

En Sevilla, a 20 de octubre de 2011.

Vistos en grado de apelación por la Sección Tercera de esta Audiencia, integrada por los Ilmos. Sres. Magistrados reseñados al margen, el Procedimiento de Menores procedente del Juzgado núm. 3 de Menores de esta capital, seguido por delitos de asesinato, dos presuntos delitos de agresión sexual, un presunto delito contra la integridad moral, un presunto delito de profanación de cadáveres y otro de encubrimiento, contra el menor Francisco Javier, cuyas circunstancias personales ya constan, el cual ha sido defendido en el acto de la audiencia por el Letrado Sr. De Pablo Daza y venido a éste Tribunal en virtud de los recursos de apelación interpuestos por la representación procesal del citado menor, el Ministerio Fiscal representado en el acto de la audiencia por la Ilma. Sra. Saraza Jimena, por la acusación particular que ejerce Antonio representado por el Procurador Sra. Bernal Gutiérrez y defendido por el Letrado Sr. Calero Martínez. Han sido partes los referidos, los responsables civiles Rosalía Inmaculada y Ángel Manuel, defendidos por el Letrado Sr. Navarro Lledó, y Ponente en esta alzada el Ilmo. Sr. D. José Manuel Holgado Merino.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En fecha 24 de marzo de 2011 el Ilmo. Sr. Magistrado Juez del Juzgado de Menores designado para el conocimiento del procedimiento que se sigue en el expediente de reforma registrado con el núm. 65/09 seguidos ante el Juzgado de Menores núm. 3 de Sevilla, dictó sentencia en la que recoge como hechos probados:

“Único.- De las pruebas practicadas en el acto de la audiencia se consideran como hechos probados y así se declaran que sobre las 17,45 horas del día 24 de enero de 2009 el menor acusado Francisco Javier (nacido en fecha de 13-05-1993) acudió en bicicleta al domicilio de su amiga Marta C. sito en la calle xxxxxx de esta ciudad ya que previamente habían quedado con ella a través del servicio messenger. Una vez que el menor llegó al mencionado domicilio llamó al porterillo recibiendo como respuesta que Marta había salido, dirigiéndose entonces el menor hacia una plaza situada en la barriada de Santa María de Ordaz (lugar de reunión habitual del grupo de amigos) en la que ya se encontraban Marta y otra persona mayor de edad penal cuya conducta no se enjuicia en el presente procedimiento, uniéndose posteriormente a la reunión

otros amigos comunes permaneciendo en el mencionado lugar por espacio de aproximadamente una hora y media.

Asimismo son hechos probados que Marta y la persona mayor de edad cuya conducta no se enjuicia en el presente procedimiento abandonaron el lugar a bordo del ciclomotor propiedad de ésta con dirección al barrio de Triana de esta capital mientras que Francisco Javier se dirigió hacia la zona del Polideportivo San Pablo ya que había quedado con otros amigos para hacer una botellona.

Igualmente son hechos probados que; tras estar en el barrio de Triana durante un corto período de tiempo; Marta y la persona mayor de edad se dirigieron al domicilio de la calle L., núm. ... de esta ciudad. Una vez en el interior del mencionado domicilio, la persona mayor de edad, guiado por motivos y en circunstancias que no se enjuician en la presente resolución, dio muerte a Marta. Con posterioridad a este hecho; la persona mayor de edad llamó por teléfono móvil al menor acusado y a otra persona mayor de edad cuya conducta tampoco se enjuicia en el presente procedimiento para que acudieran al domicilio de la calle L. El menor acusado acudió a su domicilio sito en la Avenida C. de esta capital donde había quedado con esta segunda persona mayor de edad y; tras coger las llaves del vehículo marca y modelo Volkswagen Polo matrícula xxx propiedad de la madre del menor acusado; ambos se dirigieron a bordo del mencionado vehículo al domicilio de la calle L.

