

GÉNERO Y  
DERECHO PENAL



I N S T I T U T O   P A C Í F I C O

# GÉNERO Y DERECHO PENAL

## Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne

Elvira Álvarez Olazabal • Karen Anaya • Gustavo A. Arocena  
• Daniel Andrés Benavides Ortiz • Coline Cardi • Ana Isabel Cerezo  
Domínguez • Liliana Rocío Chaparro Moreno • Julieta Di Corleto  
• Joseph Dupuit • Hans Fernández Obregón • Olga Fuentes  
Soriano • José Hurtado Pozo • Patricia Laurenzo Copello •  
Julissa Mantilla Falcón • Elena Martínez García • Luis Navas  
Taylor • Lirka Otsuka • María L. Piqué • Diana Carolina  
Portal Farfán • Beatriz Ramírez Huaroto • Luz Cynthia  
Silva Ticllacuri • Joan W. Scott

**JOSÉ HURTADO POZO**

Director

**LUZ CYNTHIA SILVA TICLLACURI**

Coordinadora



**BIBLIOTECA NACIONAL DEL PERÚ**

**Centro Bibliográfico Nacional**

346.34

G

Género y derecho penal: homenaje al Prof. Wolfgang Schöne / Elvira Álvarez Olazabal, Karen Anaya, Gustavo A. Arocena... [et al.]; director, José Hurtado Pozo; coordinadora, Luz Cynthia Silva Ticllacuri.-- 1a ed.-- Lima: Instituto Pacífico, 2017 (Lima: Pacífico Editores).

591 p.; 25 cm.

Bibliografía: p. 531-591.

D.L. 2016-16667

ISBN 978-612-4328-58-9

1. Schöne, Wolfgang - Aniversarios, etc. 2. Derechos de la mujer - Aspectos legales 3. Mujeres maltratadas - Aspectos legales 4. Mujeres - Crímenes contra 5. Delitos sexuales - Aspectos legales 6. Derechos de los homosexuales 7. Derecho comparado I. Álvarez Olazabal, Elvira, 1959- II. Anaya Cortez, Karen, 1992- III. Arocena, Gustavo A. IV. Hurtado Pozo, José, 1942-, director V. Silva Ticllacuri, Cynthia, 1985-, coordinadora VI. Instituto Pacífico (Lima

**BNP: 2016-1899**

## **GÉNERO Y DERECHO PENAL**

### **Homenaje al Prof. Wolfgang Schöne**

**Autor:**

© José Hurtado Pozo, 2017

**Director:**

© José Hurtado Pozo, 2017

**Coordinadora:**

© Luz Cynthia Silva Ticllacuri, 2017

Primera edición Enero 2017

**Copyright 2017**

Instituto Pacífico S.A.C.

**Diseño, diagramación y montaje:**

Luis Ruiz Martínez

**Edición a cargo de:**

Instituto Pacífico S.A.C.-2017

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 332-5766

E-mail: [prerensa@aempresarial.com](mailto:prerensa@aempresarial.com)

Tiraje: 2000 ejemplares

**Registro de Proyecto Editorial:** 31501051601382

**ISBN:** 978-612-4328-58-9

**Hecho el Depósito Legal en la**

**Biblioteca Nacional del Perú N.º:** 2016-16667

**Impresión a cargo de:**

Pacífico Editores S.A.C.

Jr. Castrovirreyna N.º 224-Breña

Central: 330-3642

Derechos Reservados conforme a la Ley de Derecho de Autor.

Queda terminantemente prohibida la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, químico, óptico, incluyendo el sistema de fotocopiado, sin autorización escrita del autor e Instituto Pacífico S.A.C., quedando protegidos los derechos de propiedad intelectual y de autoría por la legislación peruana.

**LA PRUEBA DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO  
CUESTIONES PROCESALES FUNDAMENTALES  
Y NUEVAS TECNOLOGÍAS\***

**Olga Fuentes Soriano**

**Sumario:** **I.** Introducción. **II.** La declaración de la víctima **III.** La exención de la obligación de declarar para víctimas de violencia de género. **IV.** Problemas probatorios de la violencia de género a través de las nuevas tecnologías. **A.** Comunicación instantánea bidireccional o multidireccional. La aportación de “pantallazos”. **B.** La comunicación a través de foros públicos. Pseudónimos y falsa identidad.

## **I. INTRODUCCIÓN**

Lejos de considerar una manifestación de frialdad comenzar una reflexión jurídica sobre la base de algunos datos estadísticos, entiendo que la plasmación de los mismos muestra la magnitud de un problema necesitado urgentemente de soluciones. Especialmente, porque cada uno de los números que conforman las sumas que a continuación se reflejan esconde el drama de una persona y de una familia a las que la falta de una respuesta eficaz por parte del ordenamiento jurídico está dejando en situación de total desprotección.

Si nos atenemos a las cifras oficiales facilitadas por el Gobierno a partir de los datos recabados de los juzgados y tribunales por el CGPJ,

---

\* Este artículo se inscribe dentro del Proyecto de Investigación “Derechos fundamentales vs. seguridad en un nuevo modelo de justicia penal” (DER 2013-47584-R), del Ministerio de Economía y competitividad de España.

durante el año 2015 en España se interpusieron 129,193 denuncias sobre hechos delictivos relacionados con la violencia de género<sup>1</sup>. Resulta difícilmente tolerable y en cualquier caso, en modo alguno compatible con la dignidad de un Estado de Derecho, que en un país supuestamente civilizado se interponga una media de 353 denuncias al día sobre un mismo tipo de delincuencia.

Estoy convencida, sin embargo, de que a la erradicación de la violencia de género no se va a llegar por vía judicial, ni desde luego, por vía penal (o no, exclusivamente, por estas vías); entre otros factores porque al derecho penal como *ultima ratio*, se acudirá cuando todos los filtros previos hayan fallado y con espíritu esencialmente sancionador. Si se llega a la aplicación de la norma penal es porque el daño ya está hecho y el delito cometido. La manifestación de estas realidades evidencia con claridad —en mi opinión— que, en todo caso, la solución frente a la violencia de género habrá de llegar, esencialmente, por vía educacional. Pero, siendo ello cierto, qué duda cabe que la correcta y justa aplicabilidad del sistema sancionatorio contribuirá en el avance en este camino. No solo es necesario tipificar las conductas delictivas y fijar las penas en que incurrirá quien cometa el delito —fase esta que en España podemos considerar adecuadamente superada, con unas penas expresamente tenidas por proporcionales a juicio del TC<sup>2</sup>—, sino que será necesario también favorecer un sistema probatorio que se adapte a las peculiares características de este tipo de violencia a fin de que esas penas se puedan aplicar y no se generen, como está sucediendo en la actualidad, enormes bolsas de impunidad con la consiguiente desprotección para las víctimas.

A finales del año 2016, el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ, sobre la base de un muestreo elaborado a partir de 500 sentencias dictadas por las Audiencias Provinciales españolas —entre enero de 2012 y diciembre de 2014—<sup>3</sup>, ha podido extraer importantes conclusiones, sumamente ilustrativas, sobre algunos de los problemas que giran en torno a los procesos seguidos por violencia de género. De entre ellos, especial atención merecen los problemas probatorios que se originan

---

1 Estos datos pueden consultarse en el portal de estadísticas del Observatorio estatal contra la Violencia de género, dependiente del Ministerio de Sanidad, Asuntos sociales e igualdad. Recuperado de <<http://bit.ly/2fD75GO>>.

2 STC N.º 80/2008.

3 Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género por las Audiencias provinciales, 2016. Recuperado de <<http://bit.ly/2eM81HG>>.

en este tipo de procesos y que, en ocasiones, derivan en una indebida impunidad, por impedir la persecución delictiva o favorecer que quede esta a voluntad de las partes, pese a tratarse de delitos de carácter público.

De esta manera, se han podido centrar los motivos fundamentales en los que se basan las sentencias absolutorias analizadas en torno a los siguientes<sup>4</sup>:

- a) Que la víctima se acoja a la dispensa de no declarar del artículo 416 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal<sup>5</sup>;
- b) Que se otorgue prioridad al silencio de la víctima en el juicio oral sobre la denuncia inicial<sup>6</sup>;
- c) Que la víctima se retracte en el juicio oral respecto de la anterior denuncia<sup>7</sup>;
- d) Que conste solo la declaración inculpativa de la víctima, sin corroboraciones periféricas<sup>8</sup>;
- e) Que se dé una falta absoluta de pruebas<sup>9</sup>; y
- f) Que no se tenga en cuenta la declaración de la víctima cuando es única prueba de cargo por considerar la existencia de móviles espurios en la declaración<sup>10</sup>.

A la vista de todos estos datos, resulta fácil concluir que los principales problemas probatorios que va a encontrar la violencia de género y que redundarán, además, en un favorecimiento de la impunidad del agresor por el juego probatorio, necesario e imprescindible, que impone la vigencia del derecho a la presunción de inocencia serán básicamente dos: por un lado, el escaso material probatorio con que, de ordinario, se va a contar en la práctica totalidad de procesos —reducido en muchos supuestos a la declaración de la víctima como única prueba de cargo—; y, por otro, los frecuentes cambios de declaración de las víctimas que determinarán, en muchos casos, la anulación de su valor probatorio. Este

---

4 Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género por las Audiencias provinciales, 2016, p. 38.

5 20 sentencias que constituyen un 11 % de las sentencias analizadas.

6 5 sentencias o lo que es lo mismo, un 2,7 % de las sentencias analizadas.

7 10 sentencias, esto es, un 5,5 % de las sentencias analizadas.

8 73 sentencias que constituyen un 40,1 % de las sentencias objeto de análisis.

9 43 sentencias o lo que es igual, el 23,6 % de las sentencias estudiadas.

10 14 sentencias, un 7,7 % de las sentencias analizadas

último escollo resulta, sin duda, potenciado por la posibilidad reconocida en el ordenamiento jurídico español de que la víctima pueda acogerse a la exención de la obligación de declarar que se brinda a familiares y parientes del presunto autor de los hechos delictivos ex art. 416 LECrim. Al estudio de estos dos problemas fundamentales se dedicarán los epígrafes siguientes para abordar, en la última parte del trabajo, el novedoso problema que se presenta por la utilización de las formas telemáticas de comunicación como mecanismo para la comisión de actos de violencia de género.

## II. LA DECLARACIÓN DE LA VÍCTIMA COMO ÚNICA PRUEBA DE CARGO

Que la declaración de la víctima puede ser admitida como única prueba de cargo apta, por tanto, para enervar la presunción de inocencia que pesa sobre el acusado es una máxima comúnmente admitida por la jurisprudencia española desde hace décadas, si bien siempre bajo la concurrencia de determinadas circunstancias que la dotarán de solvencia y verosimilitud.

Debe tenerse presente, en este contexto, que la víctima no deja de ser un testigo especialmente relevante de lo acontecido, si bien con un estatus especial pues la posibilidad de que su declaración resulte poco objetiva es un factor que habrá que considerar siempre en el momento de su valoración. Es por ello que la jurisprudencia, totalmente consolidada en esta materia, viene exigiendo para reconocer valor probatorio a tal declaración, el cumplimiento de tres requisitos a los que suele referirse —en terminología ya acuñada— como: a) ausencia de incredibilidad subjetiva de la víctima; b) demostración de la verosimilitud del testimonio mediante la corroboración de determinados datos periféricos; y c) persistencia en la incriminación<sup>11</sup>.

---

11 En este sentido, por todas, STS (25.6.2015): “es doctrina reiterada la que tiene declarada la aptitud de la sola declaración de la víctima para provocar el decaimiento de la presunción de inocencia. (SSTS 434/99, 486/99, 862/2000, 104/2002, 2035/02 de 4 de diciembre 470/2003; SSTC 201/89, 160/90, 229/91, 64/94, 16/2000, STS nº 409/2004, de 24 de marzo entre otras), siempre que concurren ciertos requisitos -constitutivos de meros criterios y no reglas de valoración como: a) Ausencia de incredibilidad subjetiva, lo que excluye todo móvil de resentimiento, enfrentamiento o venganza. b) Verosimilitud, que se da cuando las corroboraciones periféricas abonan por la realidad del hecho. c) Persistencia y firmeza del testimonio”.

Así, “la declaración de la víctima, según ha reconocido en numerosas ocasiones la jurisprudencia de este Tribunal Supremo y la del Tribunal Constitucional puede ser prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, incluso aunque fuera la única disponible”, el primero añade a renglón seguido que “para verificar la estructura racional del proceso valorativo de la declaración testifical de la víctima, el Tribunal Supremo viene estableciendo ciertas notas o parámetros, que sin constituir cada una de ellas un requisito o exigencia necesaria para la validez del testimonio, coadyuvan a su valoración y estos parámetros consisten en el análisis del testimonio, desde la perspectiva de su credibilidad subjetiva, de su credibilidad objetiva y de la persistencia de su incriminación”<sup>12</sup>.

Conviene anotar, en todo caso, que al cumplimiento de estos tres criterios, lejos de reconocérsele un valor absoluto, se les otorga un valor relativo encaminado a orientar la posible valoración judicial que pueda hacerse de la declaración; pero en modo alguno cabe reconocerles un carácter normativo determinante del contenido de la decisión judicial. Como con claridad manifiesta el propio TS respecto de estos tres requisitos, “no pretende la Sala Segunda del Tribunal Supremo elevarlos a la categoría de exigencias cuasi normativas, de necesaria observancia de suerte que faltando alguna, el testimonio debe considerarse inveraz; y por el contrario, concurriendo todas ellas se tiene la seguridad y garantía de la sinceridad, con obligación de atenerse a tal testimonio, por estar adornado de los dichos condicionamientos. De entenderlo así, en los casos en que existiesen desavenencias graves de carácter previo entre ofensor y ofendido (que pueden actuar de móvil del delito), como frecuentemente ocurre en las separaciones matrimoniales enconadas, o en personas ostensiblemente enemistadas, sería imposible condenar al autor del delito, con el solo testimonio de la víctima, si ésta tuvo la mala suerte de que su declaración no contase o contase con pocas corroboraciones objetivas”<sup>13</sup>.

En todo caso, y como he tenido ocasión de manifestar<sup>14</sup>, la exigencia del segundo de los criterios (corroboración del testimonio mediante datos periféricos) impediría en puridad reconocer la viabilidad del testimonio de la víctima para desvirtuar la presunción de inocencia cuando es la única prueba de cargo practicada; pues, forzosamente, habrá de venir

12 STS, Sala 2.<sup>a</sup> (17.12.2013) en la que se recoge la línea jurisprudencial consolidada del Tribunal.

13 STS, Sala 2.<sup>a</sup> (5.6.2001).

14 Fuentes, 2009, pp. 124-125.

esta acompañada de la prueba de determinados indicios que corroboren su verosimilitud. Así, se exige la ineludible concurrencia de algún dato, ajeno y externo a la persona de la declarante y a sus manifestaciones que, sin necesidad de constituir por sí mismo prueba bastante para la condena, sirva al menos de ratificación objetiva a la versión de la víctima del delito<sup>15</sup>.

La importancia de este extremo se ha puesto especialmente de manifiesto en el estudio auspiciado por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ anteriormente referido, respecto de la aplicación de la LOMPIVG por las Audiencias Provinciales<sup>16</sup>. Del muestreo de sentencias analizadas se desprende que en el 40.1 % de los casos, las sentencias resultaron absolutorias:

“[P]or constar sólo la declaración inculpativa de la víctima sin corroboraciones periféricas, o lo que es lo mismo, por no venir corroborada por otros medios de prueba hábiles, resultando por tanto, insuficiente para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia. Entre los casos examinados podemos destacar los siguientes: valoración de un informe psicológico basado únicamente en las referencias de la víctima; la ausencia de una prueba objetiva que acredite la existencia de penetración en un delito de agresión sexual; la falta de testigos directos de los hechos, siendo meramente de referencia cuando la credibilidad subjetiva de la víctima se ve mermada por el contexto de conflicto entre todos los miembros de la familia en un delito de maltrato habitual; por existir contradicciones entre la declaración de la víctima y los testimonios de los testigos de cargo; porque el informe médico forense señala la ausencia de lesiones; la falta de registros telefónicos en el caso de delito de amenazas telefónicas cuando la víctima incurre en contradicciones notorias y sustanciales; la falta de prueba de que los mensajes telefónicos recibidos por la mujer fueran remitidos desde un teléfono cuya titularidad o uso perteneciera al acusado; la ausencia de pruebas objetivas que acrediten que las llamadas telefónicas, desde un teléfono diferente al del acusado y dirigidas a un teléfono diferente al de la denunciante, pero usuaria del mismo, fueran realizadas por aquél; el resultado negativo de las pruebas de ADN en un caso de delito de agresión sexual con penetración en el que se analiza meticulosamente las cambiantes declaraciones de la mujer, los testigos corroboran las declaraciones exculpativas del acusado, existiendo además unos mensajes telefónicos de la denunciante posteriores a la supuesta comisión de los hechos, afirmando que el acusado ‘no sabía de lo que ella es capaz’; existencia de informes periciales que explican que los

---

15 En este sentido, *v.gr.*, STS N.º 1033/2009.

16 Estudio sobre la aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género por las Audiencias provinciales, 2016.

sentimientos de terror o de cierta conminación que las víctimas (madre e hija) presentan pueden venir movidos, no tanto porque se hayan cometido conductas delictivas frente a ellas, sino porque se encontraban ante una persona con formas y modos generales no cuidados, ni guiados por la sensatez ni la mesura que no suponen los ilícitos objeto de la acusación; por nulidad de las pruebas biológicas practicadas al acusado con injerencia en su integridad física e intimidad personal y violación de sus derechos fundamentales, en el caso de un delito de lesiones por contagio a la mujer de los virus VIH y hepatitis C, de manera que con la sola declaración de la víctima no se acredita que su infección procediera de la misma cepa que la infección del hombre, es decir, no queda acreditada la relación de causalidad y, es más, la prueba válida apuntaría a que el contagio de la mujer se produjo siendo conocedora de la infección del acusado, lo que impedía darle credibilidad a su testimonio; porque el testigo que corrobora la versión de la víctima no es un testigo objetivo sino que tenía una contienda judicial pendiente con el acusado por hechos acaecidos de manera inmediata a los enjuiciados, existiendo una clara animadversión de la mujer hacia el acusado; por ausencia de pruebas médicas, forenses y ginecológicas que determinen que la causa de las lesiones apreciadas responden a una agresión sexual, es más, los forenses apreciaron en el plenario que se trataba de lesiones simples, compatibles con una agresión simple, no con una agresión sexual, y además no constan pruebas biológicas de ropa cuando la víctima declaró en el plenario que el acusado le rasgó la ropa interior; y en un caso de delito contra la libertad sexual, se consideró elementos que enervaban cualquier corroboración periférica, la existencia de un informe pericial emitido por la psicóloga forense indicando que la víctima no reunía las características psicológicas utilizadas clínicamente para describir a la mujer maltratada, tanto desde las perspectivas de la violencia física, como de la violencia psicológica y la violencia sexual, la actitud de dubitación manifestada ante las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad o la demostrada en orden a continuar su trabajo después de haber padecido, según su versión, la agresión denunciada, la ausencia de signo de violencia en su persona, tanto en el aspecto físico como en el ginecológico y la falta de constatación en el informe policial elaborado, de cualquier evidencia en el establecimiento donde según la versión acusatoria, se produjo la agresión, y todo ello, partiendo del hecho de que la declaración de la víctima no estaba exenta de ambigüedades y contradicciones”.

A la vista de todo lo anterior, convendría cuestionar la rotunda afirmación sobre la virtualidad de la declaración de la víctima como única prueba de cargo, para enervar la presunción de inocencia del acusado. La exigencia de la corroboración de determinados datos objetivos de carácter periférico nos deriva directamente a la prueba indiciaria; y así, aunque no se exija de esta prueba de indicios que resulte concluyente respecto

de la culpabilidad del acusado, la relevancia probatoria que se le otorga resulta innegable. Más ajustado a la verdad —aunque menos demagógico— resultaría reconocer que la mera declaración de la víctima no será, en principio, suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del acusado pues, al margen de otras consideraciones (credibilidad subjetiva y persistencia en la incriminación), va a requerir siempre de la práctica de prueba indiciaria sobre determinados datos que aún periféricos y no directamente encaminados a probar la culpabilidad del acusado la doten de una verosimilitud que, *a priori*, no se le reconoce efectos probatorios.

Que la prueba indiciaria constituya una prueba indirecta de determinados hechos no merma en modo alguno su valor como medio probatorio en el proceso. Exigir su práctica por un lado y manifestar, por otro, que la declaración de la víctima puede operar como única prueba de cargo capaz de enervar la presunción de inocencia del acusado, no pasa de ser una contradicción que si bien puede ser útil a efectos demagógicos —pues permite sostener una cierta predisposición a dar credibilidad al testimonio de la mujer maltratada—, en puridad, carece de fundamento científico y de rigor intelectual.

### III. LA EXENCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE DECLARAR PARA VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO

En lo que al objeto de este trabajo interesa, el art. 416 de la LECrim establece la posibilidad de que el cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial quede dispensado de la obligación genérica de declarar que pesa sobre los testigos en el art. 410 LECrim<sup>17</sup>. La consagración así, para víctimas de violencia de género en el entorno doméstico de una posible exención frente al común deber de declarar, ha causado no pocos problemas prácticos e interpretativos de difícil solución.

Es lo cierto que la entrada en vigor de la LO 1/2004, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia de Género (LOMPIVG) supuso la

---

17 Art. 416 LECrim: “Están dispensados de la obligación de declarar: 1. Los parientes del procesado en líneas directa ascendente y descendente, su cónyuge o persona unida por relación de hecho análoga a la matrimonial, sus hermanos consanguíneos o uterinos y los colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil, así como los parientes a que se refiere el número 3 del art. 261.

El Juez instructor advertirá al testigo que se halle comprendido en el párrafo anterior que no tiene obligación de declarar en contra del procesado; pero que puede hacer las manifestaciones que considere oportunas, y el Secretario judicial consignará la contestación que diere a esta advertencia”.

modificación de numerosos preceptos y textos legales con el fin de tratar de garantizar esa protección integral a la mujer que resultara agredida en el entorno familiar. Sin embargo, para la aplicación de todas las medidas penales y procesales penales previstas no pensó la Ley en modificación alguna de los preceptos de la LECrim que disciplinaban la materia probatoria y así, preceptos que pueden tener sentido en relación con la comisión de determinados hechos delictivos, carecen totalmente del mismo cuando —como es el caso de la aplicación a estos supuestos, del art. 416 LECrim— es el testigo, la propia víctima de los hechos que denuncia.

La aplicación de esta dispensa sin mayores matices supuso desde el inicio la fatal consecuencia de dejar sin material probatorio a un elevadísimo número supuestos generando así, por un lado, una importante bolsa de impunidad para los agresores y, por otro, una contribución innegable al fracaso de las políticas públicas tendentes a la erradicación de la violencia de género<sup>18</sup>. Piénsese que —como se ha tenido ocasión de analizar en el epígrafe anterior— por el entorno privado en el que se cometen estos delitos es lo normal contar con un reducido acervo probatorio fundamentado, frecuentemente, en la declaración de la víctima corroborada, en el mejor de los casos, por la constatación de algunos datos periféricos.

