.
- Que no notó a Estefanía más nerviosa de lo habitual, ni ese día ni los días posteriores

4. *Se llevó a cabo la transcripción de la grabación aportada por los padres de la denunciante, realizada en la conversación mantenida por ellos con el presunto agresor en fecha 19 de abril de 2016, destacando los siguientes pasajes de la conversación:*

Minuto 1:

Madre de Estefanía: «¿ya sabes por qué hemos venido no? ¿No nos vas a contar nada de lo que hiciste?».

Padre de Estefanía: «Por lo menos darás la cara o que...».

Alejandro: «Lo único que hubiera querido, te lo digo de verdad, sobre todo por ella, que forma parte de su vida...que hubieras vuelto a confiar en mí, que no os iba a defraudar en la puta vida».

Madre de Estefanía: «¡Cómo tienes tan poca vergüenza, la has destrozado, que te admiraba hasta la saciedad, qué barbaridad, lo único que me importa es mi hija, le dijiste que si se iba de aquí iba a ser una mierda! ¿No se lo dijiste?».

Padre de Estefanía: «¡Que ha dado la vida por ti!».

Alejandro: «Y yo por ella, ¿no he hecho nada?».

Padre de Estefanía: «¡Que la cría ha aguantado por ti, que si no, hace tiempo que se habría ido! Las situaciones que estaba tragando por ti, por los trofeos y lo sabes».

Minuto 10:

(...)

Madre de Estefanía: «¡Qué me estas contando, que tienes que ser responsable de tus actos, que no nos preguntas ni por la cría, que te importa una mierda!».

Alejandro: «¡No, te equivocas! ¡Sí que me importa, y mucho!».

Padre de Estefanía: «¡Cómo vamos a confiar en ti, si te ha tenido la cría más en cuenta que a mí, y no me ha importado porque pensaba que eras una persona que vestía por los pies, pero hacerle una cosa de estas!...».

Alejandro: «He metido la pata, yo lo que hubiera querido es que hubieras vuelto a confiar en mí, con total seguridad de que no se hubiera vuelto a repetir. ¿Qué me he equivocado? Totalmente. Es que no se ni qué decir. Es que no tengo palabras, pedir perdón no tiene sentido, yo sé que estáis.....yo estoy partido».

Madre de Estefanía: « ¿Y nosotros? ¿Y la cría? ¡Si la niña está en la cama!».

Padre de Estefanía: « ¡Esto es imposible de entender, incomprensible!»

Alejandro: «Entiendo que no me miréis a la cara, sé que os he jodido pero confiar en mí. Es lo que me gustaría...».

Padre de Estefanía: « ¿Tú sabes lo que estás pidiendo? ».

Alejandro: «...ya sé que no tengo perdón».

Una vez realizadas las diligencias probatorias descritas, el Juez de Instrucción emitió auto de conclusión de sumario a la Audiencia Provincial de Zaragoza, que confirmó el auto y procedió a dar apertura a la fase de juicio oral. Procediendo el Ministerio Fiscal a la calificación del delito, determinando que los hechos anteriormente descritos son constitutivos de un delito de agresión sexual a menor de dieciséis años tipificado en el artículo 183.3 en relación con el 183.2 y 183.1 del Código Penal.

III. CUESTIONES JURÍDICAS QUE SE PLANTEAN

1. Posibles calificaciones jurídicas de los hechos.
2. ¿Qué valor probatorio tiene el testimonio de la víctima a la hora de enervar el derecho de presunción de inocencia?
3. ¿Cómo debe valorarse el informe pericial médico?
4. ¿Es lícita la presentación de la grabación como prueba de cargo?

IV. NORMATIVA APLICABLE

CP: arts. 14,183, 183 bis, 183 quater.

LECRIM: arts.456 y siguientes, del informe pericial, 588 y siguientes, de grabación de comunicaciones orales mediante la utilización de dispositivos electrónicos.

CE: arts. 18.1 y .3, 24.2, 53, 168.

LOPJ: arts. 11.1 y 243.

V. FUNDAMENTOS JURÍDICOS

1. POSIBLES CALIFICACIONES JURÍDICAS DE LOS HECHOS

Ante los hechos descritos, el hecho delictivo denunciado es calificado por el Ministerio Fiscal como un delito de agresión sexual a menor de dieciséis años tipificado en el artículo 183.3 en relación con el 183.2 y 183.1 del Código Penal, recogidos en el Capítulo II bis, del Título VIII del Libro II del Código penal.

El Capítulo II bis regula el tipo especial de abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, haciendo una distinción entre el tipo básico en el artículo 183.1 y los tipos agravados recogidos en el artículo 183.3 y .2, y termina haciendo una clasificación de diferentes circunstancias agravantes que pueden darse en la realización de hecho delictivo y suponen la aplicación de la pena del tipo cometido en su mitad superior.

1.1 Bienes jurídicamente protegidos en los delitos sexuales

En lo que se refiere a los bienes jurídicamente protegidos en esta rúbrica del CP, el objeto de protección del Derecho Penal Sexual es la libertad e indemnidad sexual de todos los individuos. En primer lugar, la libertad sexual se concibe como el derecho

de cada uno a autodeterminarse libremente o, mejor dicho, en condiciones de libertad en el ámbito de su sexualidad. Es decir, se estará vulnerando la libertad sexual de un individuo desde que se prescinde, se manipula o se abusa de la voluntad de un sujeto para imponerle una conducta sexual.

En este mismo sentido, es importante destacar de igual forma la protección proyectada hacia la indemnidad sexual de las personas. Atendiendo al preámbulo nº XIII de la LO 5/2010 de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal, podemos concretar el concepto de este bien jurídico protegido, al establecerse que «En el ámbito de los delitos sexuales, junto al acrecentamiento del nivel de protección de las víctimas, especialmente de aquellas más desvalidas, ha de mencionarse la necesidad de trasponer la Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil. Resulta indudable que en los casos de delitos sexuales cometidos sobre menores el bien jurídico a proteger adquiere una dimensión especial por el mayor contenido de injusto que presentan estas conductas. Mediante las mismas se lesiona no sólo la indemnidad sexual, entendida como el derecho a no verse involucrado en un contexto sexual sin un consentimiento válidamente prestado, sino también la formación y desarrollo de la personalidad y sexualidad del menor».

Por ello, en definitiva se ha venido considerando, por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (véase entre otras STS 476/2006, de 2 de mayo (RJ 2006\3106)), que nos encontramos ante el derecho del menor a no sufrir interferencias en el proceso de formación adecuada a su personalidad, tratándose de un bien jurídico indisponible por parte de su titular.

1.2 La edad del sujeto pasivo como circunstancia objetiva relevante

Siguiendo con la argumentación, se concibe como una circunstancia objetiva penalmente relevante en el presente caso la edad de la denunciante y presunta víctima, la cual tenía en el momento que sufrió la presunta agresión 15 años (09/09/2000 – 5/03/2016).

El legislador llevó a cabo una importante reforma del Código penal a través de la LO 1/2015 de 30 de marzo como consecuencia de los requerimientos del Comité de la Organización de las Naciones Unidas sobre Derechos del Niño para que se adecuara

el CP a las disposiciones de la Convención sobre los Derechos de la Infancia, y así mejorar la protección que España ofrece a los menores, teniendo en cuenta que la edad prevista para otorgar consentimiento sexual válido en el Código penal antes de la reforma era de trece años, y resultaba muy inferior a la de los restantes países europeos donde la edad mínima se sitúa en torno a los quince o dieciséis años.

Con la reforma del Código Penal a la que hacemos referencia, se introdujo una protección penal más intensa, estableciendo un nuevo límite de edad para consentir libremente la realización de actividades sexuales, que pasa de los trece a los dieciséis años. Estableciéndose este límite de edad para delimitar entre los supuestos en los que no se reconoce al menor capacidad alguna de autodeterminación sexual, aplicándose una protección de la indemnidad sexual absoluta, denegado la posibilidad de admitir prueba en contrario sobre la madurez del menor, y aquellos supuestos en los que se considera que el menor posee ya una mayor autodeterminación. Por ello, este límite implanta en la ejecución de un acto sexual con un menor de 16 años, una presunción *iuris et de iure* sobre la ausencia de consentimiento por resultar los supuestos contemplados incompatibles con la conciencia y la libre voluntad exigibles.

Cabe decir que la presunción irrefutable de la irrelevancia del consentimiento del menor hasta una edad determinada no está exenta de crítica por determinadas voces doctrinales, pudiendo hacer referencia a autores como SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J.,¹. Crítica que sostiene la ausencia de estudios específicos sobre la realidad social española que permitiesen una concreción más precisa del límite de edad desde un punto de vista científico, o la falta de gradualidad y elasticidad del planteamiento elegido para su fijación que determina la aplicación automática de la norma y sus consecuencias jurídicas, sin tener en cuenta la madurez del menor y otras posibles circunstancias concurrentes

Al establecerse un límite de edad para emitir un consentimiento sexual válido, se entiende que si el sujeto pasivo es un menor de edad o persona con discapacidad necesitada de especial protección, el bien jurídico protegido es la indemnidad sexual porque, o bien no concurre libertad sexual actual, o bien no puede hablarse de libertad en términos jurídicos.

¹ SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J., « Agresiones y abusos sexuales. Los abusos y agresiones a menores de 16 años», en MORILLAS CUEVA, L., (Coordinador) Sistema de derecho penal. Parte especial, Dickinson, 2016, pág. 256.

En este mismo sentido, se pronuncia BOLDOVA PASAMAR, M.A., quien señala sobre el elemento objetivo del tipo que tras la reforma efectuada «no se concibe como una necesidad calificar las conductas sexuales con menores de dieciséis años como atentados contra su indemnidad sexual, puesto que la acción delictiva básica se describe como la mera realización de actos de carácter sexual con el menor de dicha edad sin ulteriores referencias típicas²». Sin que ello signifique que, para la condena por tales delitos, no sea preceptiva la concurrencia del elemento subjetivo de lo injusto característico de los delitos sexuales, como es la voluntad de involucrar un menor de dicha edad en un comportamiento de naturaleza sexual con independencia de que éste acepte o busque y comprenda el significado de tal relación.

1.3 Tratamiento del error en los delitos sexuales a menores

Sobre el elemento subjetivo del tipo, desde el punto de vista de la defensa es imprescindible hacer referencia a los supuestos en los que se aduce un error en el sujeto activo, bien sobre la auténtica edad del sujeto pasivo, bien sobre la licitud de la conducta en sí mismo considerada. A este respecto, acudiendo a la jurisprudencia emitida por el Tribunal Supremo es de mención entre otras la STS 97/2015 de 24 de febrero (LA LEY 18405/2015), en la que el Tribunal establece en el Fundamento de Derecho segundo la diferenciación entre error del tipo y error de prohibición, o lo que es lo mismo, entre «el error de hecho -*error facti*, que podría coincidir con el error-, y el error de derecho -*error iuris*, que correspondería a la ignorancia³».

Sobre el error de prohibición, cabe destacar lo establecido por el Tribunal Supremo en la STS 266/2012 de 3 de abril (RJ 2012\5594), donde concreta que «no resulta verosímil y por tanto admisible, la invocación de dicho error, no siendo posible conjeturar la concurrencia de errores de prohibición en infracciones de carácter material o elemental, cuya ilicitud es notoriamente evidente y de comprensión y constancia generalizada». Desde esta perspectiva se mantiene que en el ámbito de los delitos sexuales a menores de 16 años, la ilicitud de mantener actos de naturaleza sexual con ellos es considerada a día de hoy como notoriamente evidente y de conocimiento general, por lo que se aprecia una alegación de muy difícil estimación.

²BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años», en ROMERO CASABONA, C.M., et al, (Coordinadores) Derecho penal parte especial, Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015 de 30 de marzo, Dykinson, 2016, pág. 203.

³A mayor abundamiento, en este mismo sentido se pronuncia la STS 1238/2009 de 11 de diciembre (RJ 2010\2045).

En lo relativo a la alegación de error de tipo, el Tribunal Supremo en la referida resolución al valorar la incidencia de la existencia del error en la declaración de culpabilidad, concluye que «el error sobre cualquier elemento del tipo, es decir, el desconocimiento de la concurrencia de un elemento fundamentador de la prohibición legal de esa conducta, excluye en todo caso el dolo, ya que ésta requiere conocimiento de todos los elementos del tipo de injusto, es decir el dolo se excluye por un error que impide al autor conocer el peligro concreto de realización del resultado típico o de los hechos constitutivos de la infracción». Por tanto cabe corroborar que no cabría dictar sentencia condenatoria ante la inexistencia del elemento subjetivo del tipo, concurriendo ante los delitos que hacemos referencia, en supuestos donde el sujeto pasivo se encuentra muy próximo al límite fijado legalmente o con un desarrollo físico más notable del que correspondería a su edad cronológica.

En lo que concierne al caso de estudio, debemos hacer referencia a que el Tribunal Supremo en la referida jurisprudencia, a pesar de exonerar la culpabilidad en caso de probar la inexistencia del elemento subjetivo del tipo, abre la puerta a la posibilidad de admitir la existencia del dolo eventual, también llamado dolo de indiferencia. El Tribunal motiva en este sentido que «cuando el autor desconoce en detalle uno de los elementos del tipo, puede tener razones para dudar y además tiene a su alcance la opción entre desvelar su existencia o prescindir de la acción. La pasividad en este aspecto seguida de la ejecución de la acción no puede ser valorada como un error de tipo, sino como dolo eventual. Con su actuación pone de relieve que le es indiferente la concurrencia del elemento respecto del que ha dudado, en función de la ejecución de una acción que desea llevar a cabo. Actúa entonces con dolo eventual».