Asimismo son hechos probados que; una vez que llegaron al mencionado domicilio; el menor acusado y esta segunda persona mayor de edad entraron en el mismo en cuyo interior se encontraba la persona mayor de edad que había dado muerte a Marta así como un hermano de éste (igualmente mayor de edad y cuya conducta no se enjuicia tampoco en el presente procedimiento) así como el cuerpo sin vida de Marta. El menor acusado y las tres personas mayores de edad decidieron, actuando de mutuo acuerdo y con la finalidad de evitar que se descubriera la muerte de Marta, hacer desaparecer el cuerpo de la misma y con este propósito ya en una hora no determinada de la madrugada del día 25 de enero de 2009, el menor acusado auxiliado por el mayor de edad que le había acompañado en el vehículo hasta el domicilio de la calle L. sacaron a peso del interior del citado domicilio el cuerpo de Marta mientras que la persona mayor de edad que había acabado con la vida de Marta sacaba una silla de ruedas al exterior del inmueble y; tan pronto como las condiciones del inmueble lo permitieron, colocaron el cuerpo de Marta en la silla de ruedas y lo trasladaron hasta el lugar en el que estaba estacionado el vehículo propiedad de la madre del menor acusado introduciendo el cuerpo de Marta tumbado en

los asientos traseros del mismo y montándose en el vehículo tanto el menor acusado como la persona mayor de edad penal mientras que la persona mayor de edad penal que había acabado con la vida de Marta; tras dejar la silla de ruedas; se montó en su ciclomotor y siguió al vehículo llevando el cuerpo de Marta hasta un lugar no determinado y dando al mismo un destino que a día de hoy se ignora completamente.

No ha quedado debidamente acreditado o probado que el menor acusado Francisco Javier penetrara vaginalmente a Marta ni que ayudara a otra persona mayor de edad a que ésta penetrara vaginalmente a Marta e igualmente tampoco ha quedado debidamente acreditado o probado que el menor acusado participara en la muerte de Marta.

Se da por reproducido el informe del representante del Equipo Técnico que consta en las actuaciones respecto a las circunstancias sociales, personales y familiares del menor.

El menor Francisco Javier es hijo de Rosalía Inmaculada y de Ángel Manuel y el fallo es del siguiente tenor literal: “Que debo imponer e impongo al menor Francisco Javier como responsable en concepto de autor de un delito de encubrimiento previsto y penado en el artículo 451.2 del Código Penal concurriendo la circunstancia de actuación en grupo la medida de 3 años de internamiento en régimen cerrado debiendo cumplir 2 años y 11 meses en centro cerrado y el último mes en libertad vigilada con el contenido que se expresa en la presente resolución y con abono íntegro del período de tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares impuestas al menor a determinar en fase de ejecución de la presente sentencia.

Que debo absolver y absuelvo al menor Francisco Javier del delito de asesinato, de dos delitos de agresión sexual siendo uno de ellos en condición de cooperador necesario, de un delito contra la integridad moral y de un delito de profanación de cadáveres que se le imputaban en el presente expediente de reforma.

Notifíquese la presente resolución a las partes así como a la Dirección General de Justicia Juvenil a los efectos oportunos”.

SEGUNDO.- Notificado la misma se interpusieron recursos de apelación, por la representación procesal del menor Francisco Javier, por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular que ejerce Antonio, en tiempo y forma en base a los motivos que en el cuerpo de esta resolución serán analizados.

TERCERO.- Turnadas las actuaciones a esta Sección 3ª se designó Ponente al Magistrado señalado al inicio.

CUARTO.- Siendo necesaria la celebración de vista, se señaló y celebró el día 27 de septiembre de 2011 en cuyo acto, al que no asistió el menor que había sido citado, comparecieron su defensa y el Ministerio Fiscal, así como los defensores de la acusación particular y responsables civiles y todos informaron oralmente en apoyo de sus pretensiones.

