

# PRESUNCIÓN DE INOCENCIA Y COAUTORÍA

## (Comentario a la STS de 10 de noviembre de 2011) <sup>1</sup>

**CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO**  
*Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)*

### **Extracto:**

**SOLO** cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales carente de garantías, cuando no se motive el resultado de la valoración o cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado. También conviene recordar que la posibilidad de valorar diligencias sumariales en los casos en los que el acusado se acoge a su derecho a no declarar en el plenario solo pueden predicarse de aquellos que han sido desarrollados en presencia del juez de instrucción y que tienen por tanto naturaleza jurisdiccional. El juicio de autoría toma como base su reconocimiento de los hechos en la segunda de las declaraciones sumariales. El testimonio de la otra procesada tiene un valor probatorio decisivo, como elemento que refuerza la veracidad de la versión ofrecida. La violencia instrumental inequívocamente dirigida a vencer la resistencia de la niña que se niega a ser manoseada por el procesado ha merecido en la instancia la calificación de abuso sexual no violento del artículo 181 del Código Penal. La aceptación de esa tipicidad impide a esta Sala corregir lo que considera que debió ser calificado atendiendo a la existencia de un episodio violento en el que el autor quiere impedir la marcha de su víctima con el fin de continuar sometiéndola a los tocamientos lascivos que ya había iniciado. La aportación a la desaparición del cuerpo, todavía con vida, desborda los límites conceptuales de la complicidad. Quien después de ser requerida para desprenderse del cuerpo de una niña todavía con vida se presta a trasladar en su vehículo al agresor y a la víctima, no se limita a una aportación secundaria, accidental, sino que contribuye de forma decisiva, con dominio funcional del hecho, en la ejecución del delito.

**Palabras clave:** presunción de inocencia, abuso sexual, asesinato, complicidad.

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 134, marzo 2012.

# PRESUMPTION OF INNOCENCE AND COAUTHORED (Commentary on the Tribunal Supremo of 10 november 2011) <sup>1</sup>

**CASTO PÁRAMO DE SANTIAGO**  
*Fiscal (Fiscalía Provincial de Madrid)*

## **Abstract:**

**O**NLY it will be necessary to state the violation of the right to the presumption of innocence when there is no cargo test you validate, that is to say, when the judicial organs have valued an evidential harmful activity of other fundamental rights lacking in guarantees, or when the result of the valuation is not motivated, or when for illogical or insufficient there is not reasonable the discursive iter who drives from the test to the proven fact. Also it suits to remember that the possibility of valuing summing formalities for the cases in which the defendant takes refuge in his right not to declare in plenary, alone they can be preached of those that have been developed in presence of the Examining magistrate and that have therefore jurisdictional nature. The judgment of authorship takes his recognition of the facts as a base in the second one of the summing declarations. The testimony of other one processed has an evidential decisive value, as element that reinforces the veracity of the offered version. The instrumental violence unequivocally directed to conquering the resistance of the girl who refuses to be handled by the accused, has deserved in the instance, the qualification of sexual abuse I do not force of the article 181 of the CP. The acceptance of this penal type, it prevents to this Room from correcting what he considers it have should to be qualified attending to the existence of a violent episode in which the author wants to prevent the march of his victim in order to continue submitting it to the lewd abuses that already it had initiated. The contribution to the disappearance of the body, still alive, exceeds the conceptual limits of the complicity. The one who after being needed to part with the body of a still alive girl ready to moving in his vehicle the aggressor and the victim, does not limit himself to a secondary, accidental contribution, but he contributes of decisive form, with functional domain of the fact, in the execution of the crime.

**Keywords:** presumption of innocence, sexual abuse, murder, complicity.

---

<sup>1</sup> Véase el texto de esta sentencia en *Ceflegal. Legislación y Jurisprudencia*, núm. 134, marzo 2012.

La sentencia seleccionada para comentar tiene, considero, interés en la medida en que de la misma se desprende una calificación no ajustada a derecho en primera instancia, que motivó la decisión de la Audiencia Provincial, que condenaba a los procesados por abuso sexual y asesinato, así como la consideración de la existencia de complicidad como forma de participación en el asesinato, que no fue recurrida ni por el fiscal ni por la acusación particular. Por ello, al margen de una serie de consideraciones que se harán en relación con el derecho a la presunción de inocencia alegado como motivo del recurso, procederé a continuación a exponer los argumentos por los que considero que se puede considerar no ajustada a derecho la sentencia dictada en la instancia aunque, desde la falta de recurso por parte de las acusaciones aquietándose a lo fallado en dicha resolución, se configura como absolutamente ajustada y razonable la resolución del Tribunal Supremo desestimando el recurso interpuesto.