Destacándose sobre la incidencia de la declaración del dolo como eventual, que «el dolo eventual deviene tan reprochable como el dolo directo, pues ambas modalidades carecen de trascendencia diferencial a la hora de calibrar distintas responsabilidades criminales». En definitiva, aunque con el implemento del límite de edad hasta los 16 años pueden darse mayores conflictos que cuando se establecía en 13 años, dado el desarrollo físico que puede originarse en este periodo, en observancia de la jurisprudencia señalada, hay que tener en cuenta que cabe la admisión del dolo eventual, o dolo de indiferencia en los casos en los que se atisba un evidente conocimiento de la edad real del menor.

1.4 Tipo delictivo aplicable

Al tenor de la regulación desarrollada en el Código Penal de los abusos y agresiones sexuales a menores de dieciséis años, podemos argüir que no se regulan los tipos delictivos de abuso y agresión sexual como alternativos, sino que, al entenderse que el menor no tiene capacidad alguna de autodeterminación sexual y aplicándosele una protección absoluta de su derecho de indemnidad sexual, se parte del delito de abuso sexual como figura delictiva básica a la que se añaden diversos tipos agravados, entre ellos las agresiones sexuales.

Es por ello que en el supuesto objeto de este trabajo, es esencial estudiar la posible calificación del presunto hecho delictivo como abuso o como agresión sexual, estableciéndose la diferencia en si ha mediado violencia o no en la comisión del hecho delictivo. El Ministerio Fiscal califica los hechos como una agresión sexual del 183.3 en relación con el 183.2, observándose que solo se diferencia la agresión sexual general del artículo 178 y la del 183, como indica BOLDOVA PASAMAR, M.A., en la edad del sujeto pasivo y en la penalidad, requiriéndose los mismos elementos típicos para su concurrencia, esto es, además de los subjetivos (entre ellos, el dolo comprensivo de la edad del menor y el elemento subjetivo de tendencia): violencia o intimidación para realizar actos de carácter sexual con un menor (de dieciséis años, aunque el precepto no aluda expresamente a la edad del menor) y dirigida a vencer la oposición y resistencia presente o presumible de éste a la acción sexual⁴.

Atendiendo al testimonio de la víctima, el Ministerio Fiscal aprecia la concurrencia del tipo de la agresión, por cuanto se describe el uso de violencia e intimidación por parte del agresor en el momento en el que se determina que: «la empujó contra una mesa», «la agarró muy fuerte de los brazos logrando inmovilizarla», «bajó bruscamente los pantalones y la ropa interior de la menor dificultando que esta cerrara sus piernas colocando las suyas en medio» y le advirtió «si se enteraba de que contaba algo de él se iba a ver en una situación peor», actuaciones que se perciben claramente como elementos objetivos del tipo, ejerciéndose para vencer la oposición presumible que pueda realizar la menor ante la agresión. Hechos que vienen a corroborar de igual forma que se cumplen los elementos subjetivos del tipo, por cuanto

⁴ BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años...», cit, Pág. 203.

el agresor era conocedor de la edad de la menor al haber sido su profesor desde hace siete años, no siendo asumible una posible defensa basada en el error del tipo.

En este mismo sentido, el Ministerio Fiscal solicita la tipificación de los hechos como un delito del artículo 183.3 CP, por entender probado por la declaración de la víctima que se ha producido un ataque con acceso carnal por vía vaginal, siendo declarado por la víctima que la penetró vaginalmente. Agravante que abarca una aplicación de una pena privativa de libertad de doce a quince años.

1.5 Aplicabilidad de la circunstancia agravante de superioridad.

En este sentido, el Ministerio Fiscal solicita la pena más alta posible al considerar que concurre una circunstancia agravante del artículo 183.4 CP, el cual establece que «las conductas previstas en los tres primeros apartados del art. 183 (abuso sexual, agresión sexual y abuso o agresión sexual con penetración) serán castigadas con la pena de prisión correspondiente en su mitad superior cuando concorra alguna de las siguientes circunstancias...». Siendo considerada en concreto como probada por el Ministerio Fiscal la regulada en el apartado d), referida a cuando «para la ejecución del delito, el responsable se haya prevalido de una relación de superioridad o parentesco, por ser ascendiente o hermano, por naturaleza o adopción, o afines, con la víctima».

Acudiendo a la jurisprudencia emitida del Tribunal Supremo en relación con esta agravante de superioridad, es destacable la STS 274/2015 de 30 de abril (RJ 2015\1872), donde se concreta la aplicación de esta en supuestos de abusos sexuales cometidos por profesor respecto a una alumna. El Tribunal Supremo concibe que el prevalimiento al que se refiere este apartado «exige una cierta preeminencia del autor sobre la víctima y que esta ventaja haya sido utilizada o aprovechada por el autor para realizar el acto objeto de imputación. Su fundamento agravatorio es, por ello, el abuso de superioridad que en el plano moral tiene una persona que pone a su servicio una condición o cualidad que instrumentaliza en su beneficio particular con finalidad delictiva para cohibir la resistencia de la víctima».

Atendiendo a jurisprudencia desarrollada, se puede deducir que el prevalimiento típico exige una relación de superioridad del agresor sobre la víctima, teniendo que ser utilizada para la comisión de una actuación que atente contra la indemnidad y libertad sexual de la víctima. Ahora bien, aunque la existencia de la

situación de superioridad puede ser de consideración objetiva, la concurrencia de la violación de los bienes jurídicos protegidos del sujeto pasivo deberá ser motivada por el Tribunal quedando reflejado de tal forma en la sentencia.

Por parte del Ministerio Fiscal se expone que cabe la aplicación de la circunstancia agravante del artículo 183.4.d) CP, considerándose como algo objetivo que no admite prueba en contrario que el sujeto activo aprovechó su relación de superioridad con la víctima para llevar a cabo el hecho delictivo. Entendiéndose esta superioridad desde el punto de vista en el que el autor llevaba siendo su profesor de golf desde hace siete años, habiendo una fuerte relación fruto de las múltiples horas semanales que pasaban juntos practicando en el campo de golf, llegando la menor a quedarse a comer en su casa frecuentemente.

1.6 Consideraciones desde el punto de vista de la defensa

Por parte de la defensa, ante los hechos descritos y partiendo en todo momento desde la solicitud de que se declare la libre absolucón de nuestro cliente que se ha declarado inocente en todo momento, subsidiariamente habría que tener en cuenta las siguientes consideraciones:

En primer lugar, debemos hacer referencia a la posibilidad de alegar la aplicación de la cláusula de exención del artículo 183 quater. Esta cláusula fue introducida por el legislador en la reforma introducida por la LO 1/2015 de 30 de marzo, estando ligada al aumento de edad hasta los dieciséis años establecido en el artículo 183 bis. Esto es debido, a que el delito regulado en el artículo 183 bis se dirige principalmente a penar las acciones cometidas por adultos, motivo por el cual, se introduce esta cláusula para despenalizar las actividades consentidas entre menores en el contexto de su desarrollo sexual⁵.

En este precepto el Código Penal regula por tanto, una excepción a los delitos descritos en el artículo 183 bis, reconociendo la validez del consentimiento prestado por un menor de dieciséis años en determinadas circunstancias. Concretamente regula que

⁵Así lo refleja la Directiva 2011/92/EU del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011 relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, en su punto 20 donde destaca la atipicidad de estas conductas. Determinando que «los actos de carácter sexual consentidos en los que pueden participar los menores y que pueden considerarse como el descubrimiento normal de la sexualidad en el proceso de desarrollo personal... son cuestiones que quedan fuera del ámbito de aplicación de la presente Directiva».

«el consentimiento libre 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». El legislador establece una doble condición para que se pueda desplegar sus efectos de exención de la responsabilidad criminal, por un lado que el consentimiento sea libre, y por otro que el autor sea un sujeto de unas características similares a las del sujeto pasivo, valorándose por tanto, las circunstancias físicas como las psicológicas de los sujetos intervinientes.

Desde un sector de la doctrina⁶ se considera que la regulación de esta cláusula extintiva de la responsabilidad criminal es demasiado ambigua, por introducir como elemento diferencial un término indeterminado, al tener que valorarse en cada caso por el juzgador si concurre una edad y grado de desarrollo o madurez y similar entre los dos sujetos. Encontrándose incongruente que se establezca un límite fijo e inalterable en el artículo 183 bis, y se regule una cláusula que lo exonere basada en conceptos indeterminados. Circunstancias que a falta de ser concretadas por la jurisprudencia, abren un gran abanico de posibilidades desde el punto de vista de la defensa de un acusado.

Ahora bien, en aplicación de la doble condición que exige el artículo 183 quater, se considera que alegar la aplicación de dicha exención no tiene ninguna posibilidad de prosperar en el caso objeto del presente trabajo. Aunque se pudiera llegar a probar que la denunciante y el denunciado realizaron actos de naturaleza sexual de forma consentida no se cumpliría la segunda condición para su aplicación, al estar ante un menor de 15 años y un adulto de 65 años, teniendo ambos sujetos unas evidentes circunstancias personales diferenciadas.

Por otro lado, otra vía de defensa de un acusado de haber cometido un delito contra la libertad e indemnidad sexuales de un menor de dieciséis años, la configura la posibilidad de argumentar un error del tipo. Alegando que concurre error en el sujeto activo en virtud del artículo 14 CP, al manifestarse por el acusado que desconocía la edad real de la menor con la que llevo a cabo las actuaciones de carácter sexual.

En este sentido en aplicación de la doctrina jurisprudencial desarrollada en el presente trabajo, y teniendo en cuenta que el desconocimiento de la edad, como argumento cognoscitivo de defensa, ha de ser probado por quien alega tal exculpación e

⁶ BOLDAVA PASAMAR «Los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años...», cit, Pág. 209

irresponsabilidad, se considera de gran dificultad probar, con los hechos relatados en el caso objeto de este trabajo, que el acusado desconocía la edad de la presunta víctima siendo era su profesor desde que era una niña.

Sin olvidar que a pesar de llegar a poder probar tal desconocimiento, cabría la argumentación de la existencia de dolo eventual o dolo de indiferencia, puesto que es razonable considerar que existían medios de fácil acceso para el presunto autor por los que podría haber conocido la edad real de la menor. Siendo culpable igualmente del delito de agresión.

Ante todo lo desarrollado, de forma subsidiaria a la libre absolución del acusado, no queda otra consideración más procedente que alegar que los hechos descritos son constitutivos de un delito de abuso del 183.1 CP. Se basa tal pretensión en exponer la falta de prueba objetiva suficiente que permita constatar la existencia de violencia en la realización del hecho delictivo tal y como se describe en la testifical de la víctima.

2. CUESTIONES PROBATORIAS

2.1 Declaración de la víctima

A. Enervación del derecho de presunción de inocencia

a) Concepto y Regulación

El principal derecho a defender por parte de la defensa en todo procedimiento penal es el derecho a la presunción de inocencia, el cual, hace referencia al derecho que ostenta todo imputado en un proceso penal a ser tratado como si fuese inocente, hasta que una sentencia firme establezca su condena.

En nuestro Derecho se encuentra expresamente recogido en la Constitución Española en el artículo 24.2, donde se enuncia que «todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia.».

Por encontrarse regulado en nuestra carta Magna dentro del capítulo II, del título I, debemos destacar la trascendencia que tiene este derecho dentro de nuestro ordenamiento jurídico, al ser considerado como un derecho fundamental. En virtud del precepto 53 CE se establece en primer lugar que vinculará a todos los poderes públicos, en segundo lugar, al ostentar una protección extra, se regula que en caso de querer ser reformado deberá efectuarse mediante el procedimiento de reforma agravado del artículo 168 CE; y por último, como circunstancia más determinante desde el punto de vista de este trabajo, se habilita la posibilidad de ejercer este derecho no solamente ante la jurisdicción ordinaria mediante un procedimiento preferente y sumario, sino que también se podrá ante el propio Tribunal Constitucional mediante presentación de recurso de amparo.

Otra circunstancia a tener en cuenta, que le otorga ser considerado como derecho fundamental, es que en virtud del artículo 10 CE será interpretado de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

A tenor de ello, es constatable que el derecho a la presunción de inocencia está reconocido en distintos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, a resaltar entre ellos: el artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948) cuando establece que «Toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad»; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (1966), cuyo artículo 14.2 dispone que «toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley»; y finalmente el Convenio Europeo de Derechos Humanos (1950) cuyo artículo 6.2 proclama que «toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente establecida» .

En cuanto a la incidencia que tiene el derecho de presunción de inocencia en el procedimiento penal, como indica VILLANUEVA TURNES, A., debemos tener en cuenta que como derecho fundamental «supone otorgar inmunidad a sus titulares, ya que este derecho fundamental y cualquier otro supone una inmunidad para su titular cuando este está exento de los efectos de un acto de otro sujeto, de tal manera que este

último va a ser incompetente para alterar la situación jurídica del titular con ese acto»⁷. Por lo tanto, siempre que se mantenga vigente la presunción de inocencia, no se podrá alterar la situación jurídica del investigado.

b) Doctrina jurisprudencial y situación límite del derecho a la presunción de
inocencia

A modo de preámbulo del análisis de la prueba de los hechos, se estima necesario hacer referencia a la doctrina constitucional y jurisprudencial que enmarca los límites del derecho a la presunción de inocencia, y que por tanto, marca los criterios que debemos tener en cuenta para realizar la evaluación del cuadro probatorio.

En lo que respecta a la doctrina esgrimida por el Tribunal Constitucional, se postula el derecho a la presunción de inocencia como uno de los principios cardinales del Derecho penal contemporáneo. Y en base a ello, en sentencias como la STC 161/2016 de 3 de octubre (RTC 2016\161), se consagra que «Toda manifestación del ejercicio del *ius puniendi* está condicionada por el art. 24.2 CE al juego de la prueba y a un procedimiento o contradictorio en el que puedan defenderse las propias posiciones». Estableciéndose por tanto, una regla presuntiva consistente en que «el acusado llega al juicio como inocente y sólo puede salir de él como culpable si su primitiva condición es desvirtuada plenamente a partir de las pruebas aportadas por las acusaciones»⁸.

Acorde a lo argüido por el Tribunal Constitucional se pronuncia la doctrina esgrimida por el Tribunal Supremo, quien en sentencias como las SSTS 430/2016 de 19 de mayo (RJ 2016\1968) y 305/2017 de 27 de abril (RJ 2017\2306), incide en la importancia de fundar una condena, no únicamente en la íntima convicción del Juzgador en la valoración de la prueba, sino en la existencia de medios de prueba válidos y lícitos, de contenido incriminador desde la perspectiva de la coherencia lógica y de la razón.

Por lo tanto, para enervar la presunción de inocencia de un investigado deberá realizarse, como se especifica en la STS 544/2017 de 12 de julio (RJ 2017\3327), la valoración de la prueba con acomodo a las exigencias apreciadas por la ley y la doctrina jurisprudencial desarrollada, debiendo motivar el Juez su resolución de forma lógica,

⁷VILLANUEVA TURNES, A., «La presunción de inocencia. Una aproximación actual al derecho» Revista catalana de derecho público, Núm. 51, diciembre 2015, págs. 209-222.

⁸ A mayor abundamiento, expresan en la misma vía doctrinal las SSTC 124/2001 de 4 de junio (LA LEY 6089/2001), 145/2005 de 6 de junio (LA LEY 13298/2005), 33/2015 de 2 de marzo (LA LEY 26676/2015), y más recientemente STS 305/2017 de 27 de abril (RJ 2017\2306).

coherente y razonable, en aplicación del triple canon que suministra la enseñanza de la experiencia, las reglas de la lógica y los principios científicos.

A este respecto, en determinadas ocasiones nos encontramos que en la práctica jurídica surgen discrepancias a la hora de determinar si la prueba practicada es suficiente para dictar una resolución condenatoria que enerve el derecho a la presunción de inocencia. El ejemplo más claro de esta problemática surge en supuestos como en el caso sujeto a estudio en este trabajo, en los que la única prueba de cargo clara la constituye la declaración de la denunciante y presunta víctima. Así lo advierte el Tribunal Supremo en múltiples sentencias, destacando entre otras la STS 305/2017 de 27 de abril (RJ 2017\2306), la cual, en su fundamento de derecho décimo séptimo, reflexiona que estamos ante una situación límite de riesgo para el derecho constitucional de presunción de inocencia.

Advierte el Alto Tribunal que la situación de riesgo del derecho a la presunción de inocencia puede ser llevada al extremo cuando la supuesta víctima es precisamente quien inició el proceso, mediante la correspondiente denuncia, y ejerce la acusación, pues se constituye como única prueba de la acusación el propio acusador. Y en segundo lugar cuando, además, la declaración del acusador no solo es única prueba de la supuesta autoría del acusado, sino también de la propia existencia del delito, del cual no existe acreditación alguna, fuera de las manifestaciones de la propia víctima acusadora.

Situación extrema que concurre en el caso objeto de estudio, donde la acusación de la presunta víctima se encuentra fundada exclusivamente en su propio testimonio, que dado el tiempo transcurrido entre la presunta agresión y la denuncia, no se atisba posibilidad de prueba en contrario, ni confirmatoria del mismo. Esta circunstancia nos lleva, como indica el Supremo, a una tensión límite del derecho de presunción de inocencia, por cuanto bastará con que la presunta víctima sostenga durante la fase de juicio oral la acusación recogida en su denuncia para desplazar aparentemente la carga de la prueba sobre el acusado, obligándole a ser él quien demuestre su inocencia frente a una prueba de cargo integrada únicamente por la palabra de quien la acusa.

B. Tratamiento y peso probatorio del testimonio de la presunta víctima

a) Peso probatorio de la declaración

Para poder conocer cómo se ha venido valorando el testimonio de la víctima ante una circunstancia límite del derecho fundamental de presunción de inocencia, debemos qué tratamiento le ha venido dando la doctrina de nuestro más Alto Tribunal. En este sentido, es determinante la STS 255/2017 de 6 de abril (RJ 2017\1668) donde se deja claro que el «hecho de que la prueba esencial fundante de la condena sea básicamente un testimonio, el de la víctima, es compatible con la presunción de inocencia», es decir, corrobora que la palabra de un solo testigo, sin ninguna otra prueba adicional, puede ser suficiente en abstracto para alcanzar la convicción subjetiva necesaria para enervar la presunción de inocencia del investigado.

Ahora bien, paralelamente el tribunal consagra una garantía, estableciendo que «No basta creérselo, es necesario explicar por qué es objetiva y racionalmente creíble; y por qué de ese testimonio se puede seguir una certeza con solidez suficiente para no tambalearse ante otros medios de prueba contradictorios, desechando así o solventando con razones las dudas objetivas que pueden ensombrecer su realidad». Por lo tanto, se determina que el testimonio de la víctima podrá ser considerado como prueba de cargo suficiente para dictar una resolución condenatoria, pero siempre y cuando esté suficientemente motivada por el juzgador.

Siguiendo en la misma idea, el Tribunal en la sentencia a la que hacemos referencia (STS 305/2017 de 27 de abril (RJ 2017\2306)) advierte que, ante un supuesto de los llamados declaración contra declaración, donde la única prueba de los hechos son las declaraciones contradictorias del denunciante y denunciado, el juzgador puede caer en la negligencia de atribuir a las manifestaciones de la víctima un carácter preponderante frente a la declaración del acusado, aplicándole un estándar de prueba menos exigente. El tribunal ha dejado de manifiesto en numerosas ocasiones⁹ que tal consideración vulneraría el derecho a la presunción de inocencia del acusado, debiendo valorar el juzgador el testimonio de la víctima, en los casos en los que la condena se basa principalmente en él, desde el prisma propio de un testigo pero aumentando el

⁹ Entre las resoluciones que se manifiestan en este sentido, son destacable para un mayor desarrollo las STS. 845/2012 de 10 de octubre (RJ 2012\10158), y STS 263/2017 de 7 de abril (RJ 2017\1704) entre otras.

esfuerzo de motivación fáctica en dicho testimonio. Afirmación que viene respaldada por la condición doble que asume la víctima al actuar como testigo y como denunciante.

Como reflejo de la necesidad de mantener un equilibrio entre la declaración de la víctima y la del acusado, es famosa una cita procedente de la antigua Roma recogida en una sentencia del Tribunal Supremo Americano y utilizada en varias ocasiones por nuestro Tribunal Supremo¹⁰, que dice así: «Cuando el acusador espetó al Emperador»... si es suficiente con negar, ¿qué ocurriría con los culpables?»; se encontró con esta sensata réplica: »Y si fuese suficiente con acusar, ¿qué le sobrevendría a los inocentes?«.

La doctrina del Supremo, para solventar el problema que supone la incógnita de cuando se encontrará suficientemente motivado que la declaración de la víctima sea prueba de cargo suficiente para enervar el derecho a la presunción de inocencia, elaboró un triple filtro jurisprudencial orientativo, consistente en la valoración de ciertos aspectos en el testimonio de la víctima, como son: la verosimilitud, la ausencia de incredibilidad subjetiva y la persistencia en la incriminación.

b) Triple filtro jurisprudencial para valorar el testimonio de la víctima cuando supone la única prueba de cargo

Apoyándonos en pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal Supremo, vamos a proceder a mostrar el criterio utilizado en la aplicación reciente de esta triple perspectiva que valora el testimonio de la víctima cuando se trata de la única prueba de cargo, y su aplicabilidad al testimonio de la presunta víctima en el caso objeto del trabajo.

El Tribunal en multitud de sentencias¹¹, lleva a cabo una explicación de cada uno de los criterios valorados en el filtro jurisprudencial, siendo destacable que el análisis de tales parámetros no ha de hacerse siguiendo forzosamente en un orden, siguiendo el orden que el juzgador estime más oportuno, sin que constituyan además compartimentos estancos entre sí.

¹⁰ Es mencionada por las STS 794/2014 de 4 de diciembre (LA LEY 176218/2014) y STS 653/2016 de 15 de julio (LA LEY 88298/2016) entre otras. Se trata de una cita mencionada en una sentencia del Tribunal Supremo Americano de finales del siglo XIX, que resuelve el caso «Coffin vs. United States».

¹¹ La doctrina del triple filtro jurisprudencial es valorada por numerosas sentencias de nuestro más alto tribunal, siendo igualmente valorada por sus más recientes resoluciones SSTS 305/2017 de 27 de abril (RJ 2017\2306), 263/2017 de 7 de abril (RJ 2017\1704) y 255/2017 de 6 de abril (RJ 2017\1668), ya citadas anteriormente en el presente trabajo.

Empezando con el análisis e los criterios que conforman el filtro jurisprudencial, en primer lugar, se exige que en el testimonio no pueda ser apreciada incredibilidad subjetiva. Entendiéndose esta circunstancia, como «que *ab initio* no se pueda sospechar de su veracidad, como sería el caso de que existieran precedentemente animadversiones entre ambos», es decir, que de las manifestaciones y pruebas realizadas no quepa desprenderse la existencia de un móvil de enemistad que ensucie la sinceridad del testimonio de la víctima.

En este sentido el Tribunal ha venido considerando enmarcadas dentro de la apreciación de incredibilidad subjetiva, las relaciones anteriores a la comisión del presunto hecho delictivo, entre el acusador y acusado que pudieran conducir a deducir que existe una causa por la que se origine resentimiento, enemistad, venganza, enfrentamiento, interés o de cualquier índole que, pueda hacer sospechar sobre la existencia delictual, privando a la declaración de la víctima de la aptitud necesaria para generar certidumbre y enervar la presunción de inocencia del acusado.¹²

A este respecto, es necesario precisar que dentro de la incredibilidad subjetiva no se enmarca el odio que evidentemente muestra en su declaración una víctima que quiere que se declare culpable a su agresor, buscando una sentencia condenatoria. Por lo tanto, no cabe alegar la animadversión de una víctima cuando viene motivada por la agresión sufrida¹³.

Una vez concretado el primer filtro jurisprudencial, podemos comprobar, atendiendo a los hechos descritos del caso objeto del presente trabajo, si existe algún tipo de actuación o relación que haga propicio alegar la existencia de incredibilidad subjetiva en el testimonio de la denunciante.

En observancia de la información que disponemos, nada hace apreciar en un primer momento que exista alguna razón que motive la denuncia de la acusadora del acusado, puesto que únicamente se describe una buena relación entre ambos, que excedía de la que inicialmente se puede prever de un profesor y una alumna. Ahora bien, desde el punto de vista de la defensa, es destacable la apreciación que lleva a cabo el acusado en su declaración ante el LAJ. Manifiesta que en los últimos meses, la

¹² El Tribunal en la STS 151/2013 de 27 de Febrero (RJ 2013\2713) elabora esta concreta definición de las relaciones que pueden derivar a apreciar incredibilidad subjetiva en el testimonio de la víctima.

¹³ En este mismo sentido, se pronuncia el Tribunal Supremo en la STS 667/2003 de 7 de Mayo (LA LEY 82450/2003).

menor, Estefanía, se encontraba molesta con él, habiéndole reprochado tras algún mal resultado en los últimos campeonatos jugados, que ya no le dedicaba a ella el mismo tiempo y la misma atención que le dedicaba tiempo atrás, aclarando el acusado que, siempre ha sido una persona celosa.

Una situación de celos o de enfado, en la que la presunta víctima viene culpando al acusado de alguna forma de los malos resultados cosechados últimamente en los campeonatos disputados, puede ser motivo para alegar por la defensa en el juicio la existencia de incredibilidad subjetiva en el testimonio de la presunta víctima, teniendo que destacar que para Estefanía el Golf era algo más que un hobby, era su pasión llegando a considerar dedicarse profesionalmente a él.

En segundo lugar, se exige que en el testimonio de la víctima debe existir una verosimilitud en lo narrado, siendo importante que existan corroboraciones que robustezcan la credibilidad del relato, es decir, la concurrencia de datos de carácter objetivo, que avalen lo que no es propiamente un testimonio.

Atendiendo a lo estipulado, podemos ver cómo a la hora de comprobar la verosimilitud del testimonio, el Tribunal Supremo valora este criterio desde un doble plano: por un lado, la coherencia interna y, por otro, la coherencia externa de la declaración.