Hechos Probados:

Se dan por reproducidos los de la resolución recurrida, si bien, se añade la frase que literalmente dice: El menor Francisco Javier dijo ante la Policía y Fiscalía de Menores, de modo reiterado, sin que conste que sea así, que el cuerpo de Marta estaba en el Río Guadalquivir y ello ha ocasionado unos gastos por búsqueda del cuerpo de Marta en el río Guadalquivir para la Jefatura Superior de Policía de Sevilla en la suma de 85.115,98 euros, si bien es un valor estimado provisionalmente. En igual sentido, se ocasionaron gastos por importe de 98.336 euros a la Comandancia de la Guardia Civil de Sevilla; mas 38.085,84 euros al Puerto de Sevilla; más las sumas de 110.175,00 euros, 1.621,22 euros, 20.762 euros, 5.739,64 euros, 3.500 euros y 9.920 euros por la intervención de la UME; mas 41.655,11 euros al Ayuntamiento de Sevilla, sin que hasta la fecha haya dado resultado positivo el dispositivo de búsqueda.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Antes de proceder al análisis de los motivos de fondo que cada apelante expone contra la sentencia dictada por el Juzgado de Menores, este Tribunal, por la especial relevancia pública que tiene el procedimiento quiere dejar constancia, ratificando el primer Fundamento 5 de Derecho de la sentencia apelada, que en esta sentencia, solamente valoramos la posible

participación del menor acusado en los hechos que se le imputan tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular por aplicación de los artículos 1 y 2 de la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor, al igual que examinaremos la posible exculpación del menor y de los responsables civiles en los términos interesados por sus representaciones procesales, sin que sea labor encomendada por la ley a este Tribunal ni tampoco al juzgador de la instancia establecer la culpabilidad o la inocencia de las personas mayores de edad que presuntamente participaron en la muerte, violación y desaparición de Marta C.

En igual sentido, queremos dejar patente lo difícil de nuestra labor en este procedimiento cuando, por la indiciaria participación de mayores y el menor encausado en los hechos contamos, por decisión del legislador, con dos jurisdicciones igual de competentes y que llevan a cabo investigaciones diversas que abocan a doble enjuiciamiento, con el riesgo cierto de que puedan existir pronunciamientos discordantes que hagan que en ese puzzle, a que se refirieron las acusaciones, no encajen todas su piezas. No obstante, no podemos dejar de decir, que no se trata de encajar todas las piezas en un solo procedimiento sino que, por opción y decisión del legislador, la responsabilidad del menor no podrá ser analizada, valorada y en su caso exigida en un único juicio con todos los responsables sean o no mayores de edad. Esta circunstancia crea una serie de disfunciones, no sólo a la hora de la llevar a efecto la labor de investigación policial y judicial, como puso de manifiesto la sentencia apelada, sino también a la hora de la valoración de la prueba, como quedó patente en dicha resolución.

La doble jurisdicción comporta un derroche de energías y esfuerzo en sedes policial y judicial que no se ve compensado por ventaja alguna.

Los derechos de todos, mayores y menores, quedan igualmente salvaguardados con una sola investigación. No advertimos su utilidad ni son necesarios dos procedimientos paralelos porque, tanto en la jurisdicción de mayores como menores, deben aplicarse estrictamente todas las garantías constitucionales. En este sentido, es acertada la manifestación del Juzgado de menores que señala, como el Tribunal Constitucional ha reiterado en diversas resoluciones (SSTC 36/1991 de fecha 14 de febrero, 60/1995 de fecha 16 de marzo, 211/1993 de fecha 28 de junio o la sentencia 30/2005 de fecha 14 de febrero) que las garantías constitucionales que disciplinan el procedimiento penal son también de aplicación al procedimiento de menores).

La existencia de un procedimiento paralelo, en la fase de investigación supone complejidad y duplicidad de tramites injustificados y distorsiona la vista oral porque, quien declara como imputado en una vista tiene que declarar como testigo "sui generis" en la otra, cuando no se ha celebrado juicio y puede dar lugar a sentencias contradictorias difíciles de entender por la ciudadanía.