En relación con los hechos que sirven de base a la resolución recurrida son, brevemente, los siguientes: el procesado atrae a una menor de cinco años a su domicilio y, una vez que la tiene a su alcance, empieza a realizarle tocamientos a los que la menor se opone queriendo marcharse, originándose un forcejeo y agarrándola de las muñecas y del tórax y ocasionándole lesiones, entre ellas, un golpe contuso en el cráneo a nivel de la región parietal, entre otras, que dejaron a la menor inconsciente. Ante esta situación pide ayuda a su hermana que, con el vehículo, se dirige a una zona de marismas donde arroja el cuerpo. La menor estaba viva, produciéndose la muerte por asfixia por sumersión.

De estos breves datos se extrae una serie de elementos elocuentes que permiten mantener que existió una actuación violenta en el proceder del procesado para satisfacer sus deseos libidinosos y que nos encontramos ante un asesinato del que son autores ambos procesados, el varón y su hermana.

Discute el procesado la sentencia de instancia motivando el recurso interpuesto en la falta de prueba suficiente para condenarle por los delitos de abuso sexual y asesinato. Sin embargo, debe indicarse que, si bien en principio pudiera pensarse que efectivamente el derecho a la presunción de inocencia ha sido vulnerado por la falta de pruebas directas sobre los hechos, no obstante debe indicarse que no solo sirven a los efectos probatorios las pruebas desplegadas en el juicio oral, sino que las manifestaciones de los procesados durante la instrucción, cuando se niegan a declarar en el juicio oral, tienen la virtualidad de ser tenidas en consideración cuando las mismas han sido realizadas ante la autoridad judicial durante la fase de instrucción, y tanto más si existen otras pruebas y elementos que corroboran esas declaraciones, como pueden ser las declaraciones de otros coimputados en relación con los mismos hechos, así como declaraciones de testigos y peritos que ayuden a esclarecer lo ocurrido.

En el caso de la sentencia que se comenta, el condenado declaró sobre los hechos en instancia y, si bien ocultó en su manifestación dónde se deshizo de la víctima, dio datos que fundamentaron la imputación, a los que se unen las manifestaciones de la otra procesada condenada, que también reveló elementos incriminatorios. Esas declaraciones, unidas a las periciales realizadas y al conjunto de elementos probatorios de que dispuso el tribunal de instancia, permiten concluir que no se vulneró el derecho

fundamental a la presunción de inocencia. A este respecto, la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de noviembre de 2010 sostiene que se considera lícita la valoración de la declaración autoincriminatoria, no solo del acusado en plenario (STC de 12 de marzo de 2007), sino incluso la realizada por el imputado en la instrucción (STC de 18 de septiembre de 2002) pues, como precisa la Sentencia del Tribunal Constitucional 136/2006, de 8 de mayo, el derecho a no declarar contra sí mismo, a no confesarse culpable y a que las declaraciones se presten con asistencia letrada son garantías constitucionales que constituyen un medio eficaz de protección frente a cualquier tipo de coerción o compulsión ilegítima, por lo que el contenido de las declaraciones del acusado puede ser valorado siempre como prueba válida. Ello significa que el tribunal puede otorgar prevalencia para fundar su convicción a la prueba practicada en la fase de instrucción sobre la practicada en el plenario, en caso de discordancia entre ambas, siempre que aquella sea sometida en tal acto a contradicción con las expresadas garantías, por traslucir una mayor verosimilitud y fidelidad, como tiene declarado reiteradamente el Tribunal Supremo.

De manera que, cuando un testigo o acusado declara en el juicio oral en un sentido distinto a lo manifestado en la instrucción, el tribunal, como una expresión más del principio de apreciación conjunta de la prueba, puede tener en cuenta cualesquiera de tales declaraciones total o parcialmente asumiendo, en su caso, las precedentes al juicio, con tal de que en la diligencia de instrucción se hayan observado las formalidades y requisitos exigidos por la ley y que de algún modo se incorpore al debate del plenario el contenido de las anteriores o, al menos, que en el desarrollo del juicio se contengan referencias a lo expresado por testigos o acusados en sus comparecencias ante policía y juez instructor, lo que puede deducirse, incluso, del propio contenido de las preguntas o respuestas reflejadas en el acta del juicio.

Esta doctrina es aplicable al caso de autos, máxime cuando el fundamento de la condena se encuentra también en el testimonio de la otra procesada. La declaración de la coacusada es una prueba constitucionalmente legítima, que ha de venir corroborada mínimamente por algún hecho, dato o circunstancia externa para constituir prueba de cargo bastante en orden a destruir la presunción de inocencia, puesto que al acusado, a diferencia del testigo, le asiste el derecho, reconocido en el artículo 24.2 de la Constitución Española, a guardar silencio total o parcialmente, a no decir nada.

Estas consideraciones referidas a la prueba de cargo deben extenderse a la otra procesada que cuestiona la prueba existente para condenarla, en la medida en que su declaración determinó con claridad su implicación incuestionable en el hecho que era inequívocamente ilícito.

Hubo, respecto de ambos procesados, prueba de cargo suficiente, lícita y valorada de manera lógica y racional por el tribunal de instancia.

Donde aparecen aspectos cuestionables es en la subsunción de los hechos en los tipos que se aplican por la Audiencia Provincial, pero que no son alterados por esta sentencia al no haber sido recurrida por las acusaciones. Esto resulta evidente partiendo de los hechos probados de la sentencia tanto del delito de abuso sexual como de la complicidad, no así en lo que hace al delito de asesinato, pues resulta evidente que es ajustada a derecho la aplicación del artículo 139.1 del Código Penal al considerarse alevosa la muerte de la menor.

Sin embargo, en lo referido al abuso sexual aplicado por la sentencia de instancia través del artículo 181.1 y 2 del Código Penal, debemos señalar lo siguiente: el primero de los preceptos aplicados dispone que el que, sin violencia o intimidación y sin que medie consentimiento, realizare actos que aten-

ten contra la libertad o indemnidad sexual de otra persona, será castigado, como responsable de abuso sexual. De este precepto se desprende claramente que la existencia de violencia impide considerar el hecho como abuso sexual y de los hechos probados se desprende con claridad que existió violencia en el proceder del procesado que fue condenado por este delito.

Una agresión sexual precisa de una serie de requisitos necesarios para su calificación como tal: 1.º un elemento objetivo, la acción proyectada sobre el cuerpo de una persona ajena. 2.º Un elemento intencional o psicológico, representado por la finalidad libidinosa y sexual de satisfacer tales instintos, utilizando tanto el empleo de violencia física o intimidación, de manera que reiterada jurisprudencia mantiene que el atentado contra la libertad sexual se realice con violencia o intimidación, suponiendo la violencia el empleo de cualquier medio físico para doblegar la voluntad de la víctima. La intimidación implica el uso de amenaza de un mal con entidad suficiente para eliminar su propia resistencia, señalándose que la intimidación a efectos de integrar el tipo de agresión sexual debe ser seria, inmediata y grave y, si ello no se produjera, integraría el delito de abuso sexual cuando el consentimiento está ausente.

El Tribunal Supremo, en la Sentencia de 29 de enero de 2009, establece que debe existir una relación «causa-efecto entre esa violencia o intimidación y el mencionado contacto corporal en un doble sentido: a) que la mencionada vis física o psíquica vaya dirigida a conseguir ese contacto corporal; b) que por su entidad y circunstancias haya de considerarse suficiente para esa finalidad. Es frecuente que en el mismo hecho concurren las dos clases de fuerza (física y psíquica) y por ello en estos casos, para valorar si hubo o no tal suficiencia, habrá de tenerse en cuenta la intensidad de la una y de la otra apreciadas en su conjunto».

Es reiterada la jurisprudencia que considera que la violencia o intimidación constituye, en efecto, el criterio básico para deslindar las conductas de agresión de las de abuso. Bastará una violencia idónea, no para vencer la resistencia de la víctima, sino para doblegar la voluntad del sujeto pasivo. Para ello habrán de valorarse todas las circunstancias concurrentes: subjetivas, edad de los sujetos activo y pasivo, constitución física de ambos, entre otras. Será decisiva la medición de la violencia idónea con criterios cualitativos y no cuantitativos y también la vinculación causal entre violencia ejercida y el contacto sexual alcanzado, al que la víctima no habría accedido de no haber mediado aquella.

Si aplicamos lo expresado en los párrafos anteriores a los hechos probados de la sentencia que se comenta, se desprende con claridad que el delito por el que debió ser condenado el procesado debió ser el de agresión sexual, pues la violencia desplegada tuvo como finalidad cometer los hechos atentatorios contra la indemnidad sexual de la menor.

Respecto de la complicidad apreciada en la conducta de la otra procesada, tampoco se entiende que la decisión del tribunal de instancia pueda ser considerada acertada, en la medida en que de los hechos resulta claramente que el proceder de esta imputada no se enmarca en la complicidad, sino en la autoría por cooperación necesaria del artículo 28 del Código Penal.

Es cierto que la autoría y la complicidad exigen siempre concierto previo, pero la autoría exige, además, el dominio del hecho y una aportación esencial en la fase ejecutiva del delito (de no ser en dicha fase no habría dominio del hecho), mientras que en la complicidad, además del «concierto previo» de voluntades entre cómplice y autor, el primero no domina el hecho ni realiza aportación esencial en la comisión del delito, sino que realiza un hecho accesorio, secundario. Señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de octubre de 2009 que la coautoría por condominio del hecho requiere, en primer lugar, según un asentado criterio doctrinal, un mutuo acuerdo encauzado a la realización conjunta del hecho

delictivo, ya sea en un momento previo a la ejecución o durante el curso de esta (coautoría sucesiva). A este requisito ha de sumarse otro imprescindible de carácter objetivo: la aportación de una parte esencial en la realización del plan durante la fase ejecutiva, sin que sea preciso que los actos realizados aparezcan descritos formalmente en el tipo penal. Hay autoría si la acción examinada determina esencialmente la comisión o decisión de la perpetración del delito y hay complicidad cuando no ocurre así.

La jurisprudencia del Tribunal Supremo en Sentencia de la Sala Segunda de 7 de julio de 2010, entre muchas otras, determina que la complicidad descansa en la existencia de un requisito subjetivo: a) el elemento subjetivo o *pactum scaelarum* previo o simultáneo a la acción, inicial o sobrevenido, expreso o tácito, con conciencia de la antijuridicidad e ilicitud de la colaboración con voluntad de participar contribuyendo a la consecución del resultado ilícito, así como un requisito objetivo que exige la aportación de actos anteriores o simultáneos de carácter auxiliar, secundarios o accesorios, no imprescindibles para la realización del acto delictivo, distinguiéndose de la coautoría en la carencia del dominio funcional del acto, y de la cooperación necesaria, equiparada a la autoría, en el carácter secundario de la intervención, sin la cual la acción delictiva podría igualmente haberse realizado, por no ser su aportación de carácter necesario, bien en sentido propio, bien en el sentido de ser fácilmente sustituible por no tratarse de un bien escaso. Es evidente que un acto de estas características requiere inexorablemente una aportación de determinada significación, que no puede ser reemplazada en ningún caso por el acuerdo entre los partícipes. Si esto es así respecto de la cooperación necesaria, no puede ser de otra manera para la coautoría, toda vez que esta debe implicar también un juicio sobre la aportación al hecho que justifique un reproche penal adecuado a la autoría.

Por consiguiente, por un lado, el acuerdo constituye una condición de la coautoría, pero no la única, pues es preciso que a la decisión común le acompañe una división de tareas que no signifique subordinación de unos respecto de otros y ese aporte principal o esencial exterioriza el dominio funcional de cada uno sobre el hecho; por tanto, debe tratarse de una intervención principal e indispensable que resulte causal del resultado, posibilitándolo, intensificándolo o asegurándolo.

Mientras que la complicidad, según la jurisprudencia consolidada (STS de 18 de octubre de 2006), no es ni más ni menos que un auxilio eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquellos anima y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados; es una participación accidental y de carácter secundario. Por tanto, es necesario el conocimiento del propósito criminal del autor y la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquel, ejecutando para ello actos periféricos, accesorios o secundarios.

De acuerdo con esta doctrina no parece que el proceder de la procesada pueda tener la consideración de accesorio o periférico, sino principal o fundamental, de manera que tenía el dominio funcional del hecho y realizó los actos que condujeron a la muerte de la menor tras ser arrojada a las marismas, donde pereció ahogada; por tanto, con conocimiento de lo que ocurría, realizó todos los actos necesarios que condujeron al hecho delictivo, sin cuya colaboración no hubiera podido ser realizado, empleando para ello su vehículo y realizando un conjunto de actos, como se describe en los hechos probados y en la sentencia que se comenta, sin los cuales no hubiera tenido lugar el hecho. Tenía el dominio funcional del hecho y, de acuerdo con su hermano, el otro procesado, cooperó necesariamente al fallecimiento de la menor, por lo que debió ser condenada como cooperadora necesaria. La sentencia que se comenta es correcta desde el punto de vista procesal, pues no puede modificarse la sentencia en perjuicio del condenado si no se recurre por las acusaciones que se aquietaron con la decisión de la instancia.