Basándonos en lo establecido por el Tribunal en su STS nº 231/2010 de 23 de marzo¹⁴(RJ 2010\4521), en primer lugar, en lo referido a la coherencia interna, el Tribunal considera que se debe valorar que la declaración de la víctima sea lógica en sí misma, o lo que es lo mismo, que no contravenga las reglas de la lógica vulgar o de la común experiencia, entrando a considerar si la versión del testimonio es o no insólita, u objetivamente inverosímil por su propio contenido.

Y en lo que respecta a la coherencia externa se valora la existencia de datos objetivos que corroboren la existencia del delito, que fundamenten la incriminación más allá de la pura manifestación subjetiva de la víctima. Como datos objetivos de corroboración, se ha venido entendiendo una gran diversidad de datos, siendo los más

¹⁴ Valoración del criterio de verosimilitud que comparten multitud de resoluciones del Tribunal Supremo, valorándose de esta forma, de igual manera en las resoluciones más recientes, entre ellas SSTS 305/2017 de 27 de abril (RJ 2017\2306), 263/2017 de 7 de abril (RJ 2017\1704) y 255/2017 de 6 de abril (RJ 2017\1668), ya citadas anteriormente en el presente trabajo.

relevantes, los manifestados por un parte médico de lesiones o un examen médico forense psicológico

Ahora bien, en determinados supuestos, cuando no se encuentra ninguna prueba o cuando las aportadas no se consideran suficientemente objetivas, nos surge el conflicto de no poder corroborar el testimonio de la víctima de forma objetiva, al faltar uno de los planos valorativos del criterio de verosimilitud, la llamada coherencia externa. Ante estas circunstancias, se considera que para que el testimonio de la víctima no pierda valor probatorio, debe considerarse que la declaración prestada es lo suficientemente concreta, habiendo sido realizada de forma clara y contundente, detallando lo sucedido lo más preciso posible dentro de las circunstancias en las que se cometa el hecho delictivo. Por tanto, se exige que se aplique un refuerzo a la hora de valorar el plano de la coherencia interna, y el último criterio jurisprudencial de valoración del testimonio, basado en que se haya mantenido una incriminación persistente a lo largo del tiempo.

A la hora de examinar la verosimilitud del testimonio de la víctima en el caso objeto del presente trabajo desde el punto de vista de la defensa, se pueden llevar a cabo varias consideraciones. Por parte de la acusación se aportan como pruebas que refuerzan el testimonio de la víctima, el informe pericial del médico del IMLA de fecha 26 de abril y la transcripción de la conversación grabada entre los padres de la denunciante y Alejandro Ruiz Montes el 19 de abril de 2016. A este respecto, sin entrar a valorar en profundidad ambas pruebas, dado que serán analizadas en particular más adelante, hay que destacar que sobre ambas pruebas puede alegarse que no son suficientemente objetivas como para corroborar el testimonio de la denunciante, no probando ninguna de ellas que se produjera el hecho delictivo denunciado, ni en caso de que sucediera, no queda probado si se llevó a cabo de la forma en la que se describen los hechos por la presunta víctima.

Por ello, nos encontramos ante uno de los supuestos en los que a falta de poder corroborar la declaración de la víctima por medio del plano externo de la verosimilitud, se exige que se refuerce la coherencia interna del testimonio, que será puesta en entredicho en la fase del juicio.

En este punto es esencial como se ha manifestado, la valoración del tercer y último filtro jurisprudencial, que comprende la necesidad de que se haya producido una

persistencia en la incriminación. El Tribunal Supremo sobre este tercer criterio valorativo indica en su jurisprudencia, destacando la reciente STS 453/2017 de 21 de junio (LA LEY 84517/2017), la importancia de que el testimonio de la víctima haya incriminado de forma prolongada en el tiempo al mismo sujeto, haciéndolo además, sin ambigüedades ni contradicciones. Manteniendo esta línea argumental, la doctrina de referencia señala que para valorar la persistencia en la incriminación de un testimonio, se requiere un examen de los siguientes factores:

- Ausencia de modificaciones esenciales en las sucesivas declaraciones prestadas por la víctima, sin contradecirse ni desdecirse. El Tribunal precisa que se hace referencia a una persistencia material en la incriminación, la cual, no es únicamente valorable en un aspecto meramente formal de repetición del testimonio sino que se valora principalmente la constancia sustancial de todas las declaraciones que realice la denunciante.
- Concreción en la declaración que ha de hacerse sin ambigüedades, generalidades o vaguedades, es decir, se valora por la doctrina jurisprudencial que se entre a valorar con precisión los detalles que sean destacables en la comisión del hecho delictivo, y que cualquier persona en sus mismas circunstancias sería capaz de relatar.
- Ausencia de contradicciones, es decir, se valora que la víctima mantenga un testimonio coherente, sin contradicciones y manteniendo el relato la necesaria conexión lógica entre sus diversas partes

El Tribunal establece en algunos de sus pronunciamientos¹⁵, sobre estos criterios valorativos de la persistencia en la incriminación, la advertencia de que en todo caso puede ser compatible con que el relato no haya sido siempre y en todo momento idéntico milimétricamente, ya que es normal que existan modificaciones y alteraciones, resaltando que lo verdaderamente importante es que el núcleo central de la incriminación sea mantenido inflexible en todo el procedimiento judicial.

Ante todo lo señalado, resulta más esencial si cabe desde el punto de vista de la defensa del acusado, el interrogatorio de la víctima que se realizará en sede judicial durante el acto del juicio, donde la parte de la defensa tendrá la oportunidad de

¹⁵ Para un mayor abundamiento, manteniendo la doctrina jurisprudencial señalada se pronuncian las siguientes SSTs 1845/2000 de 5 de diciembre (LA LEY 222876/2000) y 1046/2004 de 5 de octubre (LA LEY 206139/2004).

introducir incertidumbre y duda sobre el testimonio de la parte acusadora. En dicho momento, atendiendo a la jurisprudencia desarrollada, se deberá valorar mediante los factores reseñados, si mantiene la persistencia de forma clara la incriminación contra Alejandro Ruiz Montes. Realizando una descripción de los hechos sin ambigüedades ni contradicciones con sus anteriores declaraciones, debiendo incidir por parte de la defensa, en preguntas relacionadas con detalles que resalta la propia víctima en la presentación de la denuncia, e incidir sobre determinadas contradicciones y ambigüedades que pueden desprenderse de los hechos relatados.

Como contradicciones y ambigüedades se puede incidir en las siguientes consideraciones:

¿Cómo es posible que tardara 45 días en contar lo sucedido? ¿Es coherente haber sufrido la agresión denunciada y seguir en el campo de golf ese mismo día? ¿Y lo es acudir al día siguiente a comer con la familia y amigos de su presunto agresor Alejandro Ruiz Montes? ¿Y con seguir durante dos semanas yendo a clases al campo de golf?

¿Es coherente que cometiera tal delito un hombre que lleva trabajando toda su vida con menores, siempre con un comportamiento intachable, y que trataba a Estefanía como si de una hija se tratase, como se desprende de los testimonios de los testigos?

¿Cómo es posible que Félix Rodríguez Jiménez, que se encontraba presente a la misma hora en la que presuntamente se cometió la agresión no oyera sus gritos de ayuda? ¿Cómo es posible que ninguno de los testigos, ni sus propios padres, notaran nada anómalo en el comportamiento de Estefanía tras haber sufrido una agresión de la gravedad que declara?

c) Incidencia de la aplicación de los parámetros jurisprudenciales.

Una vez desgranados cada uno los criterios utilizados por la jurisprudencia para valorar el peso probatorio del testimonio la víctima, vamos a examinar la incidencia que tienen estos criterios a la hora de motivar las resoluciones del Tribunal.

Atendiendo a sus resoluciones más recientes, es destacable la STS 833/2017 de 18 de diciembre (RJ 2017\5720), en la que haciendo acopio de la doctrina seguida por el propio Tribunal, destaca que «Desde luego, cuando de la declaración testifical se trata

no parece que parámetros como persistencia, verosimilitud y ausencia de contradicciones o de motivos espurios en la declaración sean suficientes, ni los únicos atendibles, para satisfacer aquel canon que legitime esa valoración por pretendidamente racional. La justificación constitucional exigible debe ir más allá de las meras impresiones subjetivas sentidas por el receptor de la prueba». Por tanto, se parte de la premisa de que la justificación constitucional exigible debe ir más allá de las meras impresiones subjetivas sentidas por el receptor de la prueba, no siendo procedente por ello, que la valoración del testimonio de la víctima se centre únicamente en los parámetros de persistencia, verosimilitud y ausencia de incredibilidad subjetiva.

Queda por tanto claro que no pueden considerarse estos parámetros como condiciones objetivas de validez de la prueba sino como factores a los que ha de someterse la valoración del testimonio de la víctima, delimitando una especie de cauce probatorio por el que ha de discurrir la valoración de la prueba testifical.

En consecuencia, la doctrina jurisprudencial¹⁶ a la que hacemos referencia clarifica que siguiendo con lo argüido no es que el contenido de una testifical que supere el triple filtro jurisprudencial debe ser tenido como válidamente inculpatario, cabiendo sostener únicamente que un testimonio que no lo superase deberá ser desestimado *a limine* como medio de prueba.

Y, en caso de pasar la valoración de los tres parámetros fijados, resultará atendible en principio y, por tanto, estará justificado continuar con la acusación buscando corroborar las declaraciones con las demás aportaciones y consideraciones aportadas en el procedimiento.

Advirtiéndose que, de otra forma, si el juzgador aplicase con automatismo los tres parámetros fijados, es verdad que podría desestimar el testimonio considerado manifiestamente inverosímil, contradictorio o movido por móviles espurios, pero no podemos dejar de lado lo perjudicial que podría ser esta aplicación automática en un gran número de supuestos. Destacándose el supuesto en el que la víctima atribuye a un sujeto la comisión de un hecho delictivo, sin intención de perjudicarlo, como consecuencia de un error de percepción o incluso debido al padecimiento de algún tipo

¹⁶ En este sentido, al igual que la resolución mencionada STS 833/2017 de 18 de diciembre (RJ 2017\5720), se pronuncian otras de gran relevancia como las SSTS 490/2010 de 21 de mayo (LA LEY 110007/2010) y las más recientes 263/2017 de 7 de abril (RJ 2017\1704) y 28/2018 de 18 de enero (LA LEY 776/2018).

de trastorno, y cuando con intención de perjudicar a un sujeto, se articula una situación imaginaria, bien construida y hábilmente expuesta, que pueda ser presentada como veraz y pasar por tal, siendo mantenida sin alteración, adjudicando la ejecución de una conducta punible a alguien inocente.

Por todo ello, se viene considerando por el Tribunal que con la aplicación y valoración del filtro jurisprudencial como cauce valorativo, sin que quepa una aplicación automática o sin que se tengan tales parámetros como condiciones objetivas de validez de la prueba, se salvaguarda el derecho de presunción de inocencia del acusado en los supuestos donde la única prueba de cargo es el testimonio de la acusación, y respeta de igual forma, los derechos de la víctima de no sentirse indefensa ante la imposibilidad de aportar prueba más allá de su propia declaración, consiguiendo un equilibrio y una ponderación de derechos necesaria para dictar una resolución condenatoria o absolutoria con plenas garantías.

Analizando la doctrina jurisprudencial desde el punto de vista de la defensa del caso objeto del presente trabajo, se considera de gran importancia incidir sobre la falta de coherencia y claridad del testimonio de la víctima, en base a los parámetros que conforman el filtro jurisprudencial. Ya que aunque no son considerados como condiciones objetivas de validez de la prueba, en caso de considerar el juzgador que la declaración de la víctima no supera el filtro, perderá gran parte de valor probatorio. Situación que hará esencial la valoración que se lleve a cabo sobre el resto de material probatorio, conformado por la pericial médica y la grabación aportada.

2.2 Valor de la pericial médica

A. Concepto y relevancia en el cuadro probatorio de un procedimiento penal

Una de las pruebas que conforman el cuadro probatorio en el caso objeto de este trabajo es el informe pericial redactado el día 26 de abril de 2016 por un médico forense del IMLA, considerándose esencial su valoración a la hora de corroborar el testimonio aportado por la víctima en su denuncia.

La prueba pericial viene regulada por los artículos 456 y ss LECRIM, determinándose por dicho precepto que «El Juez acordará el informe pericial cuando,

para conocer o apreciar algún hecho o circunstancia importante en el sumario, fuesen necesarios o convenientes conocimientos científicos o artísticos». En el caso concreto estamos ante un peritaje médico, los cuales son emitidos con la pretensión de facilitar al juez, al Ministerio Público y a las partes litigantes una información amplia, objetiva rigurosa y fiable acerca de los hechos ocurridos. De esta forma se busca poder emitir una resolución justa sustentada en la verdad científica.

En este caso, con el informe del perito médico se pretende encontrar evidencias que corroboren que la víctima sufrió una agresión sexual y si se llevó a cabo de la forma testimoniada por ella. Y en segundo lugar, en caso de que se corroborarse, valorar las lesiones físicas o psíquicas producidas y las posibles secuelas que se pueden producir. Por ello, se atisba crucial su consideración a la hora de motivar tanto la tipificación de la conducta delictiva realizada como la valoración de la responsabilidad civil subsidiaria que sufrague el daño causado a la víctima con la comisión del delito.

Un aspecto relevante sobre el informe pericial del IMLA es el plus de imparcialidad que le otorga haber sido realizado por un perito judicial, es decir, designado por la Administración de Justicia, frente a las periciales privadas aportadas por las partes. Porque aunque se exige por ley que las pruebas periciales aportadas por las partes sean realizadas por especialistas en la materia, se viene considerando que en caso de designarse un perito judicial, aporta una mayor objetividad e imparcialidad. Esta consideración tiene su fundamentación en que al ser perito judicial el informe del mismo será aportado al procedimiento en el que se solicite, dando igual el contenido del mismo, en cambio, sí es un perito de parte será la parte que lo ha solicitado quien tome la decisión de aportarlo o no al procedimiento, según convenga a sus intereses.

Atendiendo a lo expresado por el informe pericial elaborado por el IMLA, se diferencian por un lado las observaciones relativas a la exploración física y por el otro las relativas a la exploración psicológica.

En lo que respecta a la exploración física, en primer lugar se centra en valorar si existen indicios de que la menor sufriera una agresión sexual con penetración vaginal, realizando para ello una exploración genital, que resulta infructuosa. No encontrando ninguna evidencia de que ello ocurriera, expresándose por el perito, que dado el tiempo que ha pasado entre la presunta agresión y el examen médico realizado es difícil que se pudiera encontrar alguna evidencia de la agresión en caso de que se hubiera producido,

teniendo en cuenta además que la menor había mantenido relaciones previamente a la supuesta agresión, y ha seguido manteniéndolas posteriormente.

En este sentido y atendiendo a lo manifestado por la víctima se aprecia que la menor en ningún momento declara haber sufrido ningún síntoma de los que pueden derivarse de haber sufrido la agresión sexual denunciada.

En segundo lugar, el perito realiza un examen del cuerpo de la menor en busca de evidencias que corroboren lo testificado por la menor, cuando declara que le cogió fuertemente de los brazos, en busca de algún resto de hematoma característico de esta actuación. Exploración que concluye sin hallar ninguna evidencia que pruebe que la menor sufriera la agresión denunciada. Pero en el mismo sentido de lo expresado en la exploración ginecológica, el perito destaca que dado el tiempo transcurrido no puede sacarse ninguna conclusión definitiva.

A pesar de ello por parte de la defensa, se considera razonable poner en duda que la víctima hubiera sufrido algún hematoma o herida, alegando que habría sido fácilmente constatable la existencia de tal hematoma, mediante alguna fotografía del mismo, o por la declaración de algún testigo que lo viera, siendo que nadie declara haberlo visto y ninguna fotografía ha sido aportada al procedimiento.

En lo referido a la exploración psicológica, se reseña que la menor presenta una sintomatología compatible con un trastorno de estrés postraumático sufriendo un cuadro depresivo. Resaltándose por el perito que el TEPT, aunque no supone la demostración de que la menor sufriera la agresión que manifiesta, es una sintomatología acorde con dicha actuación, determinando la posibilidad de que este trastorno se haya producido por el episodio denunciado.

Aunque no supone, por tanto, una prueba definitiva, la determinación de que la víctima presenta una sintomatología acorde con haber sufrido una agresión sexual, puede ser usada por la parte acusadora como dato que corrobore el testimonio de la menor denunciante. Por ello, es importante desde el punto de vista de la defensa entrar a examinar en qué consiste el TEPT y cuáles son los requisitos que deben observarse para su apreciación, sin entrar a valorar conceptos médicos que se escapan al objeto del presente trabajo.

B. Valoración de los requisitos exigibles para determinar la persistencia de TEPT

El TEPT se concibe como un trastorno mental, integrado dentro de los llamados trastornos relacionados con traumas y eventos estresantes, y es caracterizado por la aparición de síntomas específicos que siguen a la experiencia directa, observación o conocimiento de un suceso o sucesos extremadamente traumáticos, como la agresión sexual que se denuncia.

Basándonos en el DSM-IV¹⁷, para la constatación de que un sujeto tiene este trastorno, se valora que se manifiesten todos los siguientes cuatro síntomas:

Criterio A: Se divide, por un lado en concretar si el suceso o agresión es lo suficientemente traumático y grave como para producir el trastorno en el individuo (A1). Y por el otro, se examina cual fue la reacción del sujeto pasivo ante el suceso traumático, examinando si respondió con miedo, vergüenza, impotencia u horror intenso (A2). Por tanto se requiere que se dé un determinado supuesto traumático, entre los que si se enmarca la agresión sexual declarada por la víctima, y cierto tipo de respuestas ante él.

Criterio B: Que la víctima sufra una reexperimentación persistente del evento traumático. Se entiende por reexperimentación del suceso, cuando la víctima sueña por la noche o piensa durante el día rememorando el suceso traumático, de forma continuada en el tiempo impidiéndole continuar con su vida normal.

Criterio C: Observancia de que la víctima, en sus actos, realiza una evitación persistente de los estímulos asociados con el trauma y se aprecia una aparente disminución de su capacidad general de reacción. En este sentido, en lo que respecta a la evitación persistente de los estímulos asociados se viene entendiendo cuando la víctima lleva a cabo actuaciones o esfuerzos para evitar recuerdos, pensamientos o sentimientos angustiosos acerca del suceso traumático o estrechamente asociados con este. Y en lo relativo a disminución de la capacidad general de reacción, se refiere a cuando la víctima realiza actuaciones con la intención de evitar recordatorios externos (personas, lugares, conversaciones, actividades, objetos, situaciones) que despiertan

¹⁷ El DSM-IV es el Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales, elaborado por la American Psychiatric Association en el año 2000. Manual utilizado por los médicos forenses para valorar los trastornos mentales, como así reflejan en el propio informe pericial cuando hacen referencia al estudio del TEPT.

recuerdos, pensamientos o sentimientos angustiosos acerca del suceso traumático o estrechamente asociados con este.

Se entenderá que concurre este criterio por ejemplo en los casos en los que la víctima tras el suceso traumático comienza a dejar de ir al lugar en el que sufrió o presencié el suceso, o cuando se niegue a leer o ver noticias relacionadas con ello, o deje de practicar la actividad o trabajo que realizaba mientras ocurrió el suceso traumático, pasando a no tener interés en ello de forma repentina.

Criterio D: Examinar si la víctima sufre síntomas persistentes de activación aumentada. Este criterio hace referencia a cuando la víctima presenta, por ejemplo, ataques de ira u odio repentinos que no se manifestaban con anterioridad al suceso traumático, presenta un estado emocional negativo persistente o un sentimiento de desapego o distanciamiento de los demás. Este criterio suele derivar en problemas conyugales o familiares, o con sus amistades, provocándole apatía y dificultad para tener relaciones interpersonales.

Para emitir un diagnóstico de TEPT según el DSM-IV-TR se requiere, además de la concurrencia de todos los cuatro criterios expuestos, dos requisitos. En primer lugar, como requisito temporal se exige que los síntomas de cada uno de los criterios se prolonguen en tiempo por un periodo superior a un mes, declarándose crónico si se prolongan por más de 3 meses. En segundo lugar, se exige que los síntomas descritos produzcan un malestar clínicamente significativo o deterioro social, laboral o de otras áreas importantes de funcionamiento.

En lo que respecta al requisito temporal, a la hora de valorar si concurren los síntomas necesarios para diagnosticar un TEPT, es necesario tener en cuenta que, en circunstancias normales los síntomas surgen inmediatamente después o en un plazo breve desde la vivencia del suceso traumático. Pero se advierte la posibilidad de que los síntomas empiecen a aparecer no de forma inmediata o próxima al suceso, sino tiempo después, denominándose inicio demorado del TEPT en los casos en los que surgen a partir de los 6 meses.

C. Consideraciones desde el punto de vista de la defensa.

Atendiendo a los síntomas que reflejan el TEPT, con independencia de poder solicitar que se le realice un segundo examen médico de parte que desacredite lo enunciado en el

informe forense del IMLA, desde el punto de vista de la defensa se deberá incidir en primer lugar, como se indica en el propio informe médico, el hecho de que la víctima tenga una sintomatología acorde con un TEPT, tal afección, de ningún modo supone la demostración de que sufriera la agresión que declara. Y en segundo lugar, a pesar de considerarse que no puede corroborar el testimonio de la víctima, durante el interrogatorio de la víctima y los testigos se deberá intentar desacreditar que la víctima sufre TEPT, siendo suficiente mostrar que no se da alguno de los requisitos que se exigen para sembrar la duda en la motivación del juzgador.

En lo que ese refiere al criterio A, de lo descrito en los hechos, cabría poner en duda que la reacción de la víctima fuera la de una persona que acaba de sufrir la agresión denunciada, por cuanto, después de presuntamente sufrirla, se puso a practicar toda la tarde en el propio campo de golf, sin que ninguno de los presentes notara ningún tipo de comportamiento anómalo, como así se desprende de la declaración de Félix Rodríguez Jiménez, a quien podría haber acudido en busca de ayuda, y de sus propios padres que nada supieron hasta más de un mes después.

Para poder rebatir el síntoma del criterio B, necesitaremos preguntar durante el testimonio de la víctima, si viene teniendo dificultad para conciliar el sueño o le vienen pensamientos a la mente durante el día, imposibilitándole llevar el día a día con normalidad. Más claro parece conseguir rebatir que la víctima no presenta el síntoma del criterio C, en cuanto volvió a comer al día siguiente con el presunto agresor, con el que siguió jugando al golf en el campo de Los lagos donde tuvo lugar la presunta agresión durante las dos semanas posteriores. Por ello, se considera claro y evidente que no llevo a cabo una actuación que buscase evitar los denominados estímulos asociados con el trauma.

A este respecto, deberemos tener en cuenta que por parte de la acusación se vendrá a alegar que los síntomas del TEPT en este caso no aparecieron de forma súbita ni próxima a la vivencia del suceso, sino posteriormente, estando ante uno de los supuestos de inicio demorado. Ante lo que habrá que tener presente, que a pesar de no dedicarle todo el tiempo que le dedicaba con anterioridad al procedimiento penal, y en un campo distinto, sigue jugando al golf frecuentemente.

Por último, para cuestionar que se cumple la sintomatología que recoge el criterio D, en la fase del juicio deberá hacerse hincapié en el interrogatorio de la víctima, si en los

últimos meses ha experimentado un cambio emocional negativo, que podrá reflejarse en una reducción de su vida social, problemas de convivencia con la familia o problemas a nivel académico.

Teniendo siempre en cuenta que el hecho de que tras una experiencia traumática la víctima intente recuperar la normalidad de su día a día, es algo perfectamente entendible y que no puede ser criticado, pero desde el punto de vista de la defensa es esencial a efectos del diagnóstico de un TEPT, valorar si lo consigue o no, o hasta qué punto lo hace.

En este sentido, otra circunstancia que desconocemos y que es considerada como esencial, es el tiempo que lleva la presunta víctima acudiendo a un psicólogo privado, hecho que podría poner clarificar el tiempo durante el que han perdurado los síntomas del TEPT. Circunstancia que deberá ser preguntada en la fase del juicio, puesto que es relevante, no solo para valorar si estamos ante un sujeto que sufre de TEPT, sino también para valorar una posible responsabilidad civil subsidiaria, que deberá valorarse en consonancia con el perjuicio que se le haya ocasionado a la víctima, apreciando en este caso el alcance de daño psicológico.

2.3 Licitud de la grabación como prueba de cargo

A. Prueba antijurídicamente lograda.

a) La prueba ilícita y la doctrina del árbol de los frutos envenenados

Algo imprescindible de las pruebas que conformen el cuadro probatorio de un procedimiento, es que puedan considerarse todas ellas como lícitas, es decir, pruebas que han sido obtenidas cumpliendo todas las garantías que ofrece el ordenamiento jurídico.

En caso contrario, cuando se prueba que en el procedimiento utilizado para la obtención de una prueba se han vulnerado derechos fundamentales y libertades públicas recogidas en la Sección I del Capítulo II del Título I de la CE, estaremos ante una prueba ilícita. En este sentido, es importante destacar que la vulneración debe ser sobre derechos y libertades fundamentales, puesto que en caso de establecerse que únicamente se han vulnerado normas de rango no constitucional, la prueba será considerada como

irregular. Acudiendo a la doctrina del Tribunal Supremo en sentencias como la STS. 999/2004 de 19 de septiembre (RJ 2004\6048), ha resaltado que las diferencias entre la prueba ilícita y la prueba irregular, no son apreciables en lo que el tribunal denomina primer grado, ya que ambas pierden su valor probatorio, surgiendo las diferencias en un segundo grado, es decir, en la relación que tenga la prueba con las demás pruebas relacionadas con ellas.

En lo que respecta a la prueba irregular se considera aplicable el artículo 243 LOPJ, el cual enuncia que en caso de declarar la nulidad de una de las pruebas «no conllevará aparejada paralelamente la nulidad de los actos sucesivos que fueren independientes de aquél ni la de aquéllos cuyo contenido hubiese permanecido invariado aun sin haberse cometido la infracción que dio lugar a la nulidad», dejando por tanto sin aplicación la teoría de origen anglosajón denominada *The tainted fruit* (árbol de los frutos envenados en España)¹⁸. Además, el Tribunal remarca que ello conlleva la posibilidad de que las partes puedan intentar recuperar el material probatorio evidenciado por la prueba irregular. Resaltando que podrá recuperarse mediante su conversión en algún otro tipo de prueba subsidiaria, generalmente la testifical o la confesión, a modo de subsanación.

Esta posibilidad no la tienen las partes cuando la prueba es considerada como ilícita, puesto que en este supuesto estamos ante una nulidad de pleno derecho regulada en el artículo 11.1 de la LOPJ. Este precepto viene relacionado con el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución, determinando de forma clara e inequívoca que «No surtirán efecto las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales». Por ello, ante la declaración de la prueba como ilícita, sí que será de aplicación la teoría anteriormente mencionada del árbol de los frutos envenenados, con base en la cual, al declararse la ilicitud de una prueba, devendrán igualmente nulas todas aquellas que tuvieron origen en la misma.

¹⁸ Fue dictaminada por el Tribunal Supremo de Estados Unidos en 1920 en el caso «Silverthorne Lumber. Company contra Estados Unidos». La policía detuvo al empresario Frederick W. Silverthorne basándose en los libros contables que encontraron durante el allanamiento de su oficina. Dado que el registro se declaró ilegal por violar la cuarta enmienda de la Constitución, las pruebas que hallaron los agentes durante el mismo fueron rechazadas por el Tribunal Supremo, declarando absuelto al empresario de los delitos que le imputaban por no haber prueba válida.

Esta teoría fue adoptada por los tribunales españoles a través del reconocimiento que le otorgó la famosa STC 114/1984 de 29 de noviembre¹⁹ (RTC 1984\114), con la que se inició la doctrina de la prueba ilícita e instauró el origen sobre el que el legislador desarrollaría posteriormente el mencionado artículo 11.1 LOPJ. En esta resolución el Tribunal Constitucional declara que «el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos». Razonándose que en estos supuestos, cuando las garantías infringidas son estrictamente infraconstitucionales (prueba irregular), podrán ceder ante la necesaria procuración de la verdad en el proceso, pero no podrán ceder cuando estemos ante vulneraciones de derechos fundamentales (prueba ilícita). Afirmando por tanto, ante este último supuesto que «...la exigencia prioritaria es la de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso».

b) Doctrina de la conexión de la antijuridicidad y criterios de desconexión.

Analizando la deriva jurisprudencial en lo que respecta a la aplicación de la doctrina del árbol de los frutos envenenados, se advierte un cambio de paradigma producido por la introducción de diversas excepciones que han terminado por matizar su aplicación de forma estricta.

Así, como se señala en las resoluciones de nuestro más alto tribunal, destacando entre otras las SSTS 320/2011 de 22 de abril (RJ 2011\3480), 811/2012 de 30 de octubre (RJ 2012\11067), 511/2015 de 21 de julio (RJ 2015\5106) y la más reciente 259/2018 de 30 de mayo (RJ 2018\2353), la Sala Segunda del Tribunal a partir de la STC 81/1998 de 2 de abril (RTC 1998\81), implanta un criterio más flexible para aplicar la nulidad del cuadro probatorio ante la declaración de ilicitud de una prueba, introduciendo la denominada doctrina de la conexión de antijuridicidad. El Tribunal

¹⁹ En esta sentencia se argumenta la aplicación de la doctrina americana de la siguiente manera: «En realidad el problema de la admisibilidad de la prueba ilícitamente obtenida se perfila siempre en una encrucijada de intereses, debiéndose así optar por la necesaria procuración de la verdad en el proceso o por la garantía -por el ordenamiento en su conjunto- de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos. Estas últimas acaso puedan ceder ante la primera exigencia cuando su base sea estrictamente infraconstitucional pero no cuando se trate de derechos fundamentales que traen su causa, directa e inmediata, de la norma primera del ordenamiento. En tal supuesto puede afirmarse la exigencia prioritaria de atender a su plena efectividad, relegando a un segundo término los intereses públicos ligados a la fase probatoria del proceso».

Constitucional, en el Fundamento Jurídico Cuarto de la sentencia de referencia, determina que «para concluir que la prohibición de valoración se extiende también a ellas, habrá de precisarse que se hallan vinculadas a las que vulneraron el derecho fundamental sustantivo de modo directo...». En virtud de esta doctrina, se atenúa el efecto anulatorio derivado de la infracción de la norma constitucional, de modo que la anulación de la prueba refleja o derivada no se genera sin más de la conexión causal o natural entre la prueba ilícita y la prueba derivada, sino que se exige también un vínculo o nexo de antijuridicidad que permita afirmar que la ilegitimidad constitucional de las primeras se extiende también a las segundas.

Para determinar si esa conexión de antijuridicidad existe o no, se requiere un examen complejo y preciso. La jurisprudencia, en este sentido, procede a dividir el examen en dos puntos de vista²⁰. Uno interno que hace referencia a la necesidad de ponderar la gravedad del menoscabo del derecho constitucional en liza y su ámbito de repercusión en el caso concreto con respecto a las pruebas reflejas. Y uno externo, por el que ha de atenderse a la necesidad de tutela del derecho fundamental menoscabado según las circunstancias del caso concreto, ponderando si la conducta de los órganos encargados de la investigación penal se hallaba encaminada efectivamente a vulnerar el o los derechos fundamental del investigado.

En este sentido, la jurisprudencia ha venido destacando una serie de criterios idóneos para excluir la conexión de antijuridicidad y validar, por tanto, las pruebas que deriven de la prueba ilícita. Entre estos criterios destacamos como más determinantes:

- Teoría de la fuente independiente: el juzgador considera que las demás pruebas del cuadro probatorio de un procedimiento se han obtenido de una fuente independiente de la prueba considerada ilícita²¹.
- Teoría del descubrimiento inevitable: el tribunal argumenta que no existe conexión de antijuridicidad, cuando se prueba que las circunstancias hubieran llevado necesariamente al mismo resultado. Es decir, argumenta que en caso de que no se hubiera realizado la prueba ilícita, se habría llegado ante las mismas evidencias.

²⁰ Examen que viene desarrollado por sentencias como las SSTS 320/2011 de 22 de abril (RJ 2011\3480) y posteriormente por la 511/2015 de 21 de julio (RJ 2015\5106) que recoge el criterio esgrimido por la primera.

²¹ Esta teoría ha sido aplicada entre otras por la STS 66/2009 de 4 de febrero (LA LEY 1922/2009), siendo el primer criterio utilizado para exceptuar la aplicación de la teoría de nulidad del árbol de los frutos envenados.

Entendiendo que se trata de una conclusión a la que se habría llegado por la propia inercia del procedimiento penal, al ser accesible por diferentes formas o vías de investigación, como son las propias declaraciones de los testigos y acusados o grabaciones lícitamente aportadas²².

– Teoría del hallazgo casual: recoge un criterio muy próximo a la teoría del descubrimiento inevitable, en este caso se considera que no existe conexión de antijuridicidad entre las pruebas cuando se ha descubierto la comisión de un delito por casualidad durante la actividad investigadora de otro hecho delictivo. Un claro ejemplo, es cuando durante el transcurso de examen de una intervención telefónica practicada lícitamente, se conoce de forma fortuita la comisión de un hecho delictivo distinto al que se venía investigando²³. En estos supuestos se deberá informar inmediatamente al juez del hallazgo casual para que extienda la autorización inicial al nuevo delito.

– Teoría del nexos causal atenuado: se alega un criterio que difiere de los anteriores, en cuanto, no se niega que existe un vínculo entre la prueba ilícita y el resto, pero se considera que es tan débil que no puede establecerse que existe una conexión de antijuridicidad entre ellas²⁴.

– Teoría de la buena fe: el tribunal considera que debe excluirse la aplicación de nulidad recogida en el artículo 11.1 LOPJ, cuando se demuestra que la policía judicial actúa creyendo que sus actuaciones se ajustan al ordenamiento jurídico y no viola derecho fundamental alguno. Es destacable que en lo que concierne a la doctrina de los tribunales nacionales ha tenido una escasa repercusión, siendo argüida en limitadas ocasiones dada las consecuencias que podría desencadenar, dando por válida cualquiera actuación siempre que se declarase que se obraba en conocimiento de actuar conforme a la ley, considerándose como un peligroso antecedente²⁵.

²² Se trata del criterio más utilizado por la jurisprudencia para motivar que existe una desconexión de la antijuridicidad entre la prueba ilícita y el resto. Entre la multitud de resoluciones, son destacables las SSTS 836/2002 de 10 de mayo (LA LEY 10101/2003), y 927/2012 de 27 de noviembre (LA LEY 181127/2012).

²³ Se trata de un criterio algo diferente a los demás enunciados, puesto que las pruebas incriminatorias no tienen origen en una actuación que vulnera derechos fundamentales, al ser descubiertas en base a una investigación lícitamente desarrollada.

²⁴ Este criterio ha sido esgrimido por resoluciones como la STS 811/2012 de 30 de octubre (RJ 2012\11067).

²⁵ Como resolución que recoge esta excepción, es destacable la STS 22/2003 que admite como prueba un arma de fuego hallada en un domicilio, al que accedieron mediante el consentimiento de una persona que en ese momento no tenía potestad para otorgarlo, circunstancia que desconocía la Policía Judicial. Con base en ello, el tribunal acabó admitiendo el aprovechamiento probatorio del hallazgo del arma de fuego, desestimando la existencia de vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Ante el estudio jurisprudencial efectuado, debemos hacer constar que existe un sector crítico²⁶ que advierte que la regla de exclusión ha dejado de ser una garantía procesal de carácter constitucional, derivada de la posición preferente que los derechos fundamentales ocupan en el ordenamiento jurídico, para convertirse en un simple remedio judicial que puede dejar de aplicarse ante una lista cada vez mayor de supuestos. Siendo notorio que cada vez es más difícil alegar por parte de la defensa la aplicación de la doctrina del árbol de los frutos envenados recogida en nuestro artículo 11.1 LOPJ, puesto que la doctrina jurisprudencial ha ido cada vez matizándola más, hasta hacerse casi imposible su aplicación, encontrándose cada vez nuevos criterios que permiten motivar al juzgador la inexistencia de la denominada conexión de la antijuridicidad.

Desde un punto de vista garantista es necesario advertir de los peligros que conlleva esta deriva, debido a que conforme se va matizando y desvaneciendo la aplicación de la doctrina de exclusión de la prueba ilícita y las que provengan de ella, se van desvaneciendo paralelamente las garantías que protegen los derechos fundamentales del investigado en un procedimiento penal, puesto que cada vez tiene menos repercusión acceder a pruebas vulnerando los derechos que lo protegen.

Con base en ello, la defensa en un procedimiento penal deberá en primer lugar observar que las pruebas aportadas al procedimiento por la acusación se han obtenido respetando los derechos fundamentales del investigado, pero además, en caso de que se hayan vulnerado, teniendo que estudiar si cabe alegar alguno de los criterios que viene utilizando la jurisprudencia para alegar la falta de conexión de antijuridicidad entre las pruebas declaradas ilícitas y el resto que conformen el cuadro probatorio, para intentar descreditarlo en caso de que concurran.

B. Valoración jurisprudencial de los posibles derechos fundamentales vulnerados y excepción a la regla de legitimidad y validez de las grabaciones de conversaciones privadas.

La función primordial de la defensa de un investigado en un procedimiento penal, debe ser defender que durante el transcurso del procedimiento, en virtud del

²⁶MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones», Revista catalana de seguretat pública, mayo 2010, pág. 137.

artículo 24.2 CE, se cumplan en todo momento las garantías que la ley establece y se respeten los derechos del investigado.

En primer lugar, sobre la legalidad de aportar grabaciones de conversaciones privadas al procedimiento como prueba, el Tribunal Supremo ha afirmado claramente, como en la STS 575/2014 de 17 de julio (RJ 2014\3804), que cabe su admisión con la consideración de prueba documental. Pudiendo incorporarse al proceso tanto en forma de audio, como transcripción literal de lo conversado, o mediante la prueba testifical de quienes participaron de manera directa en la grabación.

Así, en el supuesto que nos ocupa debemos analizar si mediante la aportación de la grabación de una conversación entre el investigado y otros sujetos, sin consentimiento del investigado, se le está vulnerando alguno de sus derechos fundamentales.

- a) Derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (art 24.2 CE)

En primer lugar, partiendo de la base de que en la grabación se percibe como el investigado pide perdón, al expresar que «ya sé que lo que he hecho no tiene perdón de dios», por parte de la acusación puede alegarse que se trata de toda una confesión de culpabilidad. Dejando a un lado la vía de la defensa que consiste en alegar que pide perdón por otra circunstancia (por haber modificado el entrenamiento de la menor provocando que cosechase malos resultados y que a causa de ello entrase en depresión), debemos analizar que podría vulnerarse el derecho que tiene todo investigado a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, como se regula en el artículo 24.2 CE, al estar manifestándose sin su consentimiento.

En este sentido atendiendo a la doctrina jurisprudencial, debemos resaltar en primer lugar la STS 178/1996 de 1 de marzo (RJ 1996\1886). En esta ya antigua resolución, el Tribunal estableció la nulidad de una grabación de una conversación donde se confesaba la autoría del hecho delictivo, en la que participaban el acusador y el acusado, aportada sin el consentimiento de este último, por considerar que se estaba vulnerando efectivamente a no declararse culpable y a no declarar contra sí mismo del artículo 24.2CE.

El tribunal, en esta resolución, motivaba su decisión argumentando que «La conversación no surgió espontáneamente y hubiera tenido otros derroteros, como es lógico, si todos los interlocutores supieran que se estaba grabando o por lo menos hubieran acomodado sus preguntas y respuestas a la situación creada por la existencia de un instrumento de grabación. El contenido de una conversación obtenida por estos métodos no puede ser incorporado a un proceso criminal en curso cuando se trata de utilizarlo como prueba de la confesión de alguno de los intervinientes ya que esta se ha producido sin ninguna de las garantías establecidas por los principios constitucionales y es nula de pleno derecho». En base a ello, declaró la nulidad de todas las manifestaciones contenidas en la grabación, destacando que la confesión debía haberse producido bajo las garantías que se aportan cuando se realizan ante la intervención del Juez y del Secretario Judicial y la advertencia de los derechos a no declarar y a no confesarse culpable.

Posteriormente el Tribunal Supremo ha ido matizando esta afirmación, reflejo de ello es la resolución STS 421/2014 de 16 de mayo (RJ 2014\2937). El Tribunal viene considerando que los derechos recogidos en el artículo 24.2 CE despliegan sus efectos cuando las declaraciones se llevan a cabo ante un órgano jurisdiccional o ante un agente de la Ley, determinándose por tanto inaplicables cuando la confesión se produce en el marco de una conversación entre particulares. En este sentido, es de claridad la motivación que lleva a cabo la STS 298/2013 de 13 de marzo (RJ 2013\3506), al declarar que cabe la nulidad de la confesión cuando «se viene buscando desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad) una confesión extraprocesal arrancada mediante engaño».

En base a ello y atendiendo al supuesto objeto de este trabajo, podemos afirmar que no tendrá recorrido jurídico la alegación de nulidad de la prueba por vulneración de los derechos fundamentales del investigado recogidos en el artículo 24.2 CE, puesto que la conversación grabada únicamente participan particulares, sin que tenga ninguna actuación ningún agente de la autoridad.

Ahora bien, se debe destacar que en base a la doctrina jurisprudencial no se podrá calificar la declaración del investigado en la grabación como una confesión hecha ante el tribunal y por voluntad propia. Así lo manifiesta el Tribunal Supremo en su sentencia 652/2016, 15 de julio (RJ 2016\3758), en la que parte de un análisis de la

doctrina del TEDH que «permite constatar que al examinar el derecho a no autoincriminarse deben tomarse en consideración diversos factores. La naturaleza y grado de la compulsión utilizada para obtener la prueba, el peso del interés público en la investigación y castigo del delito en cuestión (proporcionalidad), la existencia de otras garantías en el procedimiento y el uso que se ha dado al material obtenido». Y en base a ello, remarca como la doctrina de forma general ha optado por prescindir de calificar las manifestaciones del investigado en estos supuestos como confesión, pero considerando que son válidas las declaraciones de los demás intervinientes, teniendo estas un valor de testimonio de referencia sobre las manifestaciones del inculpaado. Esta consideración, como se refleja en la STS 45/2014 de 7 de febrero (LA LEY 5973/2014), constituye la posibilidad de que sean valoradas y ratificadas en el acto del juicio por los propios locutores, ofreciendo al Tribunal *a quo* los elementos necesarios para respaldar el juicio de autoría más allá de toda duda razonable.

- b) Derecho al secreto de las comunicaciones y a la intimidad (arts.18.1 y .3 CE)

Otro de los preceptos constitucionales que se debe analizar de forma profunda, es el artículo 18.1 y .3 CE. En este artículo se consagran los derechos fundamentales a la intimidad y al secreto de las comunicaciones respectivamente.

Generalmente ambos derechos son los alegados por parte de la defensa en los casos en los que por una de las partes se aporta una grabación de una conversación privada. En este sentido, es importante conocer el tratamiento jurisprudencial que les ha dado el Tribunal Supremo, con la finalidad de conocer el ámbito de aplicación de cada uno.

En este punto vuelve a considerarse como relevante de nuevo la STC 114/1984, de 29 de noviembre (RTC 1984\114). En primer lugar, el Tribunal precisa el concepto y contenido del derecho al secreto de las comunicaciones, contemplando que consagra implícitamente la libertad de las comunicaciones y expresamente su secreto, estableciéndose como el ilícito a este derecho, la interceptación o del conocimiento antijurídico de las comunicaciones ajenas.

Con base en ello, el Tribunal aclara que el secreto de las comunicaciones no puede oponerse frente a quien siendo partícipe de la propia conversación la grabe,

esgrimiendo que este Derecho, «se dirige inequívocamente a garantizar su impenetrabilidad por terceros (públicos o privados: el derecho posee eficacia erga omnes) ajenos a la comunicación misma». Destacándose como factor imprescindible del delito «la presencia de un factor ajeno a aquéllos entre los que media el proceso de comunicación».

Por ello, se establece como erróneo alegar que hay secreto para aquél a quien la comunicación se dirige, aun en el supuesto en el que proceda a retener el contenido de la conversación de la que es partícipe²⁷.

En esta resolución, por último, se abre una posible línea de defensa, al entender que en estos supuestos en los que un interviniente de una conversación la graba sin consentimiento de los demás, aunque no cabe como hemos establecido alegar la vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones, sí que cabría alegar por parte de los demás intervinientes la vulneración de su derecho a la intimidad regulado en el artículo 18.1 CE.

Esta interpretación ha ido siendo perfilada y matizada por distintas resoluciones del Tribunal Supremo, resaltando la STS 652/2016 de 15 de julio²⁸ (RJ 2016\3758). El tribunal señala que en estos supuestos existe consenso para afirmar que no ataca el derecho a la intimidad de los intervinientes la grabación de una conversación realizada sin su consentimiento siempre que haya sido grabada por uno de los locutores. Estableciendo una excepción, considerando que sí que se entenderá vulnerado

²⁷ A mayor abundamiento, hay que destacar la STS 2081/2001 de 9 de noviembre (LA LEY 949/2002), que resolvió de forma clara en esta misma idea que «el secreto de las comunicaciones se vulnera cuando un tercero no autorizado interfiere y llega a conocer el contenido de las que mantienen otras personas, no cuando uno de los comunicantes se limita a perpetuar, mediante grabación mecánica, el mensaje emitido por el otro. Aunque esta perpetuación se haya hecho de forma subrepticia y no autorizada por el emisor del mensaje y aunque éste haya sido producido en la creencia de que el receptor oculta su verdadera finalidad, no puede ser considerado el mensaje secreto e inconstitucionalmente interferido: no es secreto porque ha sido publicado por quien lo emite y no ha sido interferido, en contra de la garantía establecida en el art. 18.3 CE, porque lo ha recibido la persona a la que materialmente ha sido dirigido y no por un tercero que se haya interpuesto.

Cosa completamente distinta es que el mensaje sea luego utilizado por el receptor de una forma no prevista ni querida por el emisor, pero esto no convierte en secreto lo que en su origen no lo fue. Es por ello por lo que no puede decirse que, con la grabación subrepticia de la conversación de referencia se vulneró el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones y que tal infracción deba determinar imposibilidad de valorar las pruebas que de la grabación se deriven.».

²⁸ Es destacada esta sentencia por la recopilación doctrinal que realiza en sus fundamentos de derecho, mostrando la doctrina jurisprudencial seguida por el Tribunal Supremo ante la valoración de una presunta violación, en supuestos como el que es objeto de este trabajo, de los derechos de intimidad y secreto de las comunicaciones.

el derecho a la intimidad cuando el contenido de la conversación afectase al núcleo de la intimidad personal o familiar de uno de los interlocutores. De esta forma, el Tribunal deja abierta la puerta a alegar la vulneración de este Derecho cuando la conversación trata sobre temas considerados íntimos, término indeterminado que deberá ser valorado por el juzgador en cada caso concreto.

- c) Excepción a la regla general de licitud de la grabación de conversación privada como prueba de cargo y conclusiones

Desde el punto de vista de la defensa, una vía doctrinal a tener en cuenta en los supuestos como el que venimos analizando, es la instaurada por la STS 1066/2009 de 4 de noviembre (RJ 2009\7871). En esta resolución el Tribunal reitera la licitud de la grabación aportada por un interviniente en la misma, siempre y cuando el encuentro sea voluntario y libre. Advirtiendo que no puede considerarse válida cuando «la persona grabada, de alguna manera, ha sido conducida al encuentro utilizando argucias con la premeditada pretensión de hacerle manifestar hechos que pudieran ser utilizados en su contra».

Con base en ello, se argumenta que para ser considerada lícita la grabación, la conversación debe originarse por un encuentro libremente concertado entre los partícipes, decidiéndose sin condicionamientos de ninguna clase por parte de ninguno de los intervinientes, constatándose la espontaneidad y la buena fe como requisitos condicionantes de la valoración de la legalidad de la prueba.

Siguiendo con esta argumentación se viene esgrimiendo que en los supuestos en los que el interlocutor que graba la conversación provoca de alguna forma el encuentro con el resto de intervinientes con la finalidad de conseguir pruebas delictuales, presionando a los interlocutores, no se puede afirmar que tales declaraciones sean voluntarias. Y por lo tanto, puede alegarse por parte de la defensa que se está vulnerando el derecho fundamental del investigado a tener un procedimiento con todas las garantías, regulado en el artículo 24.2 CE.

A tenor de toda la jurisprudencia desarrollada, y haciendo un resumen de todas las consideraciones resaltadas que se deben tener en cuenta a la hora de valorar un supuesto, donde se aporta al proceso una grabación de una conversación privada, podemos destacar como conclusiones, como se señala en la mencionada STS 652/2016

de 15 de junio (RJ 2016\3758), y la reciente STS 214/2018 de 8 de mayo (RJ 2018\3008), las siguientes:

– La aportación de grabaciones de conversaciones privadas grabadas por uno de los interlocutores a un procedimiento judicial como medio de prueba, no vulnera en ningún caso el derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del interlocutor investigado.

– En este mismo supuesto, no se vulnerara el derecho fundamental a la intimidad del artículo 18.1 CE, excepto en casos donde el contenido de la conversación grabada afectase al núcleo de la intimidad personal o familiar de uno del interlocutor investigado.

– Se entenderá que no se vulneran los derechos fundamentales a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable del artículo 24.2 CE, cuando se han realizado en el ámbito particular. Destacándose que únicamente podrá alegarse la violación de los mismos, cuando las grabaciones se hayan realizado desde una posición de superioridad institucional (agentes de la autoridad o superiores jerárquicos) para obtener una confesión extraprocésal arrancada mediante engaño. Siempre y cuando la grabación de la conversación no haya sido autorizada judicialmente conforme a los art 588 y siguientes de la LECRIM. .

– Se podrá incurrir en una vulneración del derecho fundamental regulado en el artículo 24.2 CE a un proceso con todas las garantías regulado, en los supuestos en los que el interlocutor que es grabado haya sido coaccionado de alguna manera a acudir y a participar en la conversación, con la pretensión de provocar que declare hechos que pudieran ser utilizados en su contra. Debiendo en este último supuesto ponderarse el conjunto de circunstancias concurrentes, para valorar la ilicitud de la prueba incriminatoria.

C. Valoración desde el punto de vista de la defensa del acusado

Atendiendo a las conclusiones alcanzadas a través del estudio jurisprudencial realizado, desde la parte de la defensa del supuesto objeto de este trabajo se pueden resaltar las siguientes consideraciones, en relación con la grabación aportada por la acusación, que permitan argüir la línea de defensa del investigado en este procedimiento.

En primer lugar, se considera que la grabación de la conversación realizada por los padres de Estefanía no vulnera el derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable del investigado, debido a que no se considera ilícito alguno en caso en el que es uno de los intervinientes en la conversación es el que graba la misma, necesitando que intervenga una superioridad institucional para alegar la vulneración de este Derecho.

Por otro lado, no cabrá alegar una posible vulneración del derecho fundamental al secreto de las comunicaciones del investigado, siendo que la conversación grabada es entre particulares sin que intervenga un elemento ajeno.

Igualmente, no se aprecia que tenga recorrido judicial la pretensión de alegar la vulneración del derecho fundamental a la intimidad del acusado, dado que no concurre el supuesto que se establece como excepción la regla general de licitud, que es que el contenido de la conversación trate sobre núcleo de la intimidad personal o familiar de uno del interlocutor investigado.

Por último, se considera que la mejor vía de defensa de Alejandro Ruiz Montes, es alegar la ilicitud de la grabación en consonancia con la doctrina originada por la STS 1066/2009 de 4 de noviembre (RJ 2009\7871), ya que concurren los requisitos que en esta resolución se exigen para alegar la vulneración del derecho de un proceso con todas las garantías. En primer lugar, el encuentro en el que tiene lugar la conversación no es libre y voluntario, puesto que son los padres de la menor quienes de forma sorpresiva se presentan ante el investigado. Y, en segundo lugar, lo hacen con la idea preconcebida de forzarle de forma torticera a emitir manifestaciones inculpatórias mediante preguntas dirigidas a incitar y a provocar las declaraciones del aquí acusado.

Con base en ello, alegando la vulneración del citado derecho, cabrá solicitar la declaración de nulidad de la prueba, acabando con uno de los medios probatorios que se han considerado indispensables para poder corroborar el testimonio inculpatório de la víctima.

VI. CONCLUSIONES

El presente trabajo tiene como objetivo analizar todas las circunstancias relevantes que pueden suscitarse a la hora de llevar a cabo la defensa del investigado en el procedimiento penal originado por los hechos relatados, para poder marcar los parámetros con los que guiar los argumentos esgrimidos por la defensa en la fase del juicio.

Por ello, finalizado el examen de todas aquellas consideraciones que se han considerado determinantes, se procede a formular las siguientes conclusiones finales:

«Solicitar la total absolución de mi representado Alejandro Ruiz Montes, del delito por el que se le acusa de agresión sexual a menor de dieciséis años tipificado en el artículo 183.3 en relación con el 183.2 y 183.1 del Código Penal. Absolución fundamentada en el principio del derecho *in dubio pro reo*, habiendo sido constatado a lo largo de este procedimiento, que no existe prueba suficiente que permita enervar el derecho de presunción de inocencia de mi representado.

En la valoración de las pruebas que constituyen el cuadro probatorio en este procedimiento se ha constatado que:

En lo que respecta al testimonio de la víctima, ha quedado fijado que no puede atribuirse a sus manifestaciones un carácter preponderante frente a la declaración del acusado, que ha declarado desde un primer momento de forma expresa su inocencia. Precisándose, que es necesario que el testimonio acusatorio sea corroborado por el resto de material probatorio aportado en el procedimiento, para que sea valorado como una prueba de cargo con valor probatorio suficiente para enervar el derecho de presunción de inocencia del acusado. Valorándose, en caso de que no pueda ser corroborada por la escasa o nula prueba, el cumplimiento de un filtro elaborado jurisprudencialmente basado en los criterios de verosimilitud, la ausencia de incredibilidad subjetiva y la persistencia en la incriminación.

Habiendo quedado de manifiesto, que el testimonio de la denunciante en este supuesto de ninguna forma puede constatarse que cumpla dicho filtro, encontrándose numerosas contradicciones y ambigüedades en sus declaraciones. Testimonio que parece estar impregnado y fundado en el resentimiento siente a partes iguales, contra mi representado al responsabilizarlo de su disminución de rendimiento deportivo, habiendo

entrado en depresión por ver como se le aleja su gran ambición de ser golfista profesional.

En este sentido, en lo relativo al informe pericial médico es evidente que no puede ser considerado como prueba que corrobore la acusación, siendo lo cierto, que el propio forense manifiesta en su informe que de ningún modo la sintomatología que presenta la denunciante supone la demostración de haber sufrido la agresión que denuncia. Considerándose además, que aparte de no observarse rastro de lesiones físicas en la víctima, en lo que respecta la sintomatología psíquica, es apreciable que las actuaciones de la víctima no se corresponden con la sintomatología de un TEPT, al no verse cumplidos todos y cada uno de los criterios que se exigen para su diagnóstico.

De igual forma, cabe resaltar que la víctima no llevó a cabo una actuación que buscase evitar los denominados estímulos asociados con el trauma, habiendo seguido jugando al golf y pasando tiempo junto a mi representado. De igual forma, no se ha constatado ningún deterioro en sus relaciones familiares ni sociales, no habiendo sido evidenciado ningún problema a la hora de desarrollar su vida con normalidad.

Finalmente, en cuanto a la grabación que se aporta de contrario hay que destacar en primer lugar que no puede ser considerada como una confesión del delito que aquí se le acusa. Debiendo ser declarada nula, al ser una prueba ilícita en cuanto se ha vulnerado el derecho fundamental del acusado a tener un procedimiento con todas las garantías del artículo 24.2 CE. Habiendo quedado de manifiesto que no concurre el requisito que exige la jurisprudencia de que la conversación se haya producido en un encuentro voluntario entre las partes, ni puede hablarse de una declaración voluntaria, en cuanto es presionado de forma torticera por los padres de la denunciante mediante engaño con la idea preconcebida de conseguir material probatorio incriminatorio sin respetar ninguna de las garantías que se exigen dentro de un procedimiento penal.

Con base en ello, constatándose la falta de carga probatoria suficiente para enervar el derecho de presunción de inocencia de mi representado, se considera que no cabe otra resolución que no sea la declaración de la libre absolución de Alejandro Ruíz Montes».

Aparte de la emisión de este dictamen podemos considerar otras situaciones adicionales que pueden originarse en el presente procedimiento.

- En virtud de cómo se esté produciendo la fase de juicio oral, en caso de prever una sentencia condenatoria por el delito que se le acusa a nuestro representado, se debe considerar:

En primer lugar, la posibilidad de solicitar subsidiariamente a la libre absolución la condena por un delito del tipo básico de abuso del 183.1 CP. Se basa tal pretensión en exponer que en caso de ser considerado probado por el tribunal que el acusado cometió actuaciones de naturaleza sexual con la menor, ante la falta de prueba objetiva suficiente que permita constatar la existencia de violencia en la realización del hecho delictivo tal y como se describe en la testifical de la víctima, una resolución condenatoria por un delito de agresión del artículo 183.3 en relación con el 183.2 y 183.1 del CP, supondría una vulneración del derecho de presunción de inocencia del acusado y del principio *in dubio pro reo*.

En segundo lugar, otra situación a valorar, es la compleja posibilidad de llegar a un acuerdo con la parte acusadora, debiendo ser aceptado tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular, y ser aprobado por el tribunal juzgador. En este supuesto, se debe tener presente que el acusado no tiene ningún tipo de antecedente delictual que le afecte, ni tiene vigente ninguna pena suspendida, por lo que cumple con los requisitos del artículo 80.2 CP para la suspensión de la pena. Por ello, se considera oportuno alcanzar un acuerdo por el que se impute a nuestro representado el delito básico de abuso del 183.1 CE, acordando una pena privativa de libertad máxima de 2 años, y una pena multa en concepto de responsabilidad civil subsidiaria que dependerá en gran medida de los recursos financieros que presente el acusado.

De esta forma, en virtud del artículo 80 CP, el tribunal podrá acordar dejar en suspenso la ejecución de la pena por un plazo de 2 a 5 años, consiguiendo que nuestro representado no tenga que entrar en prisión. La suspensión de la pena en este supuesto se verá condicionada por una orden de alejamiento a la menor, en virtud del artículo 83.1 CP, debiendo advertir al cliente que en caso de incumplirla se procederá a la revocación de la suspensión de la pena.

En caso de llegar al presente acuerdo se deberá tener en consideración, dado que el acusado es profesor de golf, la pena accesoria aparejada a los delitos del artículo 183 y ss CP de prohibición de trabajar con menores. Con la entrada en vigor de la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la

adolescencia, se establece esta prohibición en su artículo 13, en el que se regula la necesidad de certificado negativo del Registro Central de delincuentes, para poder trabajar con menores.

- En caso de emitirse por el tribunal una sentencia condenatoria contraria a nuestros intereses.

Ante este supuesto, en primer lugar se nos abre la posibilidad de presentar recurso de apelación ante el Tribunal Superior de Justicia de Aragón en virtud del artículo 846 ter LECRIM. Así mismo, será posible tras una sentencia desfavorable en segunda instancia, acudir ante el Tribunal Supremo y posteriormente al Tribunal Constitucional, mediante recurso de casación regulado en los artículos 847 y ss LECRIM y de amparo regulado en los artículos 41 y ss del LOTC respectivamente.

Ambos recursos tendrán como motivos las vulneraciones de los derechos fundamentales de presunción de inocencia y de un proceso con todas las garantías, recogidos en el artículo 24.2 CE. Vulneración del derecho a la presunción de inocencia, por considerar como se ha argumentado, la falta de prueba objetiva que permita enervar el derecho de presunción de inocencia del acusado. Y se esgrimirá la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías, en el supuesto en el que se acepte como carga probatoria la grabación, que debe de ser nula dada su canción de ilícita. Todo ello, sin perjuicio de las posibles circunstancias que puedan originarse en las distintas instancias judiciales.

Esta es la opinión que se emite como dictamen y que sometemos a otra mejor fundada en Derecho. Formulada en I.C.de Zaragoza en fecha 15 de diciembre de 2018.

VII. BIBLIOGRAFIA

ARMENTA DEU. *Lecciones de Derecho procesal penal*, Marcial Pons, 9ª edición, 2016.

BADOS LOPEZ, A., Trastorno por estrés postraumático, accesible en: <http://diposit.ub.edu>, día de consulta 30/10/2018.

BOLDOVA PASAMAR, M.A., «Los abusos y agresiones sexuales a menores de 16 años», en ROMERO CASABONA, C.M., et al, (Coordinadores), *Derecho penal parte especial, Conforme a las Leyes Orgánicas 1 y 2/2015 de 30 de marzo*, Dykinson, 2016

ESCOBAR JIMÉNEZ, C., Los delitos sexuales a menores: artículo 183.1 y 3. Examen del artículo 183 quarter, 2017, accesible en: <https://www.fiscal.es>, día de consulta 15/10/2018.

GONZÁLEZ JIMÉNEZ, A., *Las diligencias policiales y su valor probatorio*, Bosch Editor, 2014.

MIRANDA ESTRAMPES, M., «La prueba ilícita: la regla de exclusión probatoria y sus excepciones», *Revista catalana de seguretat pública*, mayo 2010.

PIERRE PICHOT, *DSM-I, Manual diagnóstico y estadístico de los trastornos mentales*, American Psychiatric Association, 2000.

SÁINZ-CANTERO CAPARRÓS, J., «Agresiones y abusos sexuales. Los abusos y agresiones a menores de 16 años», en MORILLAS CUEVA, L., (Coordinador) *Sistema de derecho penal. Parte especial*, Dikinson, 2016.

VILLANUEVA TURNES, A., «La presunción de inocencia. Una aproximación actual al derecho» *Revista catalana de derecho público*, Núm. 51, diciembre 2015.

VIII. JURISPRUDENCIA UTILIZADA

- JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

- STS 178/1996 de 1 de marzo, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 2144/1995. RJ 1996\1886.
- STS 1845/2000 de 5 de diciembre, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 1309/2003. LA LEY 222876/2000.
- STS 2081/2001 de 9 de noviembre, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 1144/2000. LA LEY 949/2002.
- STS 836/2002 de 10 de mayo, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 2496/2000. LA LEY 10101/2003.
- STS 667/2003 de 7 de Mayo, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 844/2002. LA LEY 82450/2003.
- STS 999/2004 de 19 de septiembre, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 1334/2003. RJ 2004\6048.
- STS 476/2006 de 2 de mayo, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 876/2005. RJ 2006\3106.
- STS 66/2009 de 4 de febrero, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 1136/2008. LA LEY 1922/2009.
- STS 1066/2009 de 4 de noviembre, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 442/2009. RJ 2009\7871.
- STS 1238/2009 de 11 de diciembre, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 1238/2009. RJ 2010\2045.
- STS 231/2010 de 23 de marzo, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 2043/2009. RJ 2010\4521.
- STS 320/2011 de 22 de abril, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 1437/2010. RJ 2011\3480.
- STS 266/2012 de 3 de abril, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 1401/2011. RJ 2012\5594.

- STS 845/2012 de 10 de octubre, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 10233/2012. RJ 2012\10158.
- STS 811/2012 de 30 de octubre, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 258/2012. RJ 2012\11067.
- STS 927/2012 de 27 de noviembre, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 148/2012 LA LEY 181127/2012.
- STS 298/2013 de 13 de marzo, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 1298/2012. RJ 2013\3506.
- STS 151/2013 de 27 de febrero, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 909/2012. RJ 2013\2713.
- STS 45/2014 de 7 de febrero, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 1077/2013. LA LEY 5973/2014
- STS 421/2014 de 16 de mayo, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 1765/2013. RJ 2014\2937.
- STS 575/2014 de 17 de julio, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 2133/2013. RJ 2014\3804.
- STS 97/2015 de 24 de febrero, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 1774/2014. LA LEY 18405/2015
- STS 274/2015 de 30 de abril, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 2405/2014. RJ 2015\1872.
- STS 511/2015 de 21 de julio, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 2382/2014. RJ 2015\5106
- STS 652/2016 15 de julio, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 329/2016. RJ 2016\3758.
- STS 430/2016 de 19 de mayo, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 10823/2015. RJ 2016\1968.
- STS 255/2017 de 6 de abril, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 10645/2016. RJ 2017\1668.
- STS 263/2017 de 7 de abril, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 1411/2016. RJ 2017\1704.
- STS 305/2017 de 27 de abril, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 2227/2016. RJ 2017\2306.

- STS 453/2017 de 21 de junio, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 10783/2016. LA LEY 84517/2017
- STS 544/2017 de 12 de julio, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 10135/2017. RJ 2017\3327.
- STS 833/2017 de 18 de diciembre, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 291/2017. RJ 2017\5720.
- STS 28/2018 de 18 de enero, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 10431/2017.LA LEY 776/2018.
- STS 214/2018 de 8 de mayo, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 10311/2017. RJ 2018\3008.
- STS 259/2018 de 30 de mayo, Sala Segunda de lo Penal, Rec. 362/2017. RJ 2018\2353.

• JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

- STC 114/1984 de 29 de noviembre, Sala Segunda, Rec. 167/1984. RTC 1984\114.
- STC 81/1998 de 2 de abril, Sala Segunda, Rec. 3140/1994. RTC 1998\81.
- STC 124/2001 de 4 de junio, Sala Segunda, Rec. 4703/1997. LA LEY 6089/2001.
- STC145/2005 de 6 de junio, Sala Segunda, Rec. 6551/2001. LA LEY 13298/2005.
- STC 33/2015 de 2 de marzo, Sala Segunda, Rec. 686/2012. LA LEY 26676/2015
- STC 161/2016 de 3 de octubre, Sala Segunda, Rec. 6526/2013. RTC 2016\161.