Esta primera consideración, parece una constante crítica al sistema legal vigente por parte de los que diariamente nos dedicamos a la cada día más delicada y criticada labor de impartir justicia, cuando existen implicados mayores y menores en el mismo hecho. Tanto el Juzgado de Menores como la Fiscalía hacen referencia a ello y este Tribunal no puede dejar pasar la ocasión para sumarse a esa crítica, cuyo fin último, es evitar dos procedimientos paralelos sobre unos mismos hechos, que pueden condicionar y perjudicar el esclarecimiento de la verdad material, principio que orienta toda la actuación judicial y al que se refiere el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso. No depende de los Tribunales, como es obvio, la modificación del sistema actual del doble procedimiento, pero consideramos que el legislador debería ser sensible a esta sugerencia y no demorar, algo que, por lo expuesto, necesita de una reforma legislativa si queremos una justicia fiable. No debemos olvidar que los jueces utilizamos el vehículo procesal que el legislador ofrece y si éste tiene dos compartimentos o dos conductores con sendos volantes es difícil manejarlo, y la consecuencias de la eventual colisión, no debe recaer solo en los conductores sino y sobre todo, en el fabricante, por el defectuoso medio puesto a disposición de aquellos.

SEGUNDO.- En la primera alegación de su recurso, el Ministerio Fiscal defiende la validez de la declaración prestada por el imputado Miguel ante el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla el 17 de marzo de 2009, en el proceso de mayores y de la reconstrucción de hechos practicada ese mismo día, por haber sido introducidas contradictoriamente en el acto del plenario a instancias del Ministerio Fiscal al amparo de los dispuesto en el art. 714 LECrim con las exigencias establecidas por la doctrina del Tribunal Constitucional. En igual sentido, se posiciona la acusación particular que defiende la validez de la declaración que considera es una prueba documental "... que no estaba pendiente de ratificación ni necesitaba de requisito procesal alguno para que pueda ser tenido como prueba documental y pueda ser tomado en consideración su contenido, dependiendo de su capacidad de ser tenido como cierto por su coherencia interna y sobre corroboración con elementos externos...". Mantiene la acusación, que la declaración judicial

mencionada es un documento y afirma que la sentencia aplica erróneamente la doctrina sobre el principio de contradicción.

El Juzgado de Menores consideró como pruebas que sirven de base a las acusaciones, por un lado; la declaración prestada ante el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla en fecha de 17 de marzo de 2009 por el coimputado mayor de edad Miguel y que obra a los folios 2860 a 2865 de las actuaciones (persona que ha reconocido en todas sus declaraciones policiales y en fase de instrucción salvo en su declaración de fecha 16 de marzo de 2009 haber causado la muerte de Marta aunque con diferentes versiones de los hechos tanto en aspectos esenciales como circunstanciales) y; por otro lado, la prueba consistente en restos biológicos mezclados del menor acusado y de Marta que fueron hallados en el domicilio de la calle L. de esta capital.

Pues bien, en la declaración prestada en fase de instrucción por el citado coimputado mayor de edad en fecha de 17 de marzo de 2009 se recoge, en esencia, que entre él y el menor acusado agredieron sexualmente a Marta una vez cada uno de ellos, la penetraron vaginalmente, utilizando una navaja para doblegar la voluntad de ésta y mataron a la misma usando el menor acusado un alargador o prolongador que había en el dormitorio que circundó varias veces sobre el cuello de Marta apretando o tirando del cable con fuerza hasta causar su muerte, comprobando que la misma había muerto mediante la utilización de un tensiómetro o pulsómetro; añadiendo que, tras ello, cubrieron el cuerpo de Marta con dos bolsas grande, lo subieron a peso sobre una silla de ruedas y que entre los dos sacaron a Marta de la casa en la silla y tiraron su cuerpo y pertenencias a un contenedor situado frente a los teléfonos de uso público existentes en la calle Montemayor de esta capital deshaciéndose el menor acusado de la navaja que arrojó a una alcantarilla y de la alargadera que ocultó en una papelera pública.

