

PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. DECLARACIÓN DE COIMPUTADO

(Comentario a la STS, Sala de lo Penal, de 5 de junio de 2012)¹

Casto Páramo de Santiago

Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)

EXTRACTO

Doctrina jurisprudencial en materia de presunción de inocencia y su posible enervación mediante prueba indiciaria. La declaración de un coimputado que incrimine a otro no puede erigirse en el único fundamento de una condena penal: para que pueda ser tenida por prueba que forme la convicción del tribunal en tal sentido, se precisan datos externos que corroboren de forma suficiente lo manifestado por el imputado. Puede decirse que, cuando exista una duda objetiva, debe actuarse el efecto garantista de la presunción constitucional, con la subsiguiente absolución del acusado. La declaración de un coimputado no puede servir de corroboración a la de otro imputado. Lo corroborado no es la credibilidad, sino el hecho declarado probado bajo la exigencia de la garantía de la presunción de inocencia. Se niega el alcance de corroboración a la falta de verosimilitud de la explicación o coartada del acusado. El subtipo agravado del artículo 165 del Código Penal (detención ilegal o secuestro en este caso cuando la víctima fuere incapaz) requiere la existencia del dato objetivo de una condición de la víctima que permita considerarla incapaz en el sentido que a esa expresión da el artículo 25 del Código Penal; es decir, que se encuentra, por razón de su enfermedad, imposibilitada para el autogobierno. Además se trata de un subtipo agravado que reclama, como elemento subjetivo, la percepción de ese presupuesto objetivo del tipo, bajo cuyo bagaje informativo el agente decide realizar su comportamiento típico. La naturaleza del delito implica una situación de hegemonía que hace de la superioridad componente ínsito en su tipicidad y, por ello, la estimación de la agravante conculcaría lo dispuesto en el artículo 67 del Código Penal, que proscribe el *non bis in idem*. La calificación de uso de la tarjeta no puede subsumirse en el tipo penal del robo. La obtención de la tarjeta con la que los acusados obtienen dinero en el cajero deriva de un hecho de sustracción violenta, que da lugar a la calificación de tal hecho como delito de robo. Pero, cuando se lleva a cabo la segunda sustracción, no solamente no se reitera ninguna actuación violenta, ni siquiera acto de apoderamiento de tarjeta, ya en posesión de los acusados, sino que la persona a quien había sido sustraída había fallecido. La adecuada calificación del hecho exige su consideración como delito de estafa y no de robo, ni violento ni con fuerza en las cosas.

Palabras clave: presunción de inocencia, declaración de coimputados, estafa y robo, concepto de «llave falsa», detención ilegal y víctima incapaz.

Fecha de entrada: 05-01-2013 / Fecha de aceptación: 08-01-2013

¹ Véase el texto de esta sentencia en la *Revista Ceflegal (Legislación y Jurisprudencia)*, CEF, núm. 145, febrero 2013.

PRESUMPTION OF INNOCENCE. STATEMENT CO-DEFENDANT (Commentary on the Supreme Court of 5 June 2012)

Casto Páramo de Santiago

ABSTRACT

Case law on presumption of innocence and their possible innervation by circumstantial evidence. A co-defendant's statement incriminating another can not establish itself as the sole basis for a criminal conviction: that could be regarded as evidence that forms the conviction of the Court in this regard, external data are needed to sufficiently corroborate the statements of the accused. It can be said, that when doubt exists objectively guarantor must act the effect of the constitutional presumption with subsequent acquittal of the accused. A co-defendant's statement could not serve to corroborate that of another defendant. The credibility is not confirmed but the fact stated tested under the requirement of the security of the presumption of innocence. It denies the extent of corroboration to the lack of credibility of the explanation or alibi. The subtype aggravated Article 165 of the Penal Code (unlawful detention or kidnapping in this case when the victim is incapable), requires the existence of objective evidence of a condition that allows the victim unable to consider in the sense that gives expression to this article 25 of the Criminal Code, that is, that is because of his illness, unable to self-government. Moreover it is a subtype aggravated claiming, as a subjective element, the perception that budget rate target, under whose background information, the agent decides to perform his typical behavior. The nature of the offense involves a situation of hegemony superiority makes component I insist on their typicality and therefore estimate the aggravating violate the provisions of article 67 of the Penal Code which proscribe the principle of non bis in idem. The score card usage can not be subsumed in the crime of theft. Obtaining the credit card with which the defendants obtained money in the cashier derived from a subtraction fact violent, leading to the qualification of such fact as robbery. But, when carrying out the second subtraction, not only reiterates no action is not violent, not even card act of empowerment, and in possession of the accused, but the person who had died had been stolen. The proper characterization of the act requires consideration as crime of fraud, but not robbery.

Keywords: presumption of innocence, statement co-defendant, fraud and theft, concept of «false key» and illegal detention.

La sentencia seleccionada analiza cuestiones de interés, algunas de ellas relacionadas estrechamente con la presunción de inocencia, con el resultado de la prueba y su plasmación en la sentencia recurrida, y otras con cuestiones de naturaleza sustantiva, que afectan a la condena por delito de robo en la utilización de la tarjeta de crédito previamente sustraída a la víctima.

En resumen, los hechos de la sentencia de instancia son los siguientes: tres personas, los condenados, entran en el domicilio de la víctima en la que se instalan durante un tiempo, durante el cual la golpean, maltratan y privan de alimentos, bebida y medicación que debía tomar por ser enfermo mental de esquizofrenia, y a la que igualmente encerraban en su dormitorio para impedir que escapara. En ese lapso temporal permiten el acceso a toxicómanos a la vivienda, y logran, en ese contexto de violencia, que la víctima les haga entrega de su tarjeta de crédito así como del número secreto, sustrayendo así diferentes sumas de dinero. La víctima fallece cuando la encierran, atan y amordazan de tal forma que se produce la asfixia, momento en el que abandonan el domicilio, no obstante lo cual sustraen dinero con la tarjeta posteriormente. Los acusados estuvieron en la vivienda de la persona propietaria de la vivienda cerca de dos meses.

Los motivos de recurso que esgrimen los condenados aluden fundamentalmente al principio de presunción de inocencia, que consideran vulnerado en diversos supuestos de condena por algunos de los diferentes delitos objeto de sanción penal.

Cualquier actuación delictiva, como la referida en la sentencia que se comenta, en la que se cometen diversos hechos de importancia que afectan a la vida y a otra serie de bienes jurídicos, debe resultar acreditada de manera objetiva de modo que quede justificada la sanción penal que en cada caso se imponga. No puede entenderse cumplido si la prueba de la que se vale el juzgador no se motiva adecuadamente, de forma que no quede mediante una adecuada y razonable explicación expuesto el discurso a través del cual el juzgador termina por imponer una sanción penal.

Si, por el contrario, se ha producido, en relación con tales hechos, una actividad probatoria revestida de los requisitos propios de la prueba de cargo, con sometimiento a los principios procesales de oralidad, contradicción e inmediación, no puede estimarse la violación constitucional basada en la presunción de inocencia, pues las pruebas así obtenidas son aptas para destruir dicha presunción, quedando sometidas a la libre y razonada valoración del Tribunal de instancia, a quien por ley corresponde tal función.

Las alegaciones en el proceso penal obligan al Tribunal de casación a comprobar que el Tribunal de instancia ha tenido en cuenta pruebas de cargo, de contenido suficientemente incriminatorio, obtenidas e incorporadas al juicio oral con respecto a los derechos fundamentales y con arreglo a las normas que regulan su práctica, de manera que se pueda considerar acredita-

da la realidad de unos hechos concretos, con sus circunstancias relevantes jurídico-penales, y la participación o intervención de los acusados en los mismos. También debe el tribunal verificar que la valoración realizada no se aparta de las reglas de la lógica y no es, por lo tanto, irracional o arbitraria. Las posibilidades de realizar esta revisión no suponen una autorización para invadir el campo de la valoración de la prueba, que corresponde al Tribunal de instancia, ante el cual se practica, y que puede por ello realizar un análisis conjunto y completo de toda la practicada. El derecho a la presunción de inocencia alcanza solo a la total ausencia de prueba y no a aquellos casos en que en los autos se halla reflejado un mínimo de actividad probatoria de cargo, razonablemente suficiente y producida en el juicio oral con las debidas garantías procesales (SSTS de 18 de marzo y de 17 de junio de 2002).

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de marzo de 2012 manifiesta la necesidad de realizar una triple verificación cuando se alega la vulneración del mencionado principio:

- a) En primer lugar, debe analizar el «juicio sobre la prueba»; es decir, si existió prueba de cargo, estimando por tal aquella que haya sido obtenida con respecto al canon de legalidad constitucional exigible, y que, además, haya sido introducida en el Plenario de acuerdo con el canon de legalidad ordinaria y sometido al cedazo de la contradicción, inmediación e igualdad que definen la actividad del Plenario.
- b) En segundo lugar, se ha de verificar «el juicio sobre la suficiencia»; es decir, si constatada la existencia de prueba de cargo, esta es de tal consistencia que tiene la virtualidad de provocar el decaimiento de la presunción de inocencia.
- c) En tercer lugar, debemos verificar «el juicio sobre la motivación y su razonabilidad»; es decir, si el tribunal cumplió con el deber de motivación; es decir, si explicitó los razonamientos para justificar el efectivo decaimiento de la presunción de inocencia, ya que la actividad de enjuiciamiento es, por un lado, una actuación individualizadora, no seriada, y, por otra parte, es una actividad razonable; por lo tanto, la exigencia de que sean conocidos los procesos intelectuales del tribunal sentenciador que le han llevado a un juicio de certeza de naturaleza incriminatoria para el condenado es no solo un presupuesto de la razonabilidad de la decisión *intra processum*, porque es una necesidad para verificar la misma cuando la decisión sea objeto de recurso e, incluso, *extra processum*, ya que la motivación fáctica actúa como mecanismo de aceptación social de la actividad judicial.

Por tanto, la decisión alcanzada por el tribunal sentenciador, en sí misma considerada, debe ser lógica, coherente, razonable, de acuerdo con las máximas de experiencia, reglas de la lógica y principios científicos. Es posible que pudieran deducirse otras conclusiones, pero no se trata de comparar las distintas posibilidades, sino, más limitadamente, de si la decisión escogida por el tribunal sentenciador soporta y mantiene la condena. Así pues toda sentencia condenatoria: a) debe expresar las pruebas en que se sustenta la declaración de responsabilidad penal; b) el sustento ha de venir dado por verdaderos actos de prueba conformes a la ley y a la Constitución;

c) practicados normalmente en el acto del juicio oral, salvo los supuestos admisibles de pruebas preconstituidas; d) valorada, y debidamente motivada, por los tribunales con sometimiento a las reglas de la lógica y la experiencia y referida a los elementos esenciales del delito objeto de condena; e) que acredite más allá de toda duda razonable la participación del acusado en los hechos que se le imputan.

Debe, también, citarse la relevancia que, en orden a considerar enervada o no la presunción de inocencia, tiene la declaración del imputado, como una de las cuestiones abordadas en los recursos interpuestos y que es resuelta por la sentencia que se comenta. En este sentido, debe decirse que la declaración inculpativa de coimputados, como han señalado el Tribunal Supremo y el Tribunal Constitucional, es de valoración legítima desde la perspectiva constitucional, dado su carácter testimonial, si bien carecen de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo únicas, no resultan mínimamente corroboradas por otras pruebas; y que la exigencia de corroboración se concreta en dos ideas: por una parte, que no ha de ser plena, sino mínima y, por otra, que no cabe establecer qué ha de entenderse por corroboración en términos generales, más allá de que la veracidad objetiva de la declaración del coimputado ha de estar avalada por algún hecho, dato o circunstancia externa, debiendo dejar al análisis, caso por caso, la determinación de si dicha mínima corroboración se ha producido o no. Debe añadirse que la corroboración mínima resulta exigible no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados, y que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración –como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de la declaración o su coherencia interna– carecen de relevancia como factores externos de corroboración. Igualmente se ha destacado que la declaración de un coimputado no constituye corroboración mínima de la declaración de otro coimputado y el Tribunal Constitucional ya aclaró que «... la exigencia de que la declaración inculpativa del coimputado cuente con un elemento externo de corroboración mínima no implica la existencia de una prueba directa o indiciaria sobre la participación del condenado en los hechos que se le imputan, sino, más limitadamente, una prueba sobre la veracidad objetiva de la declaración del coimputado respecto de la concreta participación del condenado». En este sentido debe indicarse que la sentencia, al desestimar este aspecto del recurso, no hace sino confirmar mediante la oportuna fundamentación la posición existente sobre esta cuestión, confirmando la sentencia de instancia.

También se resuelven otras alegaciones que afectan a la presunción de inocencia referidas al allanamiento de morada, se desestima por entender acreditados los elementos que justifican la calificación correspondiente, o referido al delito de trato degradante del que tampoco queda duda sobre su acertada calificación a la vista de las pruebas practicadas o a otros delitos (la sustracción de tarjetas).

No ocurre lo mismo con otras cuestiones que sí quedan afectadas por la falta de acreditación y fundamentación en la sentencia de instancia, como sucede con el elemento que agrava el delito de detención ilegal referido a la consideración de incapaz de la persona afectada, y ello apreciada de acuerdo con el subtipo agravado (art. 165 del CP). En primer lugar, porque no se concretan los aspectos de la enfermedad que determinarían la imposibilidad de gobernarse por sí mismo por

parte de la víctima, elemento esencial para poder ser considerada incapaz a los efectos del artículo 25 del Código Penal en relación con el subtipo mencionado, ni tampoco se acredita que el sujeto activo del delito conociera tal aspecto de la víctima, elemento esencial para poder atribuirle a los autores el tipo agravado. En este aspecto, los hechos probados no consignan nada como tampoco se constata la duración de la privación de libertad de que fue objeto la víctima, por lo que se estima el recurso y se elimina la agravación, aplicando solo el tipo básico de la detención ilegal (art. 163.1 del CP). Otro tanto ocurre con el delito de lesiones, por lo que la imputación no queda debidamente concretada, existiendo una prueba notoriamente insuficiente o deficiente.

También se cuestiona en el recurso de casación la aplicación de la agravante de abuso de superioridad, que conforme a reiterada jurisprudencia se exige para su concurrencia los siguientes requisitos (SSTS de 21 de marzo de 2000, de 26 de noviembre de 2008, de 2 de octubre de 2010, entre otras):

1. Que haya una situación de superioridad, es decir, un importante desequilibrio de fuerzas a favor de la parte agresora frente al agredido derivada de cualquier circunstancia; bien referida a los medios utilizados para agredir (superioridad medial), bien al hecho que concurren una pluralidad de atacantes (superioridad personal). Precisamente este último supuesto es el más característico y el de mayor frecuencia en inaplicación.
2. Esta superioridad ha de ser tal que produzca una notable disminución de las posibilidades de defensa del ofendido, sin que llegue a eliminarlas, pues si esto ocurriera, nos encontraríamos en presencia de la alevosía que constituye así la frontera superior de la agravante que estamos examinando. Por eso la jurisprudencia mencionada viene considerando a esta agravante como una alevosía menor o de segundo grado.
3. A tales elementos objetivos hemos de añadir otro de naturaleza subjetiva, consistente en que haya abuso de esta superioridad, esto es que el agresor o agresores conozcan esa situación de desequilibrio de fuerzas y se aprovechen de ellas para facilitar la realización del delito. Este elemento subjetivo supone la intencionalidad de este abuso prepotente y que la superioridad se haya buscado de propósito o, al menos, aprovechada, o sea un aprovechamiento intencional, no apreciándose cuando no sea buscada ni siquiera aprovechada, sino simplemente surgida en la dinámica comisiva.
4. Que esa superioridad de la que se abusa no sea inherente al delito, bien por constituir uno de sus elementos típicos, bien porque el delito necesariamente tuviera que realizarse así.

Por otro lado, dice igualmente el Tribunal Supremo que la circunstancia de abuso de superioridad no es una agravante de naturaleza estrictamente objetiva, sino mixta, de modo que, para que se afirme su existencia, es necesario, de acuerdo con la vigencia y preeminencia del principio de culpabilidad, que el sujeto activo conozca y se aproveche a su favor y en perjuicio del ofen-

dido del desequilibrio de fuerzas entre los dos existente, y el elemento subjetivo de la agravante reside simplemente en el conocimiento de la misma y en su consciente aprovechamiento o, dicho de otra forma, en lo representativo de la desigualdad de fuerzas o medios comisivos y en la voluntad de actuar al amparo o bajo la cobertura de dicha desigualdad.

La sentencia de acuerdo con dicha doctrina estima el recurso, bien por considerar la agravante de superioridad no justificada o probada debidamente en la detención ilegal, o bien por conculcar el principio de *non bis in idem* en el delito de asesinato, e injustificada por último en el delito de allanamiento de morada.

Respecto de la consideración de robo con violencia o intimidación, la utilización de la tarjeta de crédito sustraída es objeto de atención en los recursos y en la resolución. En este sentido debe decirse que han existido posiciones encontradas por las redacciones de los artículos 237 y 248.2 del Código Penal, que calificaban el hecho como robo con fuerza o como estafa.

Es evidente que la proliferación de los cajeros a pie de calle y la evidencia de que el acceso a los mismos podía producirse sin necesidad de utilizar la banda magnética de la tarjeta concreta con la que se pretendía la extracción llevaron a elaborar una complicada doctrina que partía del uso de la tarjeta como «llave» para acceder al teclado del ordenador. La inclusión del delito específico de estafa informática en el artículo 248.2 del Código Penal llevó a la doctrina, incluida la jurisprudencial, a replantearse la posibilidad de reconducir tales conductas al delito de estafa; pero se encontraron con el problema de que, en muchas ocasiones, suponía acreditar que había existido una auténtica manipulación informática o utilización de artificio semejante, sobre todo si la tarjeta sustraída no había sido manipulada y se conocía el PIN del titular. Tales dificultades llevaron a que la teoría del robo con fuerza se consolidara ante la no deseada posibilidad de que tales acciones devinieran impunes. No obstante, la literalidad del artículo 237 del Código Penal, cuando se refiere al empleo de fuerza para acceder al lugar donde se encuentran las cosas objeto de apoderamiento, continuaba haciendo rechinar la teoría, tanto por el significado del verbo «acceder» como por la referencia a un «lugar», y la jurisprudencia que en su día se consideró consolidada ha sido objeto de numerosas críticas por parte de la doctrina científica y de algunas sentencias posteriores, hasta el punto de que la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 9 de mayo de 2007 o la de 30 de mayo de 2009, que menciona la sentencia que se comenta, parecieron iniciar un cambio de doctrina que no se llegó a consolidar.

Pues bien, a día de hoy, el artículo 248 del Código Penal ya ha sido modificado por la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, que ha introducido el apartado c) del punto 2, que considera reos de estafa a «los que utilizan tarjetas de crédito o débito o cheques de viajes, o los datos obrantes en cualquiera de ellos, realicen operaciones de cualquier clase en perjuicio de su titular o de un tercero». Esto viene a resolver así las dudas suscitadas acerca de la calificación de los hechos enjuiciados, evidenciando la voluntad del legislador de calificar como estafa el empleo fraudulento de tarjetas en todo caso, ya en establecimientos comerciales, y por ello ante personas, o directamente ante terminales informáticos aun cuando en ellas se utilizare una clave o número PIN, en los términos de la Sentencia del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2009 ya citada.

Por tanto, resulta de todo punto congruente con la legislación existente y la jurisprudencia reciente la estimación del recurso en este aspecto. El hecho de acceder al cajero automático y sacar dinero con la tarjeta previamente robada, con violencia o intimidación o con fuerza en las cosas, previamente es calificable en la actualidad como estafa del artículo 248 del texto penal, imputación que sustentada por la acusación particular permite condenar por ese delito.