

EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS SEXUALES

ALUMNO: DAVID BARÓN MARTORELL
TUTOR: VICENTE JUAN CALAFELL FERRÁ
ÁREA: DERECHO CONSTITUCIONAL
CURSO ACADÉMICO 2012/13



**Universitat de les
Illes Balears**

ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN	3
2. ORIGEN HISTÓRICO DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA.....	4
3. REGULACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL.....	5
3.1. La presunción de inocencia en la Constitución Española de 1978: art. 24.2 CE.....	6
3.2. La presunción de inocencia como principio informador del proceso penal	8
4. EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS SEXUALES.....	11
4.1. Delitos sexuales: garantías del acusado y protección de la víctima	11
4.2. Declaración de la víctima: consideraciones en torno a ella	13
4.3. Elementos de corroboración: el “testigo de referencia” y la prueba de ADN.....	14
4.3.1. El “testigo de referencia” como elemento de corroboración	15
4.3.2. La prueba de ADN como elemento de corroboración	16
5. CONCLUSIONES.....	18
6. BIBLIOGRAFÍA.....	21

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo pretende analizar cómo opera en el sistema jurídico español la presunción de inocencia en los llamados “*delitos sexuales*”. Sin embargo, en tales delitos nos encontramos ante el problema de que, al tratarse de delitos que normalmente ocurren sobre todo en el ámbito de la intimidad, es frecuente que la declaración de la víctima suela ser la única prueba directa sobre los hechos, pues las restantes pruebas suelen limitarse a relatar lo que la víctima les ha podido contar o, peor aún, no existen otros medios de prueba.

No obstante, antes de tratar dicha cuestión estudiaremos el origen de este principio y su regulación en nuestro sistema jurídico. En una primera aproximación al derecho a la presunción de inocencia este puede ser definido como el derecho de toda persona acusada de la comisión de un delito a ser considerada inocente mientras no se declare legalmente su culpabilidad, a través de una sentencia. Este principio o derecho ha sido considerado uno de los pilares del ordenamiento jurídico de todo estado democrático, de modo que sólo se establecerá la responsabilidad penal de un individuo cuando quede debidamente acreditada su culpabilidad.

La *ratio legis* o razón de ser legal de esta presunción es la seguridad jurídica, la necesidad de garantizar a toda persona inocente que no será condenada sin la existencia de pruebas suficientes capaces de desvirtuar tal presunción; así, sólo podrá destruirse la presunción de inocencia de un sujeto si existen pruebas suficientes que demuestren su culpabilidad y que justifiquen una sentencia condenatoria en su contra.

Por su parte, el Tribunal Constitucional ha considerado que la presunción de inocencia es “*el derecho del acusado a no sufrir una condena a menos que la culpabilidad haya quedado establecida más allá de toda duda razonable*”¹, y considera que este derecho “*ha dejado de ser un principio general del derecho que ha de informar la actividad judicial para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata*”². Nos hallamos, por tanto, ante una presunción *iuris tantum* y ello significa que de toda persona se presume su inocencia hasta que no quede demostrada su culpabilidad. Así, esta presunción admite prueba en contra, pero lo importante de ello es que quien realiza la acusación debe demostrar la culpabilidad, así, el acusado no tiene que demostrar su inocencia, pues se parte de ella. Así, según la configuración actual de la carga de la prueba, esta corresponde a quien ejerce la acusación.

Este derecho se basa en dos ideas claves: 1) La libre valoración de la prueba que incumbe efectuar a jueces y Tribunales³. 2) Para desvirtuar esta presunción se exigen medios de prueba válidos y lícitamente obtenidos y utilizados en el juicio oral, dando siempre lugar a la defensa del acusado⁴.

De este modo, “*nuestra doctrina está construida sobre la base de 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*”⁵.

¹ STC 81/1998, de 2 de abril, FJ 3º.

² STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 2º.

³ Por imperativo del art. 117.3 CE.

⁴ STC 82/1988, de 28 de abril, FJ 2º.

⁵ STC 124/2001, de 4 de junio, FJ 9º.

2. ORIGEN HISTÓRICO DEL PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA

Para encontrar los primeros antecedentes del principio a la presunción de inocencia debemos acudir al *Corpus Juris Civile*⁶, redactado entre los años 529 y 534 d.C. Se considera que esta obra marcó el inicio de la apreciación como inocente de una persona inculpada por la comisión de un delito; es decir, puede entenderse como el primer vestigio de la presunción de inocencia, pues en esta obra Justiniano expresó que “*nadie puede ser condenado por sospecha, porque es mejor que se deje impune el delito de un culpable, que condenar a un inocente*”.

Este primer vestigio de la presunción de inocencia se hallaba en el “*Digesto*”, y en él se disponía la decisión de los juzgadores de absolver al justiciable cuando no quedase plenamente probada su culpabilidad. No obstante, no se reconocía de forma exacta la presunción de inocencia del acusado en el proceso penal, tal y como se configura en la actualidad, pero, a pesar de ello, supuso un avance, ya que fijó que la culpa de un sujeto debía estar debidamente fundada y probada, pues si no, debía ser absuelto de los crímenes imputados. La importancia del *Corpus Juris Civile* fue tal que tras su publicación muchos legisladores recurrieron a él como fuente, utilizando sus decisiones y preceptos, y llegando a retomarse su estudio en el S.XI en la Universidad de Bolonia por la Escuela de Glosadores, formando una recopilación de gran influencia en el Derecho Europeo posterior. Así, el *Corpus Juris Civile* educó a generaciones de juristas que, posteriormente, aplicarían sus conocimientos en el ejercicio del derecho.

Por otro lado, en el territorio español se contaba con el “*Código de las Siete Partidas*”⁷, redactado entre 1256 y 1263 durante el reinado de Alfonso X (1252-1284). La partida tercera de este código, relativa a la justicia y a la administración de justicia, trataba la cuestión de los medios de prueba y estableció que los hechos debían ser debidamente probados y las pruebas debían ser claras, de modo que no pudiera existir ninguna duda sobre ellas. Además, esta partida estableció que el pleito criminal debía quedar probado por testigos o por admitir el acusado su participación, y no solamente por meras sospechas, prohibiéndose así la condena por señales o presunciones.

Sin embargo, a pesar de este doble reconocimiento de un inicial principio a la presunción de inocencia, dicho principio fue desmantelado por las prácticas inquisitivas de la baja Edad Media, que se proyectaron hasta los tiempos modernos, donde el imputado era considerado culpable, mientras no desvirtuara las conjeturas de culpabilidad demostrando su inocencia⁸.

Así, llegamos al S.XVIII, siglo en el que Voltaire mostró su rechazo a la práctica inquisitiva de castigar sin oír al inculcado y sin prueba; y planteó la práctica del juicio oral y público, la asistencia judicial por abogado y el sistema de convicción del juez en la valoración de la prueba.

⁶ Se le llamó *Corpus Juris Civile* a partir del siglo XIII y fue una compilación de cuatro cuerpos: *Código, Digesto, Instituta y Novelas*; llevada a cabo por Justiniano tras ascender al trono del Imperio de Roma

⁷ El *Código de las Siete Partidas* es un cuerpo normativo redactado en Castilla, durante el reinado de Alfonso X (1252-1284), con el objetivo de conseguir una cierta uniformidad jurídica del Reino. El libro se encuentra dividido en siete partes, subdivididas en 182 títulos y 1479 leyes.

⁸ TOMÁS Y VALIENTE, F. “*In dubio pro reo*”, *libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia*” en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 20, año 1987, págs. 9-34.

Por su parte, el MARQUÉS DE BECCARIA⁹ planteó en 1764 que la presunción de inocencia se configuraba como un principio fundamental de la ciencia procesal y de las demás garantías reconocidas en el proceso penal y en tal sentido manifestó que *“un hombre no puede ser llamado reo antes de la sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que fue concedida”*¹⁰.

Posteriormente, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, celebrada en Francia en 1789, reconoció en su art. 9 la presunción de inocencia al decir que *“Puesto que todo hombre se presume inocente mientras no sea declarado culpable, si se juzga indispensable detenerlo, todo rigor que no sea necesario para apoderarse de su persona debe ser severamente reprimido por la ley.”*

Sin embargo, fue CARRARA¹¹ quien, como señala FERRAJOLI¹², elevó el principio de inocencia a postulado esencial de la ciencia procesal y como presupuesto de las demás garantías del proceso. Carrara sostuvo que el derecho penal estaba destinado a proteger a los culpables de los excesos de la autoridad pública y que el derecho procesal tenía por finalidad proteger a los ciudadanos inocentes u honrados de los abusos y errores de la autoridad.

Posteriormente, tras la 2ª Guerra Mundial, la Declaración Universal de Derechos Humanos, celebrada el 10 de diciembre de 1948 en París, reconoció el derecho a la presunción de inocencia como un derecho universal. Este reconocimiento se vio plasmado en su art. 11.1, que estableció que *“toda persona acusada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se le hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa”*.

Tras el reconocimiento del derecho a la presunción de inocencia como derecho universal realizado por la Declaración Universal de Derechos Humanos, fueron muchos los tratados que pasaron a reconocer este derecho en el mismo sentido. Por su parte, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, aprobado en Roma el 4 de noviembre de 1950, estableció en su art. 6.2 que *“Toda persona acusada de una infracción se presume inocente hasta que su culpabilidad haya sido legalmente declarada”*.

Vista la evolución del derecho a la presunción de inocencia, trataremos la regulación de este derecho en nuestro sistema jurídico y su plasmación como principio que debe reinar en todo proceso.

3. REGULACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL SISTEMA JURÍDICO ESPAÑOL

En determinadas ocasiones jueces y tribunales se ven en la tesitura de no haber alcanzado un grado de certeza suficiente como para poder dictar sentencia, lo que nos sitúa ante la necesidad de establecer unos criterios según los cuales sea posible emitir una resolución de fondo. Esos criterios,

⁹ BONESANA, C., MARQUÉS DE BECCARIA (Milán, 1738 - 1794), fue un literato, filósofo, jurista y economista italiano, además de un gran protector de los encarcelados. Fue defensor del principio de presunción de inocencia y de la abolición de la pena de muerte.

¹⁰ BONESANA, C., MARQUÉS DE BECCARIA, *“Tratado de los delitos y las penas”*, Argentina, Ed. Heliasta, pág. 88.

¹¹ CARRARA, F. (Lucca, 1805 - 1888), jurisconsulto y profesor italiano. Fue el mayor representante de la Escuela Clásica del Derecho Penal.

¹² FERRAJOLI, L., 2001 *“Derecho y razón”*, Madrid, Ed. Trotta, pág. 550.

en nuestro sistema, están enmarcados en el régimen de los derechos y garantías procesales, situados en el art. 24 CE.

A partir del reconocimiento constitucional de este derecho se ha construido un conjunto de mecanismos para garantizar este derecho en un proceso, no obstante, la búsqueda del fundamento de estos criterios debe tomar su punto de partida en la Constitución Española de 1978. Como requisito de todo Estado de Derecho, la Constitución ha impuesto una serie de pautas dirigidas a garantizar un proceso justo, lo que ha supuesto una gran revolución en el ámbito del proceso penal, y por lo que se refiere a los criterios legales aplicables a los supuestos de hecho incierto ha sido el derecho a la presunción de inocencia el que ha dotado de contenido a la regla de juicio en el proceso penal. Sin embargo, esta no es la única función que cumple el derecho a la presunción de inocencia, pues según el Tribunal Constitucional se trata de un concepto poliédrico¹³. Entre las funciones que se le reconoce a este principio destaca una procesal, que consiste en desplazar el *onus probandi*, la carga de la prueba, para lo que se exige¹⁴:

1. Que la carga de la prueba sobre los hechos constitutivos de la pretensión penal corresponda exclusivamente a la acusación, sin que sea exigible a la defensa una *probatio diabolica*¹⁵ de los hechos negativos.
2. Que la prueba se practique en juicio oral bajo la intermediación del órgano judicial decisor y con observancia de los principios de contradicción y publicidad.
3. De dicha regla general sólo pueden exceptuarse los supuestos de prueba preconstituida y anticipada, cuya reproducción en el juicio oral sea o se prevea imposible y siempre que se garantice el ejercicio de derecho de defensa o la posibilidad de contradicción.
4. La valoración conjunta de la prueba practicada libremente por el órgano juzgador con la sola obligación de razonar el resultado de dicha valoración

3.1. La presunción de inocencia en la Constitución Española de 1978: art. 24.2 CE

La Constitución de 1978 fue la que por primera vez reconoció expresamente en nuestro ordenamiento la presunción de inocencia como derecho fundamental, reconocimiento plasmado en el marco de las garantías procesales recogidas en el art. 24, que tienen por objetivo proteger al ciudadano frente a los abusos que el Estado pueda cometer en la administración de Justicia.

Concretamente, el derecho a la presunción de inocencia se ha visto plasmado en el apartado 2º del art. 24, que establece que “*Asimismo, 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.*”

¹³ STC 55/1993, de 15 de febrero, FJ 4º.

¹⁴ STC 76/1990, de 26 de abril, FJ 8º.

¹⁵ La *probatio diabolica* es una expresión latina que describe la práctica de exigir una prueba imposible. En una *probatio diabolica* el interpelado debe, p.ej, demostrar que algo no ha ocurrido, la inexistencia de algo, o su propia inocencia en un proceso judicial, cuando lo habitual es que la carga de la prueba corresponda a quien ha de probar la existencia de algo, o probar la culpabilidad.

Así, el derecho a la presunción de inocencia ha sido considerado uno de los pilares básicos de todo proceso penal, de los que posteriormente derivan el resto de garantías.

Según VÁZQUEZ SOTELO¹⁶ su consagración constitucional no supone renunciar a un proceso penal eficaz. A sensu contrario, se entiende que la eficacia del proceso penal deriva de su carácter de medio civilizado de persecución y represión de la delincuencia; civilizado en tanto que respeta los derechos y libertades básicas de los ciudadanos, lo que le convierte en el “*proceso con todas las garantías*” al que se refiere el art. 24.2 CE.

Vemos pues como la presunción de inocencia se constituye como una garantía procesal, no obstante, una corriente doctrinal¹⁷ sostiene lo contrario, y dice que se trata de un derecho con incidencia en situaciones extraprocerales. Este sector distingue entre la eficacia procesal y la extraprocera de la presunción de inocencia. Respecto a la eficacia extraprocera, esta supone el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor de un hecho delictivo, mientras que la eficacia procesal se centra en la imposición de la carga de la prueba a la acusación y en el establecimiento de determinadas reglas probatorias. Respecto a esto, CAAMAÑO, afirma que la faceta procesal de la presunción de inocencia “*es la más pobre de sus contenidos*”.¹⁸

El Tribunal Constitucional también se ha pronunciado sobre esta cuestión y ha resaltado en algunas de sus sentencias¹⁹ la vigencia de la presunción de inocencia fuera del ámbito estrictamente procesal. Según el TC, en su dimensión extraprocera, la presunción de inocencia supone “*el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no participe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos y determina por ende el derecho a que no se aplique las consecuencias o efectos jurídicos anudados a hechos de tal naturaleza en las relaciones jurídicas de todo tipo*”²⁰.

La posición defendida por el sector doctrinal antes dicho debe ser matizada, ya que la expresión “*presunción de inocencia*” utilizada por dicho sector y, en ocasiones, por el mismo Tribunal Constitucional parece que tiene un sentido más amplio que su sentido jurídico-procesal estricto. En el lenguaje común se suele decir que “*todas las personas*” tienen derecho a la presunción de inocencia, independientemente de que exista o no un proceso judicial en curso. Desde este punto de vista, la presunción de inocencia se constituye como una garantía procesal y, como tal, con eficacia exclusiva en el ámbito sancionador, lo que nos lleva a que la presunción de inocencia como garantía procesal se predique exclusivamente de quien es imputado o sometido a un procedimiento capaz de sancionarle o restringir sus derechos subjetivos.

Esta concepción hace que la presunción de inocencia, configurada como el derecho a recibir la consideración de no autor de un hecho delictivo, actúe solamente en un contexto procesal por

¹⁶ VÁZQUEZ SOTELO, J.L., “*La presunción de inocencia*”, en “*Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*”, nº V, Cuadernos de Derecho Judicial, CGPJ, Madrid, págs. 115-116.

¹⁷ Representada, entre otros, por BORRAJO INIESTA, I., “*La prueba debe practicarse en el juicio oral: titubeos y dificultades para observar el derecho a ser presumido inocente en el proceso penal*”, en *Tribunales de Justicia*, nº 7, 1997, pág. 728; GALLARDO RUEDA, A., “*El derecho a la presunción de inocencia*”, en *Cuadernos de Política Criminal*, nº 38, 1989, pág. 316; JÍMENEZ-BLANCO, G., “*Derecho a la presunción*”, pág. 348; y por LUZÓN CUESTA, J. M^a, “*La presunción de inocencia*”, pág. 13.

¹⁸ CAAMAÑO, F., “*La garantía constitucional de la inocencia*”, Ed. Tiran lo Blanch, 2003, pág. 229.

¹⁹ SSTC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1º; 166/1995, de 20 de noviembre, FJ 3º; 283/1994, de 24 de octubre, FJ 2º.

²⁰ STC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1º.

diversas razones, al margen de la expuesta antes de ser de una garantía jurisdiccional. La primera de ellas es que la inocencia o la culpabilidad de una persona solo puede ser debatida en el marco de un proceso, ya que sólo el Estado, a través de este mecanismo, puede declarar la culpabilidad de un ciudadano. La segunda de estas razones es que la violación de la presunción de inocencia solo puede realizarse mediante actuaciones procesales que presupongan la culpabilidad del imputado.

Respecto a las consecuencias de la constitucionalización de la presunción de inocencia como derecho fundamental, estas pueden analizarse desde dos perspectivas: desde la perspectiva jurídico-constitucional y desde la perspectiva del Derecho Procesal.

Respecto a las consecuencias jurídico-constitucionales derivadas de la constitucionalización de la presunción de inocencia debemos centrarnos en las garantías que la Constitución establece para salvaguardar los derechos fundamentales, aplicables al derecho a la presunción de inocencia. Estas garantías son las siguientes:

1. De acuerdo con el art. 53.1 CE, los derechos fundamentales son vinculantes para todos los poderes públicos, hecho que en la presunción de inocencia afecta de modo particular al Poder Judicial y al Poder Legislativo. Por un lado, repercute en el Poder Judicial al estar todos los jueces y magistrados obligados a observar este derecho en sus actuaciones y a interpretar las normas jurídicas de acuerdo con él y con la interpretación que de él haga el Tribunal Constitucional. Por otro lado, repercute en el Poder Legislativo ya que en que la creación de normas jurídicas deben respetarse los derechos fundamentales, al ser su contenido indisponible; así, el legislador debe evitar crear tipos penales que contravengan este derecho.
2. Los derechos fundamentales son aplicables directa e inmediatamente, lo que permite su invocación en sede jurisdiccional sin necesidad de un desarrollo legislativo de los mismos que, si se produce, debe respetar su contenido esencial.
3. Conforme al art. 10.2 CE, las normas relativas a los derechos fundamentales se interpretarán de acuerdo con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los demás Tratados Internacionales sobre estas materias suscritos por España.
4. Los derechos fundamentales cuentan con unas vías privilegiadas de tutela en caso de su vulneración. Así, caben tres posibilidades:
 - 1) Invocar su violación ante los tribunales ordinarios, con carácter preferente y sumario.
 - 2) Agotadas las vías ordinarias, cabe recurrir en amparo ante el Tribunal Constitucional para la reintegración en el disfrute del derecho.
 - 3) Cabe acudir al Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH): art. 6.2 CEDH.

3.2. La presunción de inocencia como principio informador del proceso penal

La presunción de inocencia actúa en el proceso penal como principio informador de cada una de sus fases, y como directriz que marca el camino a seguir por el proceso penal²¹. Según la Escuela Clásica

²¹ SSTC 109/1986, de 24 de septiembre, FJ 1º; 137/1998, de 7 de julio, FJ 1º; y 51/1995, de 23 de febrero, FJ 2º.

la presunción de inocencia era el eje fundamental sobre el que giraba el proceso penal, entendiendo este como el sistema de garantías encaminado a la tutela de la inocencia. Esta concepción del proceso penal es uno de los significados que a día de hoy se otorga al derecho a la presunción de inocencia. De este modo, la presunción de inocencia se configura como un derecho reconocido al imputado para limitar la actuación del Estado en el ejercicio de su potestad sancionadora, o *ius puniendi*, en todo lo que pueda afectar a sus bienes o derechos.

Así, la finalidad del derecho a la presunción de inocencia consiste en hallar un justo equilibrio entre el interés del Estado en la represión de la delincuencia y el interés del imputado para proteger su libertad y dignidad.

En este sentido GAROFOLI²² entiende que existe una relación inescindible entre la presunción de inocencia y el Estado garantista, en la medida en que un Estado totalitario es impensable su vigencia. Según VEGAS TORRES²³, mediante el reconocimiento de la presunción de inocencia se otorga al imputado un ámbito de inmunidad frente al Estado que impide que la actuación abusiva de este afecte a sus intereses. Por su parte, ASENCIO MELLADO²⁴ opina que la presunción de inocencia, como derecho que asiste a todo imputado durante el proceso, tiende, junto con las demás garantías procesales, a minimizar el impacto que la actuación estatal produce en el ejercicio del *ius puniendi*.

Visto esto, observamos que el derecho a la presunción de inocencia actúa junto con el resto de garantías procesales del art. 24 CE, a la vez que se configuran también como garantías autónomas conectadas entre sí para obtener un fin común: la protección del imputado como seña configuradora de un proceso penal de corte liberal.

Si analizamos a continuación el derecho la presunción de inocencia como derecho subjetivo del imputado podemos diferenciar tres planos distintos sobre los que actúa, que son la presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado, como regla probatoria y como regla de juicio.

- 1) La presunción de inocencia como regla de tratamiento del imputado implica la obligación de tratar al imputado como inocente e impide una equiparación de hecho entre imputado y culpable; y, por ende, cualquier resolución judicial que suponga una anticipación de la pena. En este sentido, el art.10.2 a) del Pacto Internacional de Derecho Civiles y Políticos establece que *“Los procesados estarán separados de los condenados, salvo en circunstancias excepcionales, y serán sometidos a un tratamiento distinto, adecuado a su condición de personas no condenadas.”*
- 2) Respecto a la presunción de inocencia como regla probatoria en el proceso penal, esta se manifiesta en el ámbito de la actividad probatoria, imponiendo la existencia de determinadas reglas sobre cómo debe ser el procedimiento probatorio y las características que debe reunir cada medio de prueba para fundar una sentencia condenatoria.

²² GAROFOLI, V. *“Presunzione di innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni”*, en Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale, 1998, vol. II, pág. 1171.

²³ VEGAS TORRES, J., *“Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal”*, Ed. La Ley, Madrid, 1993, pág.35.

²⁴ ASENCIO MELLADO, J. M^a *“Cien años de Derecho Procesal en España”*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000 pág. 321.

Así, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional exige para que la actividad probatoria desvirtúe la condición de inocente la existencia de una actividad probatoria de cargo, suministrada por la acusación, practicada en el juicio oral y que haya sido obtenida respetando todas las garantías constitucionales y legales²⁵. Además, de la manifestación de la presunción de inocencia como regla probatoria se derivan una serie de imposiciones, que son:

- *Existencia de actividad probatoria*: bajo esta expresión u otras como “*mínima actividad probatoria*” o “*prueba*”, el Tribunal Constitucional exige la presencia de actos de prueba para destruir la presunción de inocencia. Cuando el Tribunal Constitucional se refiere a “*actividad probatoria*” lo hace atendiendo, principalmente, a dos cuestiones: en primer lugar, que existan actuaciones procesales dirigidas a obtener el convencimiento judicial acerca de la veracidad de las afirmaciones sobre los hechos. En segundo lugar, se atiende a que dicho convencimiento solo pueda obtenerse en presencia de verdaderos actos de prueba, nunca sobre meras sospechas.
- *Existencia de prueba de cargo*: según doctrina constitucional, la prueba de cargo es aquella “*encaminada a fijar el hecho incriminado que en tal aspecto constituye el delito, así como las circunstancias concurrentes en el mismo [...], por una parte, y por la otra, la participación del acusado, incluso la relación de causalidad, con las demás características subjetivas y la imputabilidad*”²⁶. Así, para que la prueba sea considerada de cargo debe recaer, primero, sobre la existencia de los hechos delictivos y, segundo, sobre la participación en ellos del acusado.
- *Actividad probatoria suministrada por la acusación*: se exige que la actividad probatoria de cargo sea aportada al proceso por la acusación, ya que la presunción de inocencia es un derecho pasivo, es decir, que permite al acusado permanecer inactivo sin que la falta de pruebas de descargo pueda actuar en su perjuicio.
- *Prueba practicada en el acto de juicio oral*: Para que la prueba sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia debe ser practicada en el juicio oral pues, según doctrina del TC, sólo las pruebas practicadas en esta fase son verdaderos medios de prueba. No obstante, esto no impide que determinadas actuaciones realizadas antes del juicio oral puedan tener fuerza probatoria siempre y cuando se practiquen de acuerdo con las condiciones que la doctrina y la jurisprudencia exigen, como sucede en la prueba anticipada y en la prueba preconstituida.
- *Prueba obtenida y practicada respetando las garantías procesales y los derechos fundamentales*: la jurisprudencia entiende que la presunción de inocencia exige que la prueba se obtenga y se practique respetando las garantías procesales, y precisamente

²⁵ SSTC 171/2000, de 26 de junio, FJ 2º; 278/2000, de 27 de noviembre, FJ 9º; 209/2001, de 22 de octubre, FJ 4º; 222/2001, de 5 de noviembre, FJ 3º; y 17/2002, de 28 de enero, FJ 2º.

²⁶ SSTC 33/2000, de 14 de febrero, FJ 4º; 138/2000, de 13 de octubre, FJ 2º; 259/1994, de 3 de octubre, FJ 2º; y 173/1997, de 14 de octubre, FJ 2º.

por ello resulta necesario que, salvo en las excepciones señaladas en el punto anterior, se practique en el juicio oral.

- 3) Finalmente, respecto a la presunción de inocencia como regla de juicio, esta actúa cuando el juez no ha alcanzado el convencimiento suficiente para dictar una resolución. En este sentido, la presunción de inocencia asume un papel relevante tras el juicio oral, concretamente cuando tras la valoración de la prueba practicada, el resultado que de ella se deriva no es concluyente e impide que el órgano judicial resuelva conforme a él. En estos casos la duda debe resolverse a favor del acusado por aplicación de la presunción de inocencia. No obstante, la absolución en caso de duda suele reconducirse a la aplicación del principio *in dubio pro reo*, que suele ser excluido del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia. Por contra, en los supuestos de certeza de la inocencia, la absolución vendrá de la mano de la prueba de la misma, de la que se deriva dicha conclusión.

4. EL DERECHO A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA EN EL ÁMBITO DE LOS DELITOS SEXUALES

4.1. Delitos sexuales: garantías del acusado y protección de la víctima

A continuación, analizaremos como opera la estudiada presunción en los delitos sexuales, no obstante, resulta conveniente introducir un concepto de delitos sexuales para contextualizar mejor lo expuesto hasta ahora.

Los delitos sexuales se encuentran tipificados en el Código Penal vigente, de 1995, en el Título VIII “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*” de su Libro II “*Delitos y penas*”. A lo largo de este Título VIII (arts. 178 a 194) encontramos unas conductas tipificadas como delito, clasificadas en: agresiones sexuales, abusos sexuales, abusos y agresiones sexuales a menores de trece años, acoso sexual, exhibicionismo y provocación sexual, prostitución y corrupción de menores.

En una primera aproximación a estos delitos podemos decir que por delitos sexuales entendemos toda conducta típica, antijurídica y culpable que transgreda los bienes jurídicos protegidos en el Título VIII del Libro II del Código Penal. Sin embargo, debemos dar un paso más y conocer cuáles son los bienes jurídicos protegidos por este título para así saber cuándo se entienden vulnerados y, consecuentemente, cometida la conducta tipificada y castigada.

La reforma del Código Penal de 1973, producida por la LO 3/1989 de actualización del Código Penal, sustituyó la rúbrica del Título IX, que era la de “*Delitos contra la honestidad*” por la de “*Delitos contra la libertad sexual*”. El motivo de este cambio lo encontramos en la Exposición de Motivos de la citada reforma y era “*respetar la idea de que las rúbricas han de tender a expresar el bien jurídico protegido en los diferentes preceptos, lo que supone sustituir la expresión «honestidad» por «libertad sexual», ya que esta es el auténtico bien jurídico protegido.*”

Esta toma de posición fue también adoptada al redactar el Código Penal de 1995, ahora vigente. En el momento de su redacción la rúbrica del Título VIII tan solo se refería a la libertad sexual como bien jurídico protegido. Sin embargo, la LO 11/1999 reformó la rúbrica del Título VIII y se añadió la

indemnidad sexual como bien jurídico protegido, de modo que la actual rubrica es la de “*Delitos contra la libertad e indemnidad sexuales*”.

Así, contamos con dos bienes jurídicos protegidos, el primero es la libertad sexual y el segundo es la indemnidad sexual. La libertad sexual, según MUÑOZ CONDE²⁷, puede entenderse como aquella parte de la libertad referida al ejercicio de la propia sexualidad y, en cierto modo, a la disposición del propio cuerpo. Por su parte, el bien jurídico protegido “*indemnidad sexual*” debe ser puesto en relación con un sector concreto de la población: los menores de edad y los incapaces, sobre quienes no recae la libertad sexual, bien de forma provisional (menores), bien de forma definitiva (incapaces), pues carecen de autonomía para determinar su comportamiento en el ámbito sexual, y por ello se acude al criterio de la indemnidad. Así, con la protección de la indemnidad sexual en el caso del menor se pretende proteger su futura libertad y su normal evolución y desarrollo de su personalidad, para que cuando sea adulto decida en libertad su comportamiento sexual. En el caso del incapaz, la indemnidad sexual pretende impedir que el declarado incapaz sea utilizado como objeto sexual de terceras personas que abusen de su situación para satisfacer sus deseos sexuales.

Habiendo realizado una pequeña introducción de los “*Delitos sexuales*” y de los bienes jurídicos protegidos, vamos a estudiar cómo actúa en estos delitos la protección del derecho a la presunción de inocencia, reconocido a todo acusado por imperativo constitucional en el art. 24.2 CE. No obstante, a pesar de este imperativo constitucional debe haber una ponderación entre el derecho antes mencionado y la necesaria protección de los derechos de la víctima y de su dignidad humana, la cual es el fundamento del orden jurídico y la paz social²⁸. Por tanto, aun protegiendo en toda su extensión el derecho del acusado a defenderse, no debe olvidarse que, igualmente en todo caso, los derechos de la víctima deben ser protegidos durante el proceso, en especial durante la vista oral, siendo el Presidente del Tribunal el encargado de su especial toma en consideración.

Así, el acto del juicio debe estar presidido por el principio de respeto y protección de la víctima, y al mismo tiempo, sometido a un régimen de garantías para el acusado. De este modo, de acuerdo con la configuración actual de nuestro sistema jurídico, el acusado comparece ante al Tribunal, no como sospechoso, ni como posible o presunto culpable; sino como inocente, siendo el Tribunal quien debe juzgarlo partiendo de su inocencia, que deberá ser tenida en cuenta a lo largo de todo el proceso.

A continuación, analizaremos brevemente la figura de la víctima y la denominada Victimología²⁹ como vertiente de la Criminología. A partir de la década de los sesenta del S.XX, la figura de la víctima fue acaparando un gran interés jurídico penal y procesal. Esta ciencia estudiaba la condición, derechos y circunstancias de la víctima, y emergió como predilecta de entre las ciencias que complementan y circunscriben el Derecho Penal.

Actualmente, la revaloración de la figura de la víctima se refleja en el ámbito de la doctrina conocida como “*restorative justice*”³⁰. Por su parte, la jurisprudencia española incorpora los principios de esta

²⁷ MUÑOZ CONDE, F. “*Derecho Penal: Parte Especial*” 18ª Ed. Editorial Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010. Pág. 216.

²⁸ La dignidad humana es reconocida en el art. 10 CE como fundamento del orden jurídico y de la paz social.

²⁹ La disciplina de la “Victimología” fue denominada así por B. Mendelsohn en su obra “*Victimología: horizontes psicosociales*” publicada en 1947.

³⁰ La “*restorative justice*” es un enfoque de la justicia centrado en las necesidades de las víctimas y los delincuentes, así como a la comunidad afectada, en lugar de satisfacer los principios jurídicos abstractos o castigar al delincuente. Las

doctrina a nuestro ordenamiento, manifestando el Tribunal Supremo que “*se observa una tendencia hacia el modelo anglosajón de la denominada “restorative justice” [...] Ese reconocimiento de los derechos de la víctima representa en alguna medida, una potenciación de su dignidad, a pesar de haber sufrido las consecuencias del delito*”³¹.

Así, actualmente, de entre las víctimas que suscitan la mayor protección destacan las de terrorismo, violencia de género y delitos contra la libertad sexual. En este sentido, debe adoptarse una política criminal orientada a la protección de la víctima con reconocimiento del protagonismo que le corresponde en todo delito, poniendo de relieve que este representa un ataque a bienes concretos o individuales a los que es preciso dar satisfacción, los de la víctima, para que no se sienta desprotegida ni reducida a la condición de testigo de cargo.

4.2. Declaración de la víctima: consideraciones en torno a ella

Por lo que respecta a las víctimas de delitos contra la libertad sexual, al ser delitos que normalmente ocurren en el ámbito de la intimidad, en ocasiones la víctima en si puede ser la única prueba del delito. Ante tales casos, el Tribunal Supremo³² admite la posibilidad de contar sólo con el testimonio de la víctima como medio de prueba, no obstante, fija los siguientes requisitos para que ese testimonio sea capaz de desvirtuar la presunción de inocencia:

1. Que cuando se denuncie la vulneración del derecho a la presunción de inocencia exista prueba de cargo (“*prueba existente*”).
2. Que el testimonio se haya producido dentro del proceso y con observancia de los requisitos exigidos en la Constitución y en la Ley (“*prueba lícita*”).
3. Que el testimonio sea razonablemente bastante como para justificar un pronunciamiento condenatorio (“*prueba suficiente*”).

Respecto a estos requisitos tiene especial importancia el que debe entenderse por “*prueba suficiente*” para desvirtuar la presunción de inocencia que ampara a todo acusado. Según jurisprudencia del Tribunal Supremo³³, para que el testimonio de la víctima como medio de prueba sea considerado prueba suficiente es preciso que cumpla las siguientes condiciones:

- a) Ausencia de incredibilidad subjetiva (derivada de las relaciones acusado-víctima).
- b) Verosimilitud en la declaración (por la concurrencia de corroboraciones de naturaleza objetiva).
- c) Persistencia en la incriminación.

Respecto a los requisitos mencionados arriba, el Tribunal Supremo³⁴ nos dice que debe entenderse por “*persistencia en la incriminación*”. Dicho tribunal afirma que la persistencia en la aportación de datos inculpativos no exige que los diversos testimonios sean absolutamente coincidentes, bastando

víctimas tienen un papel activo en el proceso, mientras alienta a los delincuentes a asumir la responsabilidad por sus acciones. Se basa en la teoría de un sector doctrinal que considera el crimen y el hecho ilícito como un delito en contra de un individuo o de la comunidad, y no del Estado.

³¹ STS 145/2005 de 7 de febrero, FJ 9º.

³² STS 648/2001 de 16 de abril, FJ 4º, relativa al caso de una niña que desde los 12 fue víctima de varias violaciones por parte de su padre y bajo la complicidad de su madrastra.

³³ STSS 229/2000 de 19 de febrero, FJ 5º; 1413/2000 de 21 de septiembre, FJ 1º; 752/2002 de 29 de abril, FJ 4º.

³⁴ STS 108/2005 de 31 de enero, FJ 4º, relativa a un padre que abusó de su hija cuando esta tenía entre 11 y 13 años.

con que se ajuste a una línea uniforme de la que se pueda extraer, al margen de posibles matizaciones e imposiciones, una base sólida.

No obstante, en ocasiones, la contundencia y reiteración en el relato de la víctima, en lugar de dar veracidad al testimonio, da lugar a una sospecha de inverosimilitud. Por esta razón, la jurisprudencia no exige a las víctimas la repetición “*discográfica*” de sus declaraciones³⁵.

Respecto a la “*verosimilitud en la declaración*” debe decirse que su verosimilitud puede quedar enervada por razones de incredibilidad subjetiva, motivo que produce un sesgo en la declaración y que podría desvirtuar su valor probatorio. Sin embargo, no debe olvidarse que la víctima, por el hecho de haber sido víctima de un delito sexual, se encuentra “*sesgada*” en contra de su agresor y, por ello, no se puede esperar una narración calmada y objetiva de los hechos; lo que motiva que de esta situación pueda derivarse el rechazo del testimonio de la víctima. En este sentido, el Tribunal Supremo sostiene que no puede derivarse una incredibilidad subjetiva derivada de odio y ánimo de venganza del solo y exclusivo hecho de la condición de víctima³⁶.

De este modo, para que pueda valorarse la fuerza probatoria de la declaración de la víctima, si es la única prueba de cargo, la jurisprudencia exige que venga acompañada por lo que la doctrina procesal penal ha llamado “*corroboraciones periféricas*”; y la doctrina del Tribunal Constitucional entiende por “*corroboraciones*” que la veracidad de la declaración venga avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa de la misma. Es decir, la declaración debe quedar mínimamente corroborada o debe añadirse a las declaraciones algún dato que corrobore su contenido³⁷.

En esta línea, en cuanto a la declaración de la víctima como único medio de prueba suficiente o prueba de cargo para enervar la presunción de inocencia, el Tribunal Supremo ha establecido unas pautas de valoración a las que deben acudir los tribunales de instancia, y que permiten comprobar que se han tenido en cuenta las circunstancias en las que la declaración se ha prestado y sus características; es decir, que la prueba testifical consistente en la declaración de la víctima ha sido lo más objetivada posible³⁸. Dichas pautas consisten en:

1. Comprobar la ausencia de razones que debiliten la credibilidad del testigo, como odio, venganza o sentimientos similares contra el acusado.
2. Comprobar la persistencia de la declaración, verificando la posible existencia de contradicciones significativas que priven de coherencia a la versión que se sostiene.
3. Comprobar la existencia de elementos objetivos de corroboración que avalen de algún modo el relato fáctico del testigo.

4.3. Elementos de corroboración: el “testigo de referencia” y la prueba de ADN

Respecto al catálogo de circunstancias objetivas y externas que, constituyendo hechos comprobables, acreditan la veracidad del testimonio, este es muy amplio y entre ellas pueden destacarse el “*testigo de referencia*”, las comprobaciones y exámenes realizados por el médico forense, quien puede

³⁵ STS 1460/2003 de 7 de noviembre, FJ 6°.

³⁶ STS 1564/2001 de 5 de septiembre, FJ 4°.

³⁷ SSTC 153/1997 de 29 de septiembre, FJ 6° y 49/1998 de 2 de marzo, FJ 5°.

³⁸ STS 481/2004 de 7 de abril, FJ 1°.

determinar la existencia de lesiones físicas o psíquicas, muestras de ADN o de fluidos del presunto agresor. También ayuda a la credibilidad o no del testimonio de la víctima un informe psicológico de credibilidad, pues el psicólogo puede aportar al Tribunal motivos que funden la negativa a creer lo relatado por la víctima. Es más, a las peritaciones aportadas por psicólogos en el ámbito de las declaraciones judiciales aportadas por delitos contra la libertad e indemnidad sexual suele dárseles especial importancia, y más aún cuando las víctimas son menores de edad o incapaces.

En ocasiones, la jurisprudencia ha llegado a considerar una reunión familiar en la que se comenta el hecho delictivo ocurrido a uno de sus miembros, como elemento de corroboración del testimonio. En este sentido, el Auto del Tribunal Supremo 1058/2007 de 22 de noviembre afirma que *“Todos los testigos, [...] pertenecientes al entorno familiar del recurrente y la niña, reconocieron que tuvo lugar una reunión familiar en el año 2000 con el objeto de aclarar el tema de los tocamientos del acusado, testificando al respecto la propia abuela de la menor”*.

4.3.1. El “testigo de referencia” como elemento de corroboración

Yendo más allá, el Tribunal Supremo ha admitido el llamado *“testigo de referencia”* como elemento de corroboración del testimonio de la víctima. Por dicha figura, contemplada en el art. 710 LECrim, entendemos una persona que ha tenido conocimiento de un hecho delictivo a través de lo que le ha narrado un tercero; por tanto, su conocimiento del hecho no proviene de su percepción sensorial inmediata. Así, es una persona ajena al proceso, no es ni es imputado, ni denunciante, y a diferencia del testigo directo que conoce la realidad del caso de primera mano, el de referencia la conoce a través de lo que le han contado.

Según MUÑOZ CUESTA el testigo de referencia es una persona *“que no aporta al proceso datos derivados de una percepción sensorial inmediata de los acontecimientos, sino que aporta una versión que de los mismos ha obtenido de manifestaciones o confidencias de terceros, sin que él haya presenciado lo que relata o incorpora al procedimiento”*. Por tanto, el testigo de referencia viene a ser el testigo directo de lo que de aquel tercero ha escuchado, no de lo que él ha percibido directamente, por lo que deviene en testigo directo pues *“aunque no vio cometer el hecho delictivo, aporta un dato que constituye un indicio de la posible participación del imputado en los hechos, y no un testimonio de tercero”*³⁹.

No obstante, el Tribunal Supremo ha manifestado en diversas sentencias que el testigo de referencia, como medio de prueba de un hecho delictivo, debe complementarse con otras pruebas adicionales, para tener por probada la culpabilidad del imputado. En este sentido, ha dicho que *“el valor del testimonio de referencia es el de prueba complementaria para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien el de una prueba subsidiaria, para ser considerada solamente cuando sea imposible acudir al testigo directo, porque se desconozca su identidad, haya fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical”*⁴⁰.

³⁹ Palabras extraídas del artículo *“Testigos de referencia: necesidad de un uso restrictivo por los tribunales y posibilidad de su rechazo antes del juicio oral”*.

⁴⁰ STS 129/2009 de 10 de febrero, FJ 6º.

De este modo, el Tribunal Supremo exige una puesta en relación entre el testimonio de la víctima y lo relatado por el testigo de referencia; puesta en relación de la que no pueden deducirse contradicciones para admitir la declaración de la víctima como prueba suficiente para enervar la presunción de inocencia, ya que en caso de concurrir esas contradicciones el testimonio del testigo de referencia no podrá ser tenido en cuenta. En otras ocasiones, a lo relatado por víctima y testigo de referencia le sirve de ayuda informes médicos en los cuales se observe una relación entre lo relatado y las lesiones o daños apreciados. Es decir, las lesiones apreciadas deben guardar relación con las manifestaciones de la víctima respecto de su origen.

Por su parte, el Tribunal Constitucional admite con carácter general el testigo de referencia como un medio de prueba válido para fundamentar una sentencia condenatoria al decir que “*el testimonio de referencia puede ser uno de los actos de prueba en los que fundar una decisión condenatoria*”⁴¹. No obstante, considera que su validez “*está condicionada por la plenitud del derecho de defensa, de modo que, si el recurso al testigo de referencia impidiese el examen contradictorio del testigo directo, resultaría constitucionalmente inadmisibile, pues en muchos casos supone eludir el debate sobre la realidad misma de los hechos, además de conllevar una limitación obvia de las garantías de inmediación y contradicción en la práctica de la prueba*”⁴².

En otras ocasiones se ha pretendido impugnar mediante recurso de amparo la naturaleza del testimonio prestado por determinados testigos de referencia, tales como los progenitores en casos de abusos sexuales a víctimas menores, o sus tutores/as, por no haber comparecido al acto del juicio. Sin embargo, el Tribunal Constitucional ha considerado que existe una causa legítima para que las víctimas menores de edad no asistan al juicio oral como testigos de la acusación en atención a su escasa edad, y que el testimonio del testigo de referencia de sus progenitores o tutores/as, en cuanto narran la manifestación incriminatoria que a ellos les hacen las víctimas, puede ser legítimamente valorado, aunque ello solo tenga como función reforzar o restar credibilidad a dicha incriminación, pero no sustituirla⁴³.

4.3.2. La prueba de ADN como elemento de corroboración

En determinadas ocasiones, cuando el testimonio prestado por la víctima, sea por la razón o circunstancia que sea, no pueda considerarse suficiente como prueba de cargo, el Tribunal deberá exigir para enervar la presunción de inocencia algún elemento de corroboración que ratifique el testimonio de la víctima, pues en caso contrario se vulneraría el derecho a la presunción de inocencia.

Antes, por su papel fundamental en un gran número de casos, hemos tratado la figura del testigo de referencia y su testimonio, que, como se ha dicho, es un elemento de corroboración apto para enervar la estudiada presunción. En otras ocasiones, ante la ausencia de un testigo de referencia, resultan hábiles para enervar la presunción de inocencia informes como los realizados por médicos forenses, psicólogos, pruebas de análisis de restos corporales o ADN de las que se deduzca una clara relación entre los resultados aparecidos y lo relatado por la víctima.

⁴¹ STC 146/2003 de 14 de julio, FJ 6º.

⁴² SSTC 217/1989 de 21 de diciembre, FJ 4º; 97/1999 de 31 de mayo, FJ 6º; 209/2001 de 22 de octubre, FJ 17º.

⁴³ STC 57/2013 de 11 de marzo, FJ 6º.

Respecto a la prueba de ADN, a esta se le concede una gran virtualidad a la hora de acreditar determinadas circunstancias que tengan relación con la comisión del hecho punible, más allá de la declaración de la víctima y del testimonio de terceras personas.

Estas diligencias de investigación están reconocidas en el art. 363 LECrim, que establece que *“Siempre que concurran acreditadas razones que lo justifiquen, el Juez de Instrucción podrá acordar, en resolución motivada, la obtención de muestras biológicas del sospechoso que resulten imprescindibles para la determinación de su perfil de ADN. A tal fin, podrá decidir la práctica de aquellos actos de inspección, reconocimiento o intervención corporal que resulten adecuados a los principios de proporcionalidad y razonabilidad”*.

Hoy en día este medio de prueba goza de un gran reconocimiento y aceptación internacional, sin que su admisión en el proceso afecte al derecho de defensa y a la presunción de inocencia del imputado, pues se trata de una mínima intervención corporal, tal como la extracción de una muestra de cabellos, sangre o saliva; y que puede resultar favorable tanto a la defensa como a la acusación. No obstante, para la práctica de estas intervenciones corporales se exige que si son realizadas sobre la víctima sean con su consentimiento, y si son realizadas sobre el presunto agresor sean realizadas bien con su consentimiento o bien con la correspondiente autorización judicial.

Respecto a la fiabilidad de estas diligencias, para que estas sean consideradas fiables deben tenerse en cuenta una serie de garantías referidas fundamentalmente a la observancia de la denominada *“cadena de custodia”*, que debe quedar reflejada a través de diligencias de remisión y de copias de oficios en la documentación del sumario. Así, para desvirtuar el resultado de estas intervenciones es frecuente en la práctica que se cuestione la vulneración de la cadena de custodia. Los pasos a seguir en dicha cadena para que esta no sea infringida son:

- 1) Recogida de muestras, identificación y citación de las partes personadas si existen. Tras esto se levanta acta por el Secretario Judicial, que debe ir firmada por el Juez y las demás personas presentes.
- 2) Envío de las muestras obtenidas al laboratorio de análisis, debiendo acompañarles un oficio con expresión de las muestras enviadas, que debe ser comprobado antes de firmar el acuse de recibo para que haya identidad entre la muestra enviada y la que se recibe.
- 3) Recibidas las muestras en el laboratorio, debe realizarse un informe donde consten las muestras recibidas y que serán sometidas a examen, para que quede constancia documental de todas ellas.
- 4) Reconocimiento y análisis de las muestras recibidas.
- 5) Elaboración de un dictamen donde se plasmen los resultados obtenidos, que servirá de punto de referencia esencial para la valoración de los resultados obtenidos y plasmados en él.

Si estos pasos han sido seguidos correctamente cabe pensar pocas posibilidades o situaciones en las que resulte conveniente realizar una segunda prueba para su contraste. No obstante, si estas situaciones, tales como casos de contaminación biológica o química, se dan o la defensa del acusado lo solicita no debe haber ningún obstáculo para su realización, si bien cabe la posibilidad de proceder a su contradicción en la fase sumarial y, posteriormente, en la fase de juicio oral.

5. CONCLUSIONES

A lo largo de este estudio hemos observado cómo opera la presunción de inocencia en los llamados delitos sexuales, habiendo analizado previamente su origen y su regulación en nuestro sistema jurídico actual. De todo lo dicho, podemos apuntar que el derecho a la presunción de inocencia es un derecho que asiste todo imputado acusado de la comisión, en este caso, de delitos sexuales. Además de ser un derecho que asiste a todo imputado, es un principio que informa nuestro sistema jurídico, y que se ve plasmado en nuestra Carta Magna, concretamente en el art. 24.2.

Dicha plasmación constitucional y su encuadre dentro de los llamados “*derechos fundamentales*” implica que cabe la posibilidad de defender su vulneración en vía de amparo. No obstante, requiere previamente que su vulneración haya sido denunciada, si hubo oportunidad para ello; que se haya agotado la vía judicial procedente y que la vulneración del derecho a la presunción de inocencia sea imputable de modo inmediato y directo a una acción u omisión del órgano judicial con independencia de los hechos que dieron lugar al proceso en que aquellas se produjeron. Dicho esto, vemos como la posibilidad de invocar en amparo la vulneración de este derecho constituye una garantía para el imputado para, de este modo, hacer valer su derecho a la tutela judicial efectiva. Sin embargo, esta garantía del acusado debe ser ponderada con los intereses de la víctima y su dignidad.

En los delitos sexuales, por lo que respecta a la declaración de la víctima podemos concluir que esta puede ser tenida como prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia aun cuando sea la única prueba disponible, según ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional, pero debe ser valorada con cautela, pues se trata de un testigo que, de alguna forma está implicado en la cuestión y su testimonio es la noticia del delito, y con base a su versión de los hechos sostiene una pretensión punitiva.

Por lo que respecta al testigo de referencia en dichos delitos, hemos visto que su figura es aceptada tanto por el Tribunal Supremo como por el Tribunal Constitucional, sin embargo, su testimonio debe complementarse con otras pruebas adicionales para tener por probada la culpabilidad del imputado. Así, se exige una puesta en relación entre el testimonio de la víctima y lo relatado por el testigo de referencia; puesta en relación de la que no pueden deducirse contradicciones, ya que en caso de concurrir esas contradicciones el testimonio del testigo de referencia no podrá ser tenido en cuenta y, por tanto, no será apto para enervar la presunción de inocencia de la que parte todo imputado.

En relación a las pruebas de ADN hemos observado como hoy en día este medio de prueba goza de gran reconocimiento y aceptación internacional, sin que su admisión en el proceso afecte al derecho de defensa y a la presunción de inocencia del imputado, pues se trata de una mínima intervención corporal, tal como la extracción de una muestra de cabellos, sangre o saliva; de resultado incierto y que tanto puede resultar favorable tanto a la defensa como a la acusación. Intervenciones para las que, no obstante, en el caso de la víctima se exige su autorización para la práctica, y en el caso del presunto agresor, su autorización o una autorización judicial si se niega a autorizarlas.

Por lo que se refiere a la presencia de menores o incapaces víctimas de estos delitos en el acto del juicio oral, hemos podido observar que la forma natural de contradecir las manifestaciones inculpativas realizadas contra un acusado es el interrogatorio personal del testigo practicado en el acto del juicio oral, sin embargo, esta regla admite excepciones para la modulación de las garantías

de contradicción y defensa del acusado que afirma su inocencia, y una de ellas es cuando las víctimas son menores de edad o incapaces por delitos contra la libertad sexual. Las razones que fundan esta excepción son la menor edad de la víctima, la indemnidad del incapaz, además de la naturaleza del delito investigado. En este sentido, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional⁴⁴ ha señalado que *“en tales casos excepcionales es posible modular la forma de prestar declaración e incluso dar valor probatorio al contenido incriminatorio de manifestaciones prestadas fuera del juicio oral siempre que se garantice suficientemente el derecho de defensa del acusado”*.

Otras veces, se ha pretendido impugnar mediante recurso de amparo la valoración de un determinado medio de prueba realizada por el tribunal de instancia, sin embargo, el Tribunal Constitucional ha manifestado en reiterada jurisprudencia que dicha cuestión no forma parte del contenido del derecho a la presunción de inocencia evaluable por él en el proceso de amparo, pues este proceso no tiene competencia para la valoración de la actividad probatoria practicada en un proceso penal y para la evaluación de dicha valoración conforme a criterios de calidad o de oportunidad. Así, podemos concluir que, debido a los límites y configuración del proceso constitucional de amparo, lejos de la función de volver a valorar la prueba y de cotejar sus conclusiones con las alcanzadas por los órganos judiciales, su misión se limita a supervisar externamente la razonabilidad del discurso que une la actividad probatoria y el relato fáctico resultante. De este modo, sólo se podrá constatar y declarar la vulneración del derecho fundamental a la presunción de inocencia por vía de amparo cuando no exista una actividad probatoria de cargo constitucionalmente válida, de la que, de modo no arbitrario, pueda inferirse su culpabilidad⁴⁵.

Sobre el control en casación de la existencia o no de prueba de cargo en los delitos sexuales, el Tribunal Supremo⁴⁶ ha dicho que corresponde al Tribunal de Casación comprobar la existencia de prueba de cargo, que esta sea objetivamente lícita y practicada conforme a los requisitos legales condicionantes de su validez procesal y bajo los principios de contradicción e inmediación y, finalmente, que tenga suficiente contenido incriminatorio como prueba de cargo. No alcanza en cambio a la posibilidad de hacer una nueva valoración de la prueba, que es facultad exclusiva y excluyente del tribunal de instancia.

Así, la vulneración del derecho a la presunción de inocencia deberá desestimarse si se constata la existencia en el proceso de una prueba de cargo capaz de fundamentar un pronunciamiento de condena. La ponderación del resultado probatorio obtenido, valorándolo y sopesando la credibilidad de las distintas pruebas contradictorias, corresponde únicamente al Tribunal que presenció la prueba de cargo, a través del correspondiente juicio valorativo, del que en casación sólo cabe revisar su estructura racional, en lo que atañe a la observancia en él por parte del Tribunal de instancia de las reglas de la lógica, principios de experiencia o los conocimientos científicos. Fuera de esta racionalidad del juicio valorativo son ajenos al objeto de la casación los aspectos del mismo que dependen substancialmente de la inmediación, es decir, de la percepción directa de las declaraciones prestadas ante el Tribunal.

⁴⁴ SSTC 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3º; 153/1997, de 29 de septiembre, FJ 5º; 12/2002, de 28 de enero, FJ 4º; 195/2002, de 28 de octubre, FJ 2º; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3º; y 1/2006, de 16 de enero, FJ 3º y 4º.

⁴⁵ STC 31/1981, de 28 de julio, FJ 3º.

⁴⁶ SSTS 440/2011 de 25 de mayo, FJ 9º, 347/2009 de 23 de marzo, FJ 2º.

En definitiva, el ámbito del control casacional en relación a la presunción de inocencia se centra en verificar si la motivación fáctica alcanza el estándar exigible y si la decisión alcanzada por el Tribunal sentenciador es lógica, coherente y razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos, aunque puedan existir otras conclusiones pues no se trata de comparar conclusiones sino de si la decisión escogida por el Tribunal sentenciador es capaz de soportar y mantener la condena⁴⁷.

⁴⁷ STS 1373/2009 de 28 de diciembre, FJ 2º

6. BIBLIOGRAFÍA

ASENCIO MELLADO, J. M^a “*Cien años de Derecho Procesal en España*”, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2000.

BONESANA, C. Marqués de Beccaria “*De los delitos y las penas*”, 1764.

CAAMAÑO, F., “*La garantía constitucional de la inocencia*”, Ed. Tiran lo Blanch, 2003.

ETXEBERRIA GURIDI, J. F., *Los análisis de ADN y su aplicación al proceso penal*, Ed. Comares, Granada 2000.

FERNANDEZ LOPEZ, M., *Prueba y presunción de inocencia*, Ed. Iustel, Madrid 2005.

FERRAJOLI, L. “*Teoría del Garantismo Penal*”, Ed. Trotta, Madrid, 1995 y “*Derecho y razón*”, Ed. Trotta, Madrid, 2001.

GAROFOLI, V. “*Presunzione di innocenza e considerazione di non colpevolezza. La fungibilità delle due formulazioni*”, en *Revista Italiana di Diritto e Procedura Penale*, 1998, vol. II.

GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, “*Proporcionalidad y derechos fundamentales en el proceso penal*”, Ed. Colex, Madrid, 1990.

MUÑOZ CONDE, F. “*Derecho Penal: Parte Especial*” 18^a Edición. Ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2010.

PASTOR ALCOY, F. “*Prueba de indicios, credibilidad del acusado y presunción de inocencia*”. Ed. Tiran Lo Blanch, Valencia, 2003.

REDONDO HERMIDA, A. “*La presunción de inocencia frente al testimonio de la víctima*”, Monografía, 2003.

TOMÁS Y VALIENTE, F. “*In dubio pro reo*”, libre apreciación de la prueba y presunción de inocencia” en *Revista Española de Derecho Constitucional* N° 20, 1987.

VÁZQUEZ SOTELO, J.L., “*La presunción de inocencia*”, en “*Los principios del proceso penal y la presunción constitucional de inocencia*”, n° V, Cuadernos de Derecho Judicial, Consejo General del Poder Judicial, Madrid,.

VEGAS TORRES, J., “*Presunción de inocencia y prueba en el proceso penal*”, Ed. La Ley, Madrid, 1993.