En este contexto, la disparidad con la que los tribunales comenzaron a aplicar el precepto tras la entrada en vigor de la LOMPIVG se constituyó en una permanente fuente de inseguridad jurídica. Las discusiones abarcaron desde la propia aplicabilidad del art. 416 LECrim a los supuestos de violencia de género, hasta su aplicación a los casos en los que en el momento del juicio las partes ya no eran pareja, pasando por si la víctima denunciante podía o no acogerse a tal dispensa, o si la dispensa regía para todas las fases del proceso, sólo para la instrucción o sólo para el juicio oral. Tampoco exentas de polémica han resultado cuestiones como, entre otras, si una vez acogida la víctima a la dispensa de declarar pero habiendo depuesto con anterioridad durante el proceso cabría traer sus declaraciones al plenario mediante lectura, o si podría tomarse declaración, como testigos de referencia, por ejemplo, a los policías ante los que denunció.

---

18 Sobre el tema puede verse el estudio, anteriormente citado y auspiciado por el Observatorio contra la violencia doméstica y de género del CGPJ, sobre la aplicación de la Ley Integral contra la violencia de género por las Audiencias provinciales, 2016, p. 38. Asimismo, las memorias anuales del CGPJ de estos últimos años (recuperados de <<http://bit.ly/2fz4ivu>>)

Con el fin de acotar la posible interpretación de la norma y terminar con la disparidad —cuando no contradicción— de las resoluciones judiciales que se estaban emitiendo, en el año 2013, el Tribunal Supremo, adoptó un acuerdo no jurisdiccional con el siguiente tenor literal:

“La exención de la obligación de declarar prevista en el art. 416.1 LECrim alcanza a las personas que están o han estado unidas por alguno de los vínculos a que se refiere el precepto. Se exceptúan: a) La declaración por hechos acaecidos con posterioridad a la disolución del matrimonio o cese definitivo de la situación análoga de afecto. b) Supuestos en que el testigo esté personado como acusación en el proceso”<sup>19</sup>.

Si bien es cierto que el acuerdo no está exento de problemas, con-vengo con gran parte de la doctrina en que tuvo el inicial —aunque insuficiente— acierto de establecer un criterio interpretativo homogéneo al que, pese a su carácter no vinculante, se acogieron la práctica totalidad de nuestros tribunales<sup>20</sup>. Sin embargo, son muchos los frentes que quedan abiertos. Del tenor literal del acuerdo resulta claro que la exención frente a la obligación de declarar alcanza a aquellas parejas cuyo matrimonio se haya “disuelto” o cuya situación de afecto haya cesado en el momento de declarar; pero cabe cuestionarse a estos efectos cuándo considerar “disuelto” el matrimonio o cesada la relación análoga de afectividad, especialmente en los supuestos en los que no haya convivencia. Y más allá, incluso, de las dudas que arroje la interpretación literal del acuerdo, cabe cuestionarse porqué —tratándose de delitos públicos— permitir acogerse a la dispensa de declarar a la víctima que denuncia los hechos pero no a la que se convierte en parte aunque, posteriormente, renunciara al ejercicio de la acción particular.

Esta última es la situación a la que se ha enfrentado la STS N.º 449/2015, excluyendo de la posibilidad de acogerse a la dispensa de declarar a una víctima que ejerció la acusación particular durante un año en la instrucción renunciando posteriormente al ejercicio de acciones penales y civiles y compareciendo en el plenario como testigo-víctima<sup>21</sup>.

---

19 Acuerdo del Pleno No Jurisdiccional de la Sala Segunda del Tribunal Supremo (24.4.2013).

20 Rodríguez, 2016, p. 2.

21 Según el tenor literal de la Sentencia “en la medida que la víctima, Maribel, ejerció la Acusación Particular durante un año en el período de instrucción, aunque después renunció al ejercicio de acciones penales y civiles, tal ejercicio indiscutido de la Acusación Particular contra quien fue su pareja en el momento de la ocurrencia

A juicio del Tribunal, en la medida que con anterioridad a la renuncia al ejercicio de acciones, la víctima había ejercido la acusación particular de manera “activa”, ya no resultaba obligatorio instruirle del derecho a no declarar que había que considerar definitivamente decaído<sup>22</sup>. Piénsese que, para garantizar el ejercicio del derecho a acogerse a esta exención de declarar resulta trascendental informar a la víctima de su existencia. Tal es la relevancia que se ha dado a la información de este derecho que para aquellos supuestos en los que la víctima declare sin haberse informado de la posibilidad de acogerse a esta exención, su declaración deberá ser tenida como nula y no podrá alcanzar valor ex art. 11.1 LOPJ por considerarla obtenida con vulneración de derechos fundamentales<sup>23</sup>. La información a la víctima del derecho de acogerse a la exención de no declarar debe realizarse, además, en todas las ocasiones e instancias en las que se le tome declaración<sup>24</sup>.

El reconocimiento por el TS de que a la víctima que ejerció activamente la acusación particular no hay que instruirle del derecho a acogerse a la exención de no declarar del art. 416 LECrim aunque renuncie posteriormente al ejercicio de las acciones penales y civiles por cuanto ya no le será de aplicación, aunque —en mi opinión— plenamente justificado, abre un amplio abanico de problemas interpretativos. Así, por ejemplo, habrá que determinar qué cabe entender por el ejercicio de una posición “activa” en el proceso por parte de la acusación particular (es decir, cuántas intervenciones —o cuáles, en su caso— habrán de realizarse como acusación particular a lo largo de la causa para considerar que ha tenido una posición activa) y si por tanto, será la víctima excluida de la

---

de los hechos denunciados, la convierte en persona exenta de la obligación de ser informada de su derecho a no declarar de acuerdo con el Pleno no Jurisdiccional de Sala de 24 de abril de 2013”.

22 Sobre el tema Betrán, 2015.

23 Véase el Informe sobre la aplicación de la LOMPIVG por las Audiencias Provinciales elaborado por el CGPJ en 2014, pp. 51-52.

24 Por todas, con cita de precedentes, puede verse la STS N.º 797/2010, de 5 de marzo: “En definitiva y atendiendo a la doctrina jurisprudencial expuesta se puede concluir: que las citadas advertencias deben hacerse tanto en sede policial como judicial (instrucción y plenario). El pariente del acusado que esté incluido en el art. 261 o 416 LECrim. no tiene obligación de conocer que está eximido de denunciar o declarar. Para renunciar a un derecho debe informarse que se dispone del mismo pues nadie puede renunciar a algo que desconozca. En todo caso, el hecho de hacerlo no supone una renuncia tácita a este derecho para declaraciones posteriores”.

posibilidad de acogerse a la exención de declarar siempre que haya sido parte, o tan sólo cuando ejerciera como tal de forma activa<sup>25</sup>.

Puede apreciarse, pues, como el sosiego jurisprudencial que parecía acompañar al acuerdo de 2013 del TS no pasa de ser una tranquilidad meramente aparente que va a requerir de intervenciones más contundentes si verdaderamente se tiene intención de atajar los problemas que suscita el art. 416. Y en este contexto, manifiesto sin ambages mi posición favorable a introducir una reforma en el art. 416 que impida rotundamente a la víctima, cónyuge del agresor o pareja unida a él por análoga relación de afectividad (con o sin convivencia), acogerse a la exención de declarar prevista en dicho precepto cuando hubiera interpuesto denuncia o ejercitado la acusación particular.

La justificación de esta propuesta se encuentra en el propio fundamento del precepto o, de otro modo expresado, en el bien jurídico que a través del mismo se pretende proteger. Efectivamente, el art. 416 está pensado para proteger a los familiares frente a una posible actuación del Estado que, a través del proceso, obligue a estos a dañar los lazos familiares o les ponga en una tesitura que les lleve directamente a dañar dichos lazos familiares. De no existir la dispensa del art. 416 podría acusarse al Estado de poner a determinados testigos ante la difícil elección de declarar contra un familiar o cometer, incluso, delito de desobediencia u obstrucción a la acción de la justicia. Pero como con acierto se ha sostenido, “la razón de la dispensa no radica tanto en el riesgo de que se pueda forzar a los testigos a mentir como en la existencia de unos vínculos morales que se presumen entre en los parientes definidos por la norma”<sup>26</sup>. Efectivamente es el desarrollo de una normal relación familiar y afectiva lo que la norma pretende proteger a fin de evitar que esta pueda verse perjudicada por la súbita irrupción estatal en la vida familiar. Sin embargo, cuando los vínculos morales que tejen esos lazos familiares y que el Estado pretende proteger aparecen no ya rotos, sino totalmente devastados por la actuación del agresor y la víctima acude voluntariamente a declarar los hechos, habrá que entender deslegitimada —en mi opinión— la insistencia del Estado en esa supuesta protección<sup>27</sup>.

Considero igualmente esencial introducir en el precepto una previsión específica que establezca que, para el caso de que la víctima hubiere

---

25 Betrán, 2015, p. 12.

26 Rodríguez, 2006, p. 302.

27 Argumentación que presento más desarrollada en Fuentes, 2009, p. 141 y ss.

declarado durante la fase instructora, sus declaraciones, plenamente válidas, podrán alcanzar valor probatorio cuando fueran traídas a juicio mediante su lectura a través de los mecanismos legalmente previstos (art. 730 LECrim)<sup>28</sup>. En este sentido y como complemento esencial de lo anterior, resultará fundamental que se establezca la necesidad de informar a la víctima en el momento de su primera declaración, del derecho que le asiste a acogerse a la exención de declarar contra su marido o pareja (exmarido o expareja); pero, igualmente, deberá informársele de que si lo hace —esto es, si declara—, denuncia o ejercita la acusación particular no podrá ya acogerse a dicha dispensa resultando innecesario, a partir de este momento, reiterar la información de este derecho tanto si declara, denuncia o ejerce la acusación, cuanto si se acoge a la mencionada exención<sup>29</sup>. Habrá que entender, de este modo, que la víctima que denuncia (o ejerce la acusación particular, convirtiéndose en parte) renuncia tácitamente al ejercicio de este derecho y, por tanto, no resultará necesario informarle del mismo ni en ulteriores declaraciones instructoras, ni llegado el momento de la práctica de la prueba en el acto del juicio oral.

De entenderse el art. 416 en el sentido que se propone, carecería de sentido la actual discusión en torno a la posibilidad de tomar declaración a los policías intervinientes como testigos de referencia ante el silencio de la víctima en el acto del juicio oral. Resultará evidente que no es posible obligar a la víctima a hablar si ella no quiere, pero no se observa obstáculo alguno que impida utilizar con los fines probatorios que, en su caso pueda alcanzar, la información legal y voluntariamente facilitada por ella durante el proceso. Evidentemente, el hecho de negar a la víctima que libre y espontáneamente denuncia, la posibilidad de acogerse posteriormente a la exención de declarar no puede llevar a la criminalización de

28 La forma en la que introducir dicha previsión en nuestro ordenamiento puede ser, ciertamente variada. En este sentido, ya en 2009, el magistrado D. Vicente Magro Servet propuso su incorporación en el art. 777 LECrim, como segundo párrafo añadido al número 2 del precepto con el siguiente tenor literal: “Se procederá del mismo modo cuando se trate de víctimas de violencia de género, para lo cual tendrá el valor de prueba preconstituida la declaración llevada a cabo ante el Juzgado de Violencia contra la Mujer con todas las garantías procesales y facilitándose la debida contradicción para su eficacia como prueba de cargo en el plenario”. Comparecencia como experto de D. Vicente Magro Servet, ante la subcomisión de Violencia de Género del Congreso de los Diputados, el 17 de mayo de 2009. Posición igualmente publicada por el autor en Magro, 2005, p. 8.

29 Se recoge así la tesis de fondo de la STS (Sala 2.ª, Sección 1.ª) 449/2015.

su silencio<sup>30</sup>. Descartada pues la persecución penal de la víctima silente —desterrada hoy de toda posible aplicación práctica—<sup>31</sup>, su silencio no puede suponer la frustración de aquellos instrumentos legales que permitan velar por el éxito del proceso. La apelación a que el art. 416 LECrim reconoce un derecho constitucional de configuración legal que entronca con el art. 24.2 CE y que obliga, por tanto, a respetar hasta sus últimas consecuencias la voluntad del testigo de no declarar contra su pariente<sup>32</sup>, debe considerarse decaída en los supuestos de violencia de género en el entorno doméstico, desde un correcto entendimiento del art. 416 en atención —como se ha visto— al bien jurídico que el precepto trata de proteger. Así, si la víctima voluntariamente denuncia o declara que ha sufrido unas determinadas agresiones, constitutivas —a mayor abundamiento— de un delito de carácter público y, posteriormente, decide no declarar sobre ello, no se aprecia qué interés se protegería obligando al Estado a cerrar los ojos, taparse los oídos y borrar de su memoria la narración de esos hechos delictivos espontáneamente emitida durante la fase instructora<sup>33</sup>. Si voluntariamente la víctima denunció, declaró o se personó como parte acusadora y, posteriormente se niega a declarar, no se alcanza a determinar cuál es el derecho fundamental que se le vulneraría de traer al plenario por las vías legalmente previstas y con fines probatorios la versión de los hechos que libre y espontáneamente emitió. Negar tal

---

30 En el mismo sentido Larrauri, 2005, p. 9.

31 En el año 2001 el CGPJ (“Informe sobre la violencia doméstica”, Actualidad penal, n.º 16, 16 al 22 de abril) daba cuenta de la recomendación efectuada por los fiscales encargados del servicio de violencia doméstica de acudir al art. 420 LECrim a fin de imponer una multa a la testigo que no acudiera al primer llamamiento y procesarla penalmente en caso de que persistiera en su actitud. Junto a esta se pusieron igualmente en práctica actuaciones de presión frente a la mujer citándola, por ejemplo, a declarar bajo apercibimiento de incurrir en el delito del art. 463 (obstrucción a la justicia), o advirtiéndole de que el cambio de su declaración en el acto del juicio oral podría suponer la comisión de los delitos del art. 456 (acusación y denuncia falsa) o 458 (falso testimonio). Sobre el tema, *vid.* Larrauri, 2005, p. 9.

32 Rodríguez, 2006, p. 302.

33 La ratificación del carácter público de estos delitos —tan cuestionada *de facto* desde diversas instancias— puede considerarse tácitamente expresada por el Estado al mantenerlos fuera del listado ampliado de delitos semipúblicos y privados que la reforma de 2015 ha operado en el panorama penal español. Así, véase la conversión en privados o semipúblicos de determinados delitos leves llevada a cabo por la LO 1/2015, 30 de marzo, por la que se modifica la LO 10/1995, de 23 de noviembre, del CP.

posibilidad, además de suponer la legitimación de una actuación de la víctima contra sus propios actos, supone añadir cortapisas injustificadas a la ya difícil tarea de probar unos hechos ocurridos en un entorno muy reducido y por tanto poco evidentes, pero constitutivos de un delito público que el Estado tiene la obligación de atender.

Desde diversos sectores doctrinales se analiza y justifica la necesidad de priorizar la voluntad de víctima frente a la defensa del interés público a la hora de interpretar el tipo de protección que ha de otorgársele por parte del Estado<sup>34</sup>; igualmente se reconoce y justifica una importante dosis de paternalismo estatal en la regulación e interpretación de los delitos y la normativa sobre violencia de género<sup>35</sup>. En mi opinión, hay ciertos matices que tales posiciones no acaban de tener en cuenta y que son los que justifican mi discrepancia pues, en puridad, estamos ante reflejos de un histórico mal entendimiento de este problema que no se acaba de superar ni de clarificar, en el que la violencia de género sigue siendo vista, en el fondo, como un delito de carácter privado que justifica una muy limitada actuación estatal.

Conviene alertar, pues, de los efectos negativos que genera la creciente tendencia a interpretar restrictivamente la posible utilización con fines probatorios de la información, lícitamente obtenida, obrante en la causa<sup>36</sup>. De esta manera, que la declaración de la víctima pueda convertirse en prueba de cargo suficiente para enervar por sí sola la presunción de inocencia del acusado, en modo alguno supone admitir que la declaración de la víctima se convierta en prueba de cargo necesaria para enervar tal presunción de inocencia; pues pueden ser muchas otras fuentes de prueba —de carácter directo o indiciario— las que permitan sustentar un eventual pronunciamiento condenatorio aunque no se cuente con dicha declaración. Esta es la situación a la que —con cuestionable acierto— se enfrentó la SAP de Alicante 283/2013. A la vista de las actuaciones, ante el silencio de la víctima quedaba como eventual prueba la documental médica, los informes

34 Sobre el tema Larrauri, 2001, pp. 7-12.

35 Ortiz, 2016.

36 Paradigma de esta interpretación restrictiva es la STS (Sala 2ª) 703/2014, de 29 de octubre. En ella se reconoce la imposibilidad de dar lectura a las declaraciones sumariales de la víctima que en el acto del juicio se acoge a la dispensa del art. 416 LECrim (posibilidad que, sin embargo, sí se reconoce cuando se asiste a un cambio de declaración), así como la imposibilidad de que la eventual declaración inculpatoria de los testigos de referencia constituya prueba de cargo suficiente para fundamentar la condena.

periciales relativos a las lesiones, el informe psicológico de la mujer y la testifical de los Agentes de Policía; descartados por el Tribunal los testimonios de referencia por considerar que al no corroborar al testigo, no podían utilizarse contra el reo, se absolvió por falta de pruebas entendiendo que no cabe utilizar la prueba indirecta en ausencia de otra directa a la que corroborar. Sin embargo, resulta esencial comprender —en mi opinión— que no cabe confundir la exigencia jurisprudencial de corroborar la declaración de la víctima con la prueba de determinados indicios que la doten de verosimilitud, con la imposibilidad de utilizar la prueba indiciaria como medio probatorio totalmente apto para enervar la presunción de inocencia del acusado en ausencia de la declaración incriminatoria de la víctima. Una interpretación en este sentido supondría reconocer a la declaración de la víctima un valor tasado que en principio le es ajeno, además de dejar totalmente en sus manos la posible absolución del acusado que pasaría a depender, única y exclusivamente, de su silencio.

#### **IV. PROBLEMAS PROBATORIOS DE LA VIOLENCIA DE GÉNERO ATRAVÉS DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS**

A los problemas probatorios hasta el momento analizados, hay que sumar el hecho incuestionable de que los nuevos cauces de comunicación y, en especial, la comunicación a través de internet han traído consigo, también, nuevas formas de prueba judicial. De esta manera, el uso de las redes sociales para expresar públicamente todo tipo de pensamientos, opiniones, mensajes, en suma, que afectan a terceros, genera nuevas formas de comunicación a las que el derecho no puede ser ajeno en tanto en cuanto dan muestra —o pueden darla— de determinadas actitudes que, de encajar en el supuesto hecho de una concreta norma penal, resultarían constitutivas de delito.

Cierto es que el derecho va siempre por detrás de la realidad y las necesidades sociales; y que primero surge el uso social y luego la regulación del mismo y de sus consecuencias. Pero, al día de hoy, resulta totalmente incuestionable que la comunicación efectuada a través de internet tiene que poder alcanzar valor probatorio en el proceso, en tanto en cuanto, lo tiene en la realidad social pues, como se ha manifestado, *de facto*, esa comunicación da muestra de determinadas actitudes que, de ser delictivas, no pueden quedar impunes.

El problema, sin embargo, reside en poder concretar cuál es ese valor probatorio que cabe dar a la comunicación realizada a través de internet.

La actual situación de indefinición que atravesamos respecto del valor probatorio de la comunicación electrónica deriva de dos factores esenciales: uno, la novedad del problema —a lo que cabe sumar la inevitable circunstancia de que los tiempos en el derecho transcurren con mayor lentitud que en la realidad social, de forma tal que los avances sociales y los jurídicos, suelen ir desacompasados—; y otro, que el vertiginoso avance tecnológico a que asistimos supone la continua aparición de plataformas de comunicación con especificidades y peculiaridades propias que, jurídicamente, van a condicionar o imposibilitar la emisión de respuestas globales sobre gran parte de las cuestiones probatorias que se suscitan.

Para analizar, pues, el valor probatorio que pueden alcanzar las comunicaciones electrónicas, deberemos precisar con antelación qué entendemos por comunicación electrónica y cómo aportamos válidamente al proceso la información que cabe extraer de dicho acto comunicador. Todo ello nos conducirá, derechamente, al análisis de dos cuestiones fundamentales en el contexto de estudio en el que nos encontramos: qué deben aportar las partes al proceso y qué debe —o puede— el juez valorar.

Resulta imprescindible matizar, como punto de partida, que todas las comunicaciones a que se hace referencia podrán quedar englobadas en lo que comúnmente denominamos “comunicaciones electrónicas”<sup>37</sup>, pues todas ellas se desarrollan o se materializan a través de internet; sin embargo, bajo esa denominación encuentran referencia mecanismos comunicadores muy diferentes y que presentarán, en consecuencia, peculiaridades probatorias a las que habrá que atender. En todo caso, también hay que tener presente que las propias características de cada sistema comunicador, plataforma de comunicación, aplicación o mecanismo, en suma, de intercambio de información personal hace que su uso se vaya especializando en formas concretas de relación interpersonal. Así, si bien es cierto que, por ejemplo, el correo electrónico está quedando como forma habitual de comunicación en relaciones comerciales o empresariales, mecanismos más ágiles como *whatsapp* o incluso *instagram*, en lo que a representaciones gráficas respecta, se utilizan para relaciones de carácter

---

37 Podrá considerarse comunicación electrónica la transmisión de documentos electrónicos a través de internet. Y, según el art. 3.5 de la Ley 59/2003, de 19 de diciembre, de firma electrónica “se considera documento electrónico la información de cualquier naturaleza en forma electrónica, archivada en un soporte electrónico según un formato determinado y susceptible de identificación y tratamiento diferenciado”.

personal erigiéndose así, por tanto, en mecanismos especialmente idóneos para perpetrar agresiones en el seno de la pareja o expareja que son las que en este estudio, en mayor medida interesan.

En el ámbito de las relaciones interpersonales de carácter privado (no comercial) y por añadidura, en el ámbito de la pareja, veremos cómo las principales agresiones se perpetran a través de mecanismos de comunicación fácilmente practicables mediante la tecnología que brindan los *smartphone*. En este sentido, ha tenido ocasión de advertir el TC español que:

“[L]a versatilidad tecnológica que han alcanzado los teléfonos móviles convierte a estos terminales en herramientas indispensables en la vida cotidiana con múltiples funciones, tanto de recopilación y almacenamiento de datos como de comunicación con terceros (llamadas de voz, grabación de voz, mensajes de texto, acceso a internet y comunicación con terceros a través de internet, archivos con fotos, videos, etc.) susceptibles, según los diferentes supuestos a considerar en cada caso, de afectar no sólo al derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE), sino también a los derechos al honor a la intimidad personal y a la propia imagen (art. 18.1 CE), e incluso al derecho a la protección de datos personales (art. 18.4 CE)”<sup>38</sup>.

Así, independientemente del mecanismo o sistema de comunicación utilizado es lo cierto que realizado el proceso comunicador (sea por *whatsapp*, *twitter*, *tuenti* —hasta hace pocos meses—, correo electrónico, etc.) este puede haber sido utilizado con fines intimidatorios, insultantes, injuriosos o agresivos exteriorizando conductas susceptibles de la comisión de algún hecho delictivo. Y a la exteriorización de tales actitudes, presuntamente delictivas, habrá que darles acceso al proceso a fin de ver si pueden tener valor probatorio y, en tal caso, qué valor probatorio podrán alcanzar.

Para ello, resultará imprescindible traer al ámbito de la tecnología digital la clásica distinción entre fuentes y medios de prueba<sup>39</sup> a fin de clarificar o matizar que si bien la fuente de prueba vendrá constituida por esa precisa información, ajena al proceso, que se transmite por estos medios electrónicos, el medio de prueba será el mecanismo —instrumento o procedimiento— específicamente arbitrado por el ordenamiento para introducir válidamente dicha información en el proceso.

---

38 STC N.º 115/2013.

39 Carnelutti, 1982, p. 70 y ss.

Sirva como ejemplo de lo anterior el mensaje de *whatsapp* que recibe una señora en el que su marido le dice, “te juro que si me dejas, te mato”. Este mensaje en sí mismo —la transmisión de esta información— constituye una fuente de prueba que, para llegar a alcanzar valor probatorio, habrá de ser válidamente introducida en el proceso por alguno de los mecanismos habilitados al efecto.

Pese a que la anomia en la que se instalaba nuestra vetusta LECrim respecto de los medios de prueba tecnológicos ha sido con acierto superada tras la importante reforma acometida en el año 2015<sup>40</sup>, no es posible evitar que la acelerada evolución tecnológica incrementemente vertiginosamente las fuentes de prueba de naturaleza digital. Así, la existencia de medios probatorios específicos regulados para dar cabida a través de ellos a concretas fuentes de prueba, no puede anular el uso de cualquier otro medio existente al que esa concreta fuente probatoria se pudiera adaptar.

En consonancia con lo anterior, la fuente de prueba que se ha puesto como ejemplo —la amenaza recibida por *whatsapp*: “te juro que si me dejas, te mato”— podrá incorporarse al proceso de muy distintas formas: bien presentando una copia impresa de la imagen de pantalla, que se tramitará conforme a lo previsto para la prueba documental<sup>41</sup> y cuya coincidencia con el original las partes interesadas suelen advenir, cuanto menos, ante el letrado de la administración de justicia —aunque, en puridad, tal adveración poco aporte sobre la originalidad o integridad del mensaje—; o puede aportarse al proceso presentando y consignando a efectos probatorios el propio Smartphone receptor ante el letrado de la administración de justicia —que deberá en tal caso garantizar la cadena

40 Reforma operada por la LO 13/2015, de modificación de la Ley de enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica. De forma muy resumida, las novedades introducidas con la reforma de la LECrim en relación con la intervención de las comunicaciones de carácter telemático, podrían concretarse en las siguientes: 1) El reconocimiento de las exigencias constitucionales básicas (“Principios rectores” en terminología legal) para la válida interceptación de las comunicaciones, con constancia expresa de sus correspondientes excepciones y matices; 2) la regulación de los hallazgos casuales; y 3) La regulación de nuevas diligencias de investigación tecnológica que suponen, en la práctica totalidad de los casos, nuevas formas de intervención tecnológica de comunicaciones. De ello me he ocupado con detalle en Fuentes, 2016a, p. 3 y ss.

41 Sobre el tema Morales, 2015, p. 4.

de custodia—<sup>42</sup>; o puede aportarse tal información al proceso incluso mediante la utilización de otros medios clásicos de prueba como pueden ser el interrogatorio de parte, la testifical, la pericial o el propio reconocimiento judicial<sup>43</sup>. Como con acierto se ha destacado, no hay que olvidar, a mayor abundamiento, que en el mismo proceso pueden utilizarse varios medios probatorios de forma cumulativa —lo que sin duda coadyuvará a un mayor afianzamiento probatorio de cara a su posterior valoración tal y como se verá—; así, nada obsta a que junto con la aportación del *smartphone* en el que se contiene una conversación de *whatsapp*, se aporte transcripción escrita de la misma solicitando el cotejo por el letrado de la administración de justicia; y testifical (o interrogatorio de parte o del acusado) sobre el contenido de esa conversación<sup>44</sup>.

La utilización, en suma, de uno u otro formato en la presentación de la fuente de prueba determinará el medio probatorio a utilizar y, en cierta medida, también, el valor probatorio que esta pueda llegar a alcanzar.

#### **A. Problemas probatorios de la violencia de género a través de las nuevas tecnologías**

A la vista de lo anterior responder a la pregunta sobre la forma en que debe aportarse la información al proceso a fin de que alcance valor probatorio, requiere de una doble consideración: 1) dependerá del concreto instrumento o mecanismo de comunicación utilizado; y 2) cuanto más sólidamente se evidencie la autenticidad e integridad de lo comunicado, mayores expectativas probatorias ofrecerá.

Y, del mismo modo, a la vista de las anteriores consideraciones, ante la pregunta de qué es lo que el Juez puede valorar, la respuesta necesariamente se hará depender del acervo probatorio concreto con el que se cuente en cada proceso.

Respecto de la aportación de una información transmitida a través de plataformas o mecanismos de comunicación instantánea, debe tenerse presente que en ellos, la información no queda almacenada en servidor alguno (es el caso de *whatsapp*) complicando todavía más su posible rastreo

---

42 Sobre los distintos modos de aportación del documento electrónico al proceso véase Mariscal, 2015, pp. 3-5.

43 Delgado, 2015, p. 5.

44 Delgado, 2015, p. 5.

y comprobación<sup>45</sup>. En tales casos, lo que suelen hacer los interesados es aportar al proceso una copia impresa de la comunicación previo cotejo de la misma por parte del letrado de la administración de justicia.

Así, si lo que nos estamos cuestionando es cuál es el valor probatorio de esas meras representaciones gráficas de comunicaciones efectuadas por mensajería instantánea aportadas en soporte físico al proceso (lo que comúnmente conocemos como “pantallazos”), la respuesta lamentablemente no va a resultar fácil, rotunda, ni unívoca; dependerá, en la gran mayoría de supuestos, de la forma en que dichos pantallazos sean aportados al proceso y del acervo probatorio obrante en la causa. Así será perfectamente posible que el pantallazo que en una causa concreta, resulte trascendental para determinar la absolución o la condena, en otra no llegue a alcanzar valor probatorio determinante.

Este tema —el del valor probatorio de los pantallazos— se aborda de forma novedosa por el STS N.º 300/2015. Pero, la posición del TS resulta ciertamente contradictoria si nos atenemos a la literalidad de la resolución. Por un lado, parece exigir la práctica de una prueba pericial informática como único mecanismo posible para resolver la impugnación planteada de contrario al sostener que, de impugnarse el pantallazo aportado, “será indispensable en tal caso la práctica de una prueba pericial que identifique el verdadero origen de esa comunicación, la identidad de los interlocutores y, en fin, la integridad de su contenido”. Sin embargo, reconoce la sentencia en su argumentación, la posibilidad de utilizar mecanismos alternativos de adveración del texto aportado, como la ratificación del mismo por los interlocutores o la facilitación de vías para rastrear el mensaje y averiguar sobre su genuinidad e integridad (las claves de acceso), aunque finalmente no fueran estas utilizadas ante la pasividad probatoria del acusado.

El supuesto de hecho que analiza la mencionada sentencia y cuya doctrina cabe sin duda considerar extensible a cualesquiera sistemas de comunicación instantánea que las partes pretendan acreditar mediante la presentación de pantallazos, es —de forma extraordinariamente resumida— el siguiente: una niña que ha sufrido abusos sexuales a manos de la pareja sentimental de su madre decide contarlo a través de *tuenti* a un amigo que la anima a denunciar. La niña, efectivamente, denuncia y en el proceso se aporta como material probatorio unos pantallazos efectuados

45 Sobre el tema, *vid.* Arrabal, 2016, pp. 1-2.

por la policía en el momento de analizar la memoria de su móvil. Tanto el amigo como la propia niña reconocen el contenido, integridad y genuinidad de la comunicación y la niña, además, facilita sus claves de acceso para que pueda procederse al análisis de la cuenta; análisis que finalmente no se realiza ante la ausencia de impugnación por la contraparte.

La sentencia, que inicialmente parece exigir la práctica de una prueba pericial para otorgar valor probatorio al pantallazo aportado, parte de la necesidad de abordar “con todas las cautelas” la prueba de la comunicación a través de cualquiera de los posibles sistemas de comunicación instantánea. La razón, evidentemente, está en la tan reiterada facilidad de alteración, tanto del contenido de la comunicación telemática cuanto de la identidad de los comunicantes<sup>46</sup>.

Y es cierto, sin duda alguna, que la comunicación telemática resulta fácilmente alterable o falsificable<sup>47</sup>, pero, en realidad, tan fácilmente alterable o falsificable como pueda resultar cualquier documento impreso tradicional, respecto de cuya aportación al proceso, la propia ley y la jurisprudencia admiten sin ambages el valor probatorio de una mera fotocopia que no resultare impugnada.

El origen del problema estriba en que las mismas apuestas tecnológicas que permiten introducir y avanzar en este tipo de comunicaciones, introducen y avanzan también en novedosos mecanismos técnicos con los que someter las fuentes de prueba a análisis cuyo resultado es cercano a la certeza hasta límites prácticamente incuestionables; así sucede —por ejemplo— con la posibilidad, a la que estamos hoy habituados, de realizar pruebas dactiloscópicas o lofoscópicas con sistemas de contraste de altísima fiabilidad, o con la posibilidad de obtener la identidad de un presunto violador —sin margen apreciable de error— con la realización de un análisis de ADN. Aceptamos así hoy como normal, la existencia de mecanismos probatorios que permitan arrojar resultados indubitados sobre aquello que se analiza y perdemos, en consecuencia, la perspectiva de la libre valoración de la totalidad de la prueba practicada ante el juez según máximas de experiencia y conforme a las reglas de la sana crítica, como principio esencial de la valoración judicial. Como consecuencia de

---

46 Un análisis más detallado sobre el tema he tenido ocasión de realizarlo en Fuentes, 2016c.

47 Especialmente gráfica e ilustrativa sobre la facilidad de manipulación del *whatsapp* resulta la demostración que realiza en su blog el perito informático Javier Rubio Alamillo. Véase, Rubio, 2015.

lo anterior, si de la práctica de una prueba pericial hoy, cabe derivar el convencimiento absoluto respecto de una determinada fuente probatoria, la tendencia es pensar que dicha prueba pericial ha de ser necesariamente aportada al proceso para que la fuente probatoria sobre la que se practica pueda alcanzar valor probatorio. El valor probatorio incuestionado de las pruebas científicas (conocido como el “efecto CSI”)<sup>48</sup> tiende a considerarlas imprescindibles como mecanismo de adveración o ratificación de la información facilitada por cualquier fuente probatoria.

Sin embargo, en mi opinión, no podemos condicionar todo el valor probatorio de la comunicación electrónica aportada al eventual acompañamiento de un informe pericial sobre la misma. Quizás fuera esta posición sustentable en la tan infrecuente como extraña situación en que el proceso contara exclusivamente con esa comunicación como única fuente probatoria o, siquiera, indicio aportado; o bien cuando efectivamente, quisiéramos —y pudiéramos, pues por las exigencias técnicas que su práctica requiere no siempre se podrá efectuar— otorgar a todos los extremos de la comunicación (genuinidad, originalidad, integridad, temporalidad de la secuencia comunicadora, identificación de los terminales, etc.) un carácter indubitado.

La prueba pericial de la comunicación electrónica es una prueba altamente compleja que, para que esté realizada con respeto a todas las garantías, resultará lenta y enormemente costosa; al margen de que, especialmente para la comunicación instantánea bidireccional que no queda almacenada en servidor alguno (ejemplo paradigmático de ello sería el *whatsapp*) la realización de la pericial requeriría de los dos terminales en comunicación con absoluta garantía de la cadena de custodia desde el primer momento. Ello supondría, incluso, la presencia del notario o del letrado de la administración de justicia en el momento de la entrega dejando constancia de la diligencia del perito que exige introducir los terminales en una bolsa de faraday para evitar cualquier posible mani-

---

48 Sobre el tema, Ortiz, 2013, pp. 163 y 164 que reconoce que “en los EEUU, en los últimos años se ha alertado frente a los riesgos que ha provocado la emisión de determinadas series de televisión cuya temática versa sobre la realización de pruebas científicas forenses en el campo de la investigación criminal, tales como *CSI* o *Bones*, al constatar que los miembros del jurado tienden a absolver a los acusados en aquellos casos en los que durante el juicio no se presentó ninguna evidencia científica...”

pulación o alteración en los terminales<sup>49</sup>. En estas circunstancias, quizás esta costosa prueba se la pueda plantear una gran empresa en relación con un pleito en el que se diluciden algunos miles o cientos de miles de euros; pero la viabilidad de plantear tales pruebas en ámbitos privados, como el de la violencia de género que tiene lugar en el entorno familiar y entre particulares resulta verdaderamente difícil, cuando no imposible.

Discrepo pues, respetuosamente, de las rotundas afirmaciones vertidas mayoritariamente por ingenieros y peritos informáticos que tienden a presentar la prueba pericial informática como único mecanismo posible de adveración de la comunicación electrónica<sup>50</sup>, para compartir con el TS en su posición matizada y ya referida (STS N.º 300/2015) que, pese a la ausencia de dicho informe pericial, una determinada comunicación aportada al proceso mediante la presentación de un simple pantallazo puede llegar a alcanzar valor probatorio dependiendo de la actividad probatoria o impugnatoria de las partes y del acervo probatorio del caso concreto.

No falta razón a los expertos informáticos cuando explican que una pericial escrupulosamente practicada es la única forma posible de conocer la genuinidad e integridad de la comunicación<sup>51</sup>, pero lo que posiblemente no tengan en cuenta —y quizás por mero desconocimiento jurídico— es la forma en la que desarrolla el juez el principio de libre valoración de la prueba y el hecho de que en un proceso nunca (o casi nunca) esa comunicación va a ser la única fuente de prueba aportada.

Así, sobre la base de la libre valoración de la prueba y las reglas de distribución probatoria, condicionadas en el proceso penal por el derecho a la presunción de inocencia, resultaría totalmente posible establecer un conjunto de criterios orientativos que permitieran valorar la información aportada al proceso mediante meros pantallazos<sup>52</sup>.

---

49 Especialmente interesantes para comprender la complejidad que puede alcanzar un análisis pericial forense sobre las comunicaciones efectuadas a través de un teléfono móvil son las “Directrices sobre el análisis forense de teléfonos móviles” (*Guidelines on Mobile Device Forensics*) emitidas por el NIST (*Nacional Institute of Standard and Technology*) y recuperados de <<http://bit.ly/1odIMvB>>.

50 Por todos Martínez (2013) cuando afirma que “el valor probatorio de un correo electrónico solo se logra mediante el correspondiente informe pericial informático en el cual se analice el equipo, o equipos, que contiene, los datos de cabecera y su correspondencia cronológica”.

51 Por todos Martínez, 2013.

52 Con mayor detalle en Fuentes, 2016a.

Se asumirá, pues, como punto de partida, que la parte interesada podrá aportar al proceso como fuente de prueba de una comunicación determinada, la mera captura de pantalla con la conversación sin tener que dar, *a priori*, muestras de la autenticidad y originalidad del documento<sup>53</sup>.

A partir de ese momento, el valor probatorio de tal información, así presentada, dependerá de la actitud procesal del resto de partes: si la contraparte no lo impugna, la fuente aportada podría alcanzar pleno valor probatorio. Que lo alcance o no, dependerá del resultado de aplicar el criterio de libre valoración de la prueba que el juez razonará y motivará debidamente en la sentencia. Por no impugnación cabrá entender la ratificación de la comunicación por parte de los interlocutores o la actitud silente de la parte a quien perjudica la aportación de la prueba<sup>54</sup>. Desde una perspectiva estrictamente procesal, no se apreciaría razón alguna que justificase gravar a la parte con la carga de tener que aportar, además, un informe pericial respecto de la genuinidad de una comunicación que nadie ha cuestionado. Ciertamente es desde la óptica de los técnicos informáticos tal comunicación podría perfectamente estar falseada y que sólo el examen pericial de dicho proceso comunicador nos permitiría conocer este extremo con absoluta precisión, pero ubicados ya en el proceso, las máximas de experiencia nos dicen que si la parte a la que perjudica no impugna la comunicación, el juez puede tenerla por cierta.

Si, por el contrario, la contraparte la impugna será la parte a quien la prueba interesa y quien, por tanto, la introdujo en el proceso, la que tenga que dar muestra de la veracidad del documento aportado si quiere garantizar el valor probatorio del mismo. Se observa, pues, un desplazamiento del *onus probandi* que, en estos supuestos de impugnación, se hará recaer directamente sobre la parte a la que la prueba de la comunicación beneficia. Ahora bien –y aquí es donde entra en juego el principio de libre valoración de la prueba– pese a lo que a primera vista pudiera parecer, ni la aportación de la prueba pericial se convierte en el único mecanismo posible para advenir el proceso comunicador cuestionado, ni toda impugnación supondrá el necesario desplazamiento de la carga de

53 Sobre el concepto de documento y su interpretación amplia a la vista de los avances tecnológicos Casanova, 2014, pp. 303 y 304.

54 Estas situaciones son las que se dan en la STS N.º 300/2015 en la que se admite la valoración de la prueba (un pantallazo de una conversación mantenida en *tuenti* entre la denunciante y un amigo suyo a quien relata los abusos denunciados) sin haberse recabado en el procedimiento dictamen pericial sobre la comunicación.

la prueba<sup>55</sup>. El convencimiento del Juez sobre su fiabilidad o credibilidad puede venir apoyado en la corroboración de otros elementos probatorios como pudieran ser la declaración de testigos, las propias manifestaciones de las partes, la existencia de denuncias previas con la misma base, etc.<sup>56</sup>. Se ha sostenido así, que la valoración judicial de la prueba electrónica conforme a las normas de la sana crítica supone la exclusión de toda regla de distribución formal de la carga de la prueba en caso de impugnación pues será el juez quien valore la totalidad de circunstancias concurrentes (medios probatorios utilizados, valoración conjunta de la prueba, postura procesal de las partes) a fin de decidir si atribuirle o no eficacia probatoria<sup>57</sup>.

Ello no obstante, resulta indudable que si de lo que se trata es de garantizar en todos sus extremos y con absoluta certeza, la autenticidad y originalidad de la comunicación aportada a través del pantallazo (del mismo modo si fuera un correo electrónico, o bien cualquier otro tipo de comunicación a través de plataformas o aplicaciones de mensajería instantánea) será necesario, ahora sí, presentar un informe pericial de la comunicación documentada y que se aporta como prueba. Pero ello no significa, en modo alguno, que la única forma posible de dotar de valor

---

55 Como con acierto se ha sostenido, la impugnación de la autenticidad o de exactitud de la prueba ha de estar fundamentada en argumentos serios, claros y exhaustivos; lo que supone la necesidad de hacer referencia a las razones en las que se fundamente la concreta impugnación y la observación, por parte del Juez, de la propia diligencia de las partes en orden a la verificación de la prueba propuesta. Recuérdese que la STS N.º 300/2015, de 19 de mayo, otorga eficacia probatoria a la prueba basándose en dos razones, siendo una de ellas “el hecho de que fuera la propia víctima la que pusiera a disposición del Juez de instrucción su contraseña del mensaje con el fin de que, si esa conversación llegara a ser cuestionada, pudiera asegurarse su autenticidad mediante el correspondiente informe pericial”; y la STS recoge posteriormente la alusión de la sentencia de la Audiencia Provincial en el sentido de que la defensa no hizo ninguna petición al respecto. Sobre el tema puede verse Betran, 2015b.

56 Así sucedió por ejemplo en la STSJ Madrid N.º 455/2015 (rec. 817/2014) en la que se reconoce valor probatorio a las conversaciones de *whatsapp* aportadas al proceso, a través de la declaración testifical; en ella puede leerse que “el intercambio de *whatsapp* entre la directora de zona y la demandante, en que esta mantiene su posición de dejar el trabajo, ha quedado acreditado a través de la testifical, según se señala expresamente en el Fundamento de Derecho Segundo de la sentencia, sin que dicha prueba resulte apta para la modificación del relato de hechos probados, por impedirlo la técnica suplicatoria”.

57 Delgado, 2015, p. 9.

probatorio al documento aportado con la comunicación, sea a través de dicha prueba pericial<sup>58</sup>.

Nótese, en todo caso, que cualquier otro examen o análisis que no sea un informe pericial exhaustivo practicado con pleno respeto de todos los derechos y garantías exigibles —en especial la cadena de custodia— será cuestionable por la contraparte y arrojará un resultado indiciario, en absoluto desdeñable pero en modo alguno definitivo sobre la originalidad y autenticidad de la comunicación. De esta necesidad de aportar informe pericial para garantizar de forma fehaciente la genuinidad de la comunicación aportada cabría excluir tan sólo las comunicaciones que hayan sido verificadas por empresas de certificación electrónica; estas cuentan entre sus servicios con la emisión de certificados digitales que garantizan la originalidad e integridad de la comunicación electrónica y que una vez aportados al proceso convierten en indubitada la propia comunicación<sup>59</sup>.

#### **B. Comunicación instantánea bidireccional o multidireccional. La aportación de “pantallazos”**

La sensación de impunidad que propicia el anonimato bajo el que se puede interactuar a través de foros públicos, blogs o redes sociales como *twitter*, *facebook*, etc. genera un espacio particularmente propicio para la comisión de delitos tales como (*v.gr*) injurias, calumnias o amenazas y, desde luego, lesiones de bienes y derechos como el honor o la intimidad.

Sin embargo, las cuestiones probatorias que se plantean en estos supuestos son notablemente diferentes a las analizadas con anterioridad respecto de las plataformas de comunicación instantánea. Tanto en los blogs cuanto en las redes sociales mencionadas —cuyo funcionamiento es similar—, la información queda temporalmente almacenada en un servidor. El acceso a la plataforma requiere de una cuenta de dominio con nombre de usuario y claves y generará unos concretos datos de tráfico en cada proceso comunicador que quedarán igualmente almacenados y

---

58 Repárese, no obstante, en que el tenor inicial de la STS N.º 300/2015, anteriormente transcrito en función del cual se hace referencia a la necesaria aportación de la prueba pericial como mecanismo de adveración de los pantallazos, ha condicionado la óptica de numerosos autores que parecen decantarse por la exigencia de una pericial que, en puridad y según se ha visto, la propia STS finalmente elude. Así, Magro, 2015a.

59 Sobre el tema Fuentes, 2016a.

que permitirán, en suma, un rastreo teóricamente mucho más fácil que en los supuestos de mensajería instantánea anteriormente analizados.

Así las cosas, como con acierto se ha alertado, tratar en igual forma supuestos en sí mismo tan diferentes constituiría un error de partida que impediría cualquier conclusión certera<sup>60</sup>.

El principal problema que se planteaba en la investigación de estos delitos —y que palía en parte la reforma de la LECrim de 2015— era que, junto al hecho de que normalmente se ejecutan bajo un nombre o identidad falsa, la obligación de los prestadores de servicios de facilitar los datos a los agentes de la autoridad se limitaba a los supuestos de investigación de delitos graves que, como se sabe, son los que llevan aparejada una pena superior a cinco años de privación de libertad. Así lo establecía la Ley 25/2007, de Conservación de Datos, cuando regulaba la obligación de los operadores de conservar los datos generados o tratados en el marco de la prestación de servicios de comunicaciones electrónicas o de redes públicas de comunicación y la de cederlos a los agentes facultados siempre que les fueran requeridos mediante auto judicial dictado para la detección, investigación y enjuiciamiento de delitos graves. Y, por “delitos graves” se ha interpretado, de conformidad con lo preceptuado en los arts. 13 y 33 CP, aquellos que tienen aparejada una pena de prisión superior a los cinco años.

Esta limitación a cinco años de los delitos en relación con los cuales surge la obligación de los prestadores de servicios de ceder los datos a la investigación planteaba el problema de haber dejado fuera de dicho manto protector a delitos tales como las injurias, las calumnias, la venta o difusión de pornografía en que se haya utilizado a menores, las amenazas o la propia prostitución de menores —entre otros— por contemplar penas de menor duración<sup>61</sup>.

Sin embargo, esta situación de injusticia material que impedía acudir a los prestadores de servicios para investigar delitos de la importancia de los comentados por no superar la barrera penológica de los cinco años, encontró una primera solución práctica elocuentemente puesta de manifiesto por el Auto de la AP Madrid (sección 4.ª) de fecha 25 de febrero de 2015<sup>62</sup>.

---

60 Rodríguez, 2015.

61 Sobre el tema Bertolá, 2015, p. 2.

62 Con anterioridad se había pronunciado también, en este mismo sentido, el Auto

En el supuesto resuelto por dicho auto, la AP Madrid consideró que debía admitirse a trámite la querrela interpuesta por una mujer a la que alguien, a través de un foro público y bajo la utilización de un *nickname*, tachó de “perra” y de la que dijo que tenía “pinta de zorra inmunda”. Tal y como se verá a continuación, la tramitación de esta querrela permitió realizar una investigación encaminada a identificar al usuario por cuanto reconoció la obligación de los prestadores de servicios de ceder los datos que bajo autorización judicial les fueran requeridos por los agentes de la autoridad pese a que el delito por el que se entabla el procedimiento no alcanzaba el límite de los cinco años de prisión.

El mencionado auto puso de manifiesto que la gravedad del delito no puede medirse en términos exclusivamente penológicos y que, de hecho, no es ese el criterio que expresamente fija la Ley de conservación de datos. Al criterio de la gravedad de la pena habrá que aunar otros criterios interpretativos que contribuyan a fijar la gravedad del delito; y entre tales criterios añadidos habrá que contemplar, según el propio Auto, la importancia y relevancia social del bien jurídico protegido, la trascendencia social de los efectos del delito o que este haya sido cometido por organizaciones criminales. Literalmente sostiene que:

“[L]os ‘delitos graves’ a que se refiere la Ley 25/2007 no son exclusivamente los delitos castigados con pena superior a cinco años, sino que también han de incluirse en tal expresión aquellos otros delitos castigados con pena inferior y que, por tanto, tienen la calificación legal de ‘delitos menos graves’, pero que merezcan la consideración de graves en atención a otros parámetros, tales como la importancia del bien jurídico protegido, la trascendencia social de los efectos que el delito genera o la inexistencia de medios alternativos, menos gravosos, que permitan su investigación y esclarecimiento”.

Y respecto de la trascendencia social de los efectos del delito, particularmente elocuentes resultan las consideraciones que realiza la AP Madrid sobre la especial importancia de las descalificaciones vertidas a través de la red. Puede leerse en el Auto que:

“[L]as expresiones se vierten a través del más potente medio de comunicación y difusión social de nuestro tiempo, que es Internet, incrementando así enormemente los efectos lesivos para el derecho al honor de la querellante. La conducta presuntamente delictiva es, pues, en el supuesto

que nos ocupa, de una gravedad que no es posible minimizar. Los efectos sociales indeseables de tal tipo de conductas se podrían incrementar en una medida mucho más elevada si se llegase a alcanzar una sensación social generalizada de impunidad de esos comportamientos, lo que vendría propiciado, de un lado, por el anonimato en el que sus autores suelen escudarse por medio de la utilización de seudónimos, nombres supuestos o ‘nicknames’ y, de otro lado, por la imposibilidad de llegar a conocer su verdadera identidad si llegasen a establecerse trabas legales o judiciales injustificadas al esclarecimiento y persecución penal de dichas conductas y de sus autores (...). El resultado no sería otro que la absoluta desprotección penal de un bien jurídico tan importante como el derecho fundamental al honor”.

Sobre la base de esta interpretación extensiva de lo que cabría considerar como “delitos graves”, se abriría un nuevo panorama de actuación procesal frente a la utilización de foros públicos, plataformas o blogs con fines intimidatorios o amenazantes. No es infrecuente, especialmente en situaciones de crisis de pareja en las que se han dado supuestos de violencia, que el agresor utilice foros públicos para hacer llegar a la víctima nuevos mensajes o amenazas bajo la utilización de cualquier pseudónimo que en términos sociales puede mantenerlo en el anonimato pero que la víctima puede perfectamente identificar y relacionar con esa persona concreta.

Finalmente, esta posibilidad de obtener autorización judicial para el rastreo de las cuentas desde las que —presuntamente— se estén cometiendo hechos delictivos, la intervención de las comunicaciones realizadas a través de ellas y, por tanto, la posibilidad de obtener de los prestadores de servicios la cesión de los datos que les sean requeridos por la policía aparece definitivamente consagrada en la LECrim tras la reforma del año 2015. El actual art. 588 ter a)<sup>63</sup> reconoce expresamente la posibilidad de obtener autorización judicial para la interceptación de las comunicaciones telefónicas y telemáticas siempre que —como son los casos que nos ocupan en estas reflexiones— la investigación tenga por objeto delitos cometidos a través de instrumentos informáticos o de cualquier otra tecnología de la información o la comunicación o servicio de comunicación<sup>64</sup>.

---

63 Introducido por la LO 13/2015, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento criminal para el fortalecimiento de las garantías procesales y la regulación de las medidas de investigación tecnológica.

64 Sobre la necesidad de esta reforma Ortiz, 2013, p. 235 y ss.

En relación con los supuestos que ahora nos ocupan, relativos a difamaciones o amenazas bajo pseudónimo vertidas a través de la red, tres son los aspectos a los que cabría prestar una especial atención: el primero, sobre si puede ser investigada la cuenta a fin de rastrearla hasta dar con el autor de tales ofensas y delitos; el segundo, sobre si existe alguna forma de otorgar valor probatorio a esa manifestación de insultos o amenazas públicamente vertidas en la red; y el tercero, sobre si, en caso de existir una orden de alejamiento con prohibición de comunicación, la emisión “anónima” de tales insultos y amenazas en un foro público puede considerarse delito de quebrantamiento.

Respecto de la primera de las cuestiones planteadas y la posibilidad de identificar al usuario de una cuenta desde la que se están profiriendo amenazas o acusaciones injuriosas, la aludida reforma de la LECrim (y, con anterioridad a ella, la interpretación que propiciaba el Auto de la AP Madrid de 25 de febrero de 2015 anteriormente comentado) abre la puerta a nuevas posibilidades de actuación procesal. Y, en este sentido, la respuesta no puede sino ser claramente positiva: cabrá la identificación del sospechoso por cualesquiera mecanismos procesal y tecnológicamente aptos a tal fin. Que se conceda o no la autorización judicial para acceder a los datos de la cuenta será, en suma, un problema de proporcionalidad que el juez deberá atender y motivar en cada caso concreto<sup>65</sup>.

En todo caso y tal y como se argumentó en el epígrafe precedente, hay que evitar el error de entender que solo cuando tecnológicamente se identifique al autor de los hechos, pueden estos serle efectivamente imputados. Resultaría, pues, perfectamente posible, que en ausencia de investigación tecnológica alguna (o resultando esta infructuosa), el autor de las amenazas o las injurias quedara absolutamente identificado mediante la corroboración de la información por el conjunto de la prueba practicada en la causa. Sin perjuicio de profundizar sobre este tema con posterioridad, nos centraremos ahora en la posible identificación del sospechoso mediante la utilización de los mecanismos tecnológicos que el ordenamiento ha puesto a disposición de los investigadores. Piénsese que estamos ante delitos de naturaleza pública en los que la presentación de la denuncia supone la apertura de un proceso en cuya fase instructora el Estado deberá valerse de todos los mecanismos de los que dispone para la investigación del hecho delictivo y la identificación de sus autores.

---

65 Ortiz, 2013, p. 237.

La posibilidad de rastrear la utilización de una cuenta con la finalidad última de identificar al posible autor de unas amenazas, injurias, calumnias o cualesquiera hechos delictivos cometidos desde la misma, puede llevarse a cabo de muy diversas maneras<sup>66</sup>.

Como se ha tenido ocasión de referir con anterioridad, la comunicación telemática realizada a través de blogs, foros o determinadas plataformas públicas presenta la peculiaridad —frente a determinados mecanismos de comunicación instantánea— de quedar temporalmente almacenada en servidores; tanto su contenido, cuanto los datos de tráfico por ella generados. Interpuesta, pues, una denuncia por la comisión de —por ejemplo— unas amenazas proferidas bajo pseudónimo en un foro de acceso público, los agentes de policía podrían solicitar la cesión de los datos de tráfico por parte de los prestadores de servicio siempre que contaran con la correspondiente autorización judicial. Como se ha visto, la expresa regulación de esta posibilidad en el art. 588 ter a LECrim nos permite considerar superada la duda que surgía antes de la reforma de la LECrim de 2015 sobre si en relación con determinados delitos que no son considerados graves (por estar sancionados con pena inferior a cinco años) podía o no emitir el Juez el correspondiente auto de intervención.

Pero existen, junto a la descrita, muchas otras posibilidades de investigación e identificación a través de datos de enorme relevancia para los cuales no resulta necesaria la autorización judicial. Se trata de datos que pueden ser obtenidos por la propia policía mediante cualesquiera sistemas admitidos de barrido o escáner del espacio público, como es el caso de la captación por la policía de los números IMSI, IMEI o cualquier otro dato que identifique el equipo de comunicación o la tarjeta utilizada para acceder a la red de comunicaciones; o la identificación de la titularidad de un número de teléfono o de cualquier otro medio de comunicación; o la identificación del número de teléfono de una persona determinada (de un titular determinado) o los datos identificativos de cualquier otro medio de comunicación. Así lo posibilita el art. art. 588 ter l LECrim al regular los supuestos en los que no es preceptiva la autorización judicial.

Respecto de los números IMSI e IMEI cabe todavía realizar una importante precisión. Si bien es cierto que no quedan amparados por el derecho al secreto de las comunicaciones y, por tanto, su captación por la policía no requiere de autorización judicial, sí se requerirá esta, sin em-

---

66 El tema ha sido abordado *in extenso* en Fuentes, 2016b.

bargo, para obtener la cesión de dicho datos por parte de los prestadores de servicios. Y ello por cuanto pese a quedar al margen de la protección que podría proporcionarles el derecho al secreto de las comunicaciones, quedan amparados por la Ley 25/2007, de 18 de octubre, de conservación de datos de las comunicaciones electrónicas (art. 3.1) imponiéndose así la necesaria autorización judicial para la cesión de dichos datos por las operadoras<sup>67</sup>. De esta forma, resultarían totalmente ajustadas a derecho las investigaciones policiales desarrolladas a partir de los números IMSI e IMEI que la policía hubiera conocido por cualquier mecanismo técnico legal —barrido o escáner— de que hubiera hecho uso; pero para la obtención de tales números por cesión de los prestadores de servicios necesitaría de la correspondiente autorización judicial<sup>68</sup>.

67 Esta cuestión ha sido objeto de análisis por la FGE en su Circular 1/2013, sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas.

68 En palabras de la STS N.º 249/2008: “(...) resulta obligado plantearse si la numeración IMSI, ajena al contenido de la comunicación propiamente dicho, encierra una información adicional que, pese a su carácter accesorio, se halle tan íntimamente ligada al secreto de lo comunicado que también merezca convertirse en objeto de protección constitucional... la Sala no puede aceptar que la captura del IMSI por los agentes de la Guardia Civil haya implicado, sin más... una vulneración del derecho al secreto de las comunicaciones. La información incorporada a la numeración IMSI es, sin duda alguna, un dato, en los términos de la legislación llamada a proteger la intimidad de los ciudadanos frente a la utilización de la informática (art. 18.4 de la CE)... Aceptado, pues, que nuestro régimen jurídico impone la exigencia de autorización judicial para la cesión por las operadoras del IMSI... hemos de cuestionarnos si el acceso a ese dato -no su cesión- puede obtenerse legítimamente por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, sin necesidad de autorización judicial previa... la recogida de ese dato en el marco de una investigación criminal -nunca con carácter puramente exploratorio-, para el esclarecimiento de un delito de especial gravedad, puede reputarse proporcionada, necesaria y, por tanto, ajena a cualquier vulneración de relieve constitucional... En definitiva, así como la recogida o captación técnica del IMSI no necesita autorización judicial, sin embargo, la obtención de su plena funcionalidad, mediante la cesión de los datos que obran en los ficheros de la operadora, sí impondrá el control jurisdiccional de su procedencia”. Por su parte, la Circular 1/2013, de la FGE sobre pautas en relación con la diligencia de intervención de las comunicaciones telefónicas, añade a esto que “la STS n.º 776/2008, de 18 de noviembre señala que la Ley 25/2007 se refiere únicamente a la ‘cesión’ de los datos conservados en los correspondientes ficheros automatizados y que, en todo caso, no alude expresamente a su recogida por la Policía Judicial al margen de los mismos, ni tampoco cabe desconocer que dicha averiguación, cuando se lleva a cabo en el marco de una investigación criminal relativa a un delito de especial gravedad...”

Por último, podría igualmente la policía acceder a una dirección IP mediante su labor de rastreo del espacio público e investigar, a partir de ella, la actuación presuntamente delictiva. No obstante, de nuevo en este supuesto exigiría la LECrim autorización judicial para obtener del prestador de servicios la identificación o localización del terminal al que se asocia dicha dirección IP, así como la identificación del sospechoso (art. 588 ter K).

Los expuestos hasta el momento son los mecanismos tecnológicos de investigación que permitan identificar al presunto autor de unos hechos delictivos perpetrados a través de los diversos instrumentos de comunicación que proporciona internet. Sin embargo, el proceso judicial no siempre necesita de la adverbación científica de determinados extremos para otorgar carácter probatorio a una fuente de prueba válidamente aportada; o incluso no siempre dispone de dicha comprobación científica.

De esta manera, llevada al proceso la fuente probatoria en cualquiera de las formas legalmente permitida (*v.gr.*, aportación del PC desde el que se accede a la comunicación, pantallazo de la comunicación, etc.) resultaría perfectamente posible que esta alcanzara valor probatorio mediante la ratificación de los extremos cuestionados a partir de otras pruebas practicadas en la causa. Así, imaginemos que las partes y/o los testigos admiten que el *nickname* es un seudónimo que utiliza con cierta frecuencia el acusado, o que unos testigos refieren cómo el acusado narró que iba a comunicarse con la víctima a través de determinada plataforma o red social o, simplemente, que el acusado no impugnara la fiabilidad de la comunicación aportada. En función, pues, del acervo probatorio del caso concreto sería posible otorgar a la comunicación, difamación o amenaza vertida por internet valor de prueba, más o menos contundente, aun cuando no se hubiera procedido a realizar una investigación tecnológica como las anteriormente analizadas.

Conviene precisar, ello no obstante, que dada la relativa facilidad con la que la información puede adverbarse o autenticarse con total solvencia en estos supuestos de comunicación a través de blogs o plataformas de similar funcionamiento (a diferencia de lo que sucede con la comunicación instantánea), el valor probatorio que pudiera alcanzar dicha comunicación a partir de la toma en consideración de otros medios de prueba

---

diffícilmente puede considerarse que suponga una indebida y desproporcionada restricción de un derecho fundamental y que, por ello, suponga una vulneración constitucional con sus lógicas consecuencias”.

practicados en la causa debería arrojar un resultado totalmente fiable e incuestionado que necesariamente habrá de quedar reflejado con detalle en la fundamentación de la sentencia.

El último de los elementos a analizar, conforme al guion inicialmente planteado, es el de si la emisión de una comunicación en un foro público, incluso bajo seudónimo, puede llegar a constituir quebrantamiento de una orden de protección o quebrantamiento de condena cuando entre las medidas acordadas se encontrara la prohibición de comunicación.

Imagínese el ejemplo en el que en un foro público o red social, aparece bajo pseudónimo la frase siguiente: “juro que cuando encuentre a mi exmujer la mataré”. Inicialmente bien pudiera pensarse que, en tanto en cuanto es una amenaza que al emitirse bajo pseudónimo no se dirige por nadie identificado y, por tanto, contra nadie en particular, en puridad, no es una manifestación realizada con la intención de amenazar o intimidar. Sin embargo, la realidad es que la exmujer conoce que el pseudónimo es el que utiliza su exmarido y entiende claramente, que la amenaza va específicamente dirigida contra ella.

Si además esta actitud se llevara a cabo de forma insistente y reiterada podría ser constitutiva de un delito de *stalking* del artículo 172 ter CP en su regla 2<sup>a</sup><sup>69</sup>. Pero, en todo caso, en mi opinión, con independencia de la reiteración con la que la amenaza o el acoso se produjera, sería indudablemente constitutiva del delito de quebrantamiento de condena o de resolución judicial cuando el objeto de la misma fuera la prohibición de entrar en comunicación con la víctima. Esta posición encuentra apoyo en sentencias que incluso consideran quebrantamiento de condena la expresión de comentarios injurioso o calumniosos para con la exesposa en el estado de *whatsapp*<sup>70</sup>; situación, sin duda más discutible y a la que sin embargo se le ha dado tal reconocimiento jurisprudencial<sup>71</sup>. Déjese anotado, en todo caso, que no obstante lo anterior, conviene diferenciar

69 Con acierto se ha señalado que “estas conductas se repiten con frecuencia en los casos de violencia de género, por lo que puede ocurrir que la mujer no haya sufrido episodios de malos tratos durante su relación, pero que es a raíz de su separación cuando el hombre comienza a acosarla, vigilarla y perseguirla sin más” (Magro, 2015b, p. 13). Es por ello que su introducción en el CP tras la reforma de 2015 resultaba totalmente necesaria.

70 SAP Valladolid, Sec. 4.<sup>a</sup>, de 13 de abril de 2015.

71 Sobre el alcance que han dado los Tribunales a los comentarios publicados en el estado de *whatsapp* puede verse Bertola, 2016, p. 1 y 2.

entre conductas potencialmente constitutivas de un delito de *stalking* y las constitutivas de un delito de maltrato habitual. El maltrato habitual requiere de la creación de un clima de violencia con permanente dominación de la víctima de forma tal que le impida el normal desarrollo de su personalidad y la realización de su actividad cotidiana en condiciones de libertad y normalidad<sup>72</sup>. El *stalking*, por su parte, concurre con la creación de un simple clima de hostigamiento o acoso que antes de la reforma de 2015, se sancionaba por la vía del delito de coacciones<sup>73</sup>. Así, al margen

72 Sostiene la STS N.º 526/2012, respecto del maltrato habitual que “la conducta se caracteriza por la presencia constante de la violencia creando una situación permanente de dominación sobre las víctimas, que las atemoriza impidiéndoles el libre desarrollo de su vida. Esa situación de dominación mediante el temor suscitado en la víctima se alcanza ordinariamente a través de actos que incorporan diferentes dosis de violencia, física o psíquica, que incluso de forma sutil provocan en la víctima una sensación de automenospresio que una vez instaurada conduce al sometimiento de su persona a la voluntad del autor”. Por su parte, la STS 765/2011, de 19 de julio, ejemplifica situaciones de maltrato habitual en actitudes tendentes a menospreciar a la pareja mediante frases como “eres una guarra” y otros insultos; despreciar su actitud al arrojar a la basura las medicinas que ella le compraba o su actividad tirando al suelo la comida; atemorizarla mediante el golpeo violento de objetos, llegando a causar un agujero en una pared de la casa; proceder a cortar la ropa interior de aquella; controlar las llamadas y mensajes de texto realizados a través del teléfono móvil; emplear violencia física contra ella, colocándole un cuchillo en el cuello y en el abdomen al tiempo que la amenazaba, o arrojarla al suelo colocándose sobre ella para inmovilizarla y exigirle que le dijera el número PIN de su teléfono móvil para controlar su contenido, son ejemplos de actos que, valorados tanto individualmente como en su conjunto permiten afirmar que la conducta del recurrente se orientaba hacia la dominación de la mujer mediante el uso de violencia física o psíquica y que por lo tanto cumplía las exigencias típicas del artículo 173.2.1º del Código Penal”.

73 La SAP Madrid (Sec. 27ª), 121/2016, de 10 de marzo analiza un supuesto en el que reconoce la posibilidad de que determinados hechos sean constitutivos de *stalkig* pero no así de maltrato habitual: “Los episodios fácticos que se describen en el relato de Hechos Probados y que podrían ser tenidos en cuenta para deducir razonablemente la existencia del clima de violencia y dominación exigido por el tipo son los siguientes: Durante el mes de diciembre de 2014, remisión de más de 100 mensajes de *whatsapp*.

“En este contexto de hostigamiento y humillación creado por el acusado, éste, con la intención de imponer su voluntad, le espetó en algunos de los mensajes remitidos “Quita esas denuncias y te olvido (...), déjame curarme tranquilo y tú tendrás esa tranquilidad para siempre que tanto quisiste (...), si quieres seguir con esto allá tú! (...), ya te dije que no quería problemas y te los estás buscando a ti y a mí (...), esto va a acabar muy mal (...), estás mal de la cabeza, rata de mierda, miserable, quita esas putas denuncias y dame eso de una puta vez”.

de estas consideraciones respecto del maltrato habitual, cabrá entender que mediando orden de alejamiento con prohibición de comunicación, cualquier actuación constitutiva de *stalking* supondrá el quebrantamiento de la misma.

De lo que se trata, en suma, es de favorecer una interpretación que impida que las nuevas tecnologías puedan utilizarse impunemente para amenazar, intimidar o quebrantar —como es el caso— una orden de alejamiento. Dado que es cierto que la comunicación a través de la red fomenta las posibilidades de anonimato, si no se favorecen y fomentan los mecanismos de determinación de la identidad del sujeto emisor no se conseguirá dar la debida protección frente a un amplio catálogo de actuaciones delictivas. Y, por otro lado, la publicación en foros o redes de opiniones injuriosas, calumniosas o amenazantes aunque pueda pensarse que no suponen una amenaza directa cuando están emitidas desde el anonimato, pueden suponer una clara amenaza para la persona que las recibe y que identifica de forma evidente a su emisor. Es cierto que el concepto de amenaza puede admitir cierto grado de subjetividad o valoración y que cuando estas se emiten en un foro público, lo que para un usuario puede no resultar amenazante, para otro, sin duda lo es. Desde esta perspectiva, habrá que favorecer los mecanismos que permitan perseguir la publicación de amenazas en estos foros públicos de comunicación; pues tal y como con acierto han sostenido nuestros Tribunales, no amenaza aquél cuyos propósitos son descubiertos, sino aquél que los revela (SAP Madrid, Sec. 26<sup>a</sup>, de 28 de enero de 2016)<sup>74</sup>.

---

Desde el 26 de junio de 2015 hasta el día 19 de julio de 2015, remisión de decenas de mensajes de *whatsapp* y realización de tres llamadas de teléfono.

La mera reiteración de mensajes y llamadas telefónicas puede determinar un hostigamiento o acoso, que el Código Penal castiga como constitutivo del delito del artículo 172 *ter* CP, y que antes de la reforma operada por la LO 1/2015 se perseguía como delito de coacciones leves; pero en ningún caso determina “la presencia constante de la violencia creando una situación permanente de dominación sobre las víctimas, que las atemoriza impidiéndoles el libre desarrollo de su vida” (términos usados por la STS 526/2012, de 26 de junio).

74 En este caso concreto, el fallo de la sentencia resultó absolutorio de un delito de amenazas por la expresión del estado de *whatsapp*, fundamentado en que la denunciante había bloqueado previamente al denunciado.