Esta manifestación no es prueba documental, es un testimonio documentado prestado por un coimputado en fase instructora ante el Juzgado de mayores y así se hace constar en su declaración con información de derechos como tal.

Como se cuestionó la eficacia probatoria de tal declaración, el Juzgado por las razones que expuso en el segundo Fundamentos de Derecho dijo "...este juzgador puede concluir que la declaración del co-imputado mayor de edad Miguel prestada ante el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla en fecha de 17 de marzo de 2009 carece de eficacia probatoria por haberse vulnerado

durante la instrucción del expediente de reforma la garantía básica del principio de contradicción ya que el abogado del menor acusado no ha podido realizar por causa no imputable al mismo (resulta obvio que en coherencia con su estrategia de defensa no va a ser él la parte que proponga su declaración en el expediente de reforma ya que se trata de la principal prueba de cargo contra su defendido) ni una sola pregunta al “testigo” o co-imputado que atribuye a su defendido la comisión de nada menos que un delito de asesinato y dos delitos de agresión sexual ya que no se le ha dado por parte de Fiscalía de Menores una ocasión adecuada y suficiente para ello...”.

Pues bien, en trance de valorar la decisión de negar eficacia probatoria a la declaración prestada en fase de instrucción por el citado coimputado mayor de edad en fecha de 17 de marzo de 2009 y que resulta cuestionada en los recursos interpuesto por la Fiscalía y la acusación particular consideramos que tal pronunciamiento es ajustado a derecho.

En este sentido, el Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 4-10-2010, núm. 56/2010, BOE 262/2010, de 29 de octubre de 2010, rec. 10247/2006.

Pte: Delgado Barrio, Francisco Javier señala “...la posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las reglas esenciales del desarrollo del proceso, que se proyecta como exigencia de validez sobre la actividad probatoria, ya se trate de diligencias sumariales que acceden al juicio oral como prueba preconstituida..., ya de los supuestos en que, conforme al art. 714 LECrim EDL1882/1, se pretende integrar en la valoración probatoria el contenido de las manifestaciones sumariales del testigo o coimputado, ya hablemos propiamente, por último, de las manifestaciones prestadas en el juicio oral (STC 155/2002, de 22 de julio, FJ 10 EDJ2002/27981). En este contexto, -se ha de señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH EDL 1979/3822, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41 EDJ1989/12025; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47 EDJ1992/13838; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51 EDJ1997/15612). Como el Tribunal Europeo ha declarado (Sentencia de 27 de febrero de 2001, caso Lucà, § 40

EDJ2001/752), -los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario- (SSTC 209/2001, de 22 de octubre, FJ 4 EDJ2001/38134; y 148/2005, de 6 de junio, FJ 2 EDJ2005/96381)- (STC 1/2006, FJ 4 EDJ2006/761).

Cuarto.- La aplicación de esta doctrina al presente caso lleva a concluir la improcedencia de otorgar valor probatorio a la denuncia en cuestión puesto que el acusado no pudo, en ningún momento, ni interrogar ni hacer interrogar al testigo que le atribuía una conducta delictiva. Y finaliza "...De ese modo, resulta evidente que la resolución judicial señalada, al tomar en consideración declaraciones que no fueron ratificadas personalmente en el acto del juicio oral ni se sometieron en ningún momento a la contradicción directa del acusado, vulneró el derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE EDL1978/3879) del demandante de amparo..”.

En igual sentido, el Tribunal Constitucional (Sala Primera) Auto núm. 170/2005 de 20 abril dice que "...A este respecto, es preciso poner de manifiesto que, como resume la STC 155/2002, de 22 de julio (F. 10), "este Tribunal ha reiterado que las facultades de alegar, probar e intervenir en la prueba ajena para controlar su correcta práctica y contradecirla son específica manifestación del derecho de defensa del acusado (por todas, SSTC 176/1988, de 4 de octubre; 122/1995, de 18 de julio; y 76/1999, de 26 de abril), y muy concretamente lo es la de "interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él", facultad ésta que el art. 6.3 d) del Convenio Europeo de Derechos Humanos reconoce a todo acusado como regla general entre sus mínimos derechos; y de un tenor similar es el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (STC 10/1992, de 16 de enero, y 64/1994, de 28 de febrero). Al contenido de esta última facultad se refirieron las SSTC 2/2002, de 14 de enero, F. 4, y 57/2002, de 11 de marzo, F. 3, señalando que el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de la acusación, como manifestación del principio de contradicción, se satisface dando al acusado una ocasión adecuada y suficiente para discutir un testimonio en su contra e interrogar a su autor en el momento en que declare o en un momento posterior del proceso" (SSTEDH de 24 de noviembre de 1986 (TEDH 1986, 14), caso Unterpertinger c. Austria, § 31; de 20 de noviembre de 1989 (TEDH 1989, 21), caso Kostovski c. Holanda, § 41; de 27 de septiembre de 1990 (TEDH 1990, 21), caso Windisch c. Austria, § 26; de 19 de febrero de 1991 (TEDH 1991, 23), caso Isgro c. Italia, § 34; de 20 de septiembre de 1993

(TEDH 1993, 38), caso Saïdi c. Francia, § 43; y la más reciente, de 27 de febrero de 2001 (TEDH 2001, 96), caso Luca c. Italia, § 40)...”.

Igualmente, el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 291/2010 de 24 marzo refiere “...Sin embargo, sí le asiste la razón en cuanto que la admisión de las manifestaciones de Marta, como prueba de cargo contra José Francisco, vulneró el principio de contradicción, porque en momento alguno el letrado defensor de dicho José Francisco pudo interrogar a la referida Marta, ya que, por un lado, en las declaraciones sumariales de esta nunca estuvo presente dicho letrado: ante la policía se negó a declarar, haciéndolo por vez primera en el Juzgado de Instrucción núm. 32 de Madrid y luego en la indagatoria (folios 4, 21 y 22, 65 y 66), siempre con asistencia del abogado de ella, como exige la LECr, pero no del defensor de José Francisco. Fue en la citada indagatoria cuando implicó a José Francisco en esos hechos de enero de 2006 -nada había dicho sobre este en esa inicial declaración de los folios 21 y 22-. Por otro lado, también le implicó en sus manifestaciones (de Marta) en el acto del juicio oral -folios 360 y 361 del rollo de la Audiencia Nacional-; pero al folio 360 vto. consta cómo esta coimputada se niega a responder al letrado de la defensa de dicho José Francisco.

Queda claro que este letrado nunca pudo interrogar a Marta.

Recordamos aquí que el Convenio de Roma de 4.11.1950 en su art. 6.3 d) reconoció a todo acusado, como mínimo, el derecho “a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él”; norma luego repetida en el art. 14.3 e) del Pacto Internacional de Nueva York de 19.12.1966; lo que tiene vigencia en España y con el rango de ley fundamental por lo dispuesto en el art. 10.2 de nuestra Constitución. En resumen, como bien dice el escrito de recurso, no puede considerarse como prueba de cargo la declaración de la mencionada Marta, ya que nunca el abogado de José Francisco pudo interrogar a esta coimputada que hizo uso legítimo de su derecho a no declarar reconocido en el art. 24.2 CE...”.

El Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia de 29 enero 1990 nos refiere que “...no es correcto procesal y constitucionalmente condenar por unas declaraciones prestadas en otro proceso por testigos o coimputados o por pruebas periciales o documentales en él obrantes, porque al hacerlo así se vulnera el derecho de defensa que está constituido a su vez por un haz de derechos -posibilidades- procesales entre ellas, la de que toda la prueba pueda

ser contradicha y la de que los testigos intervengan personalmente en el juicio oral, salvo los supuestos excepcionales que la Jurisprudencia viene recogiendo y que han de ser contempladas restrictivamente y con todas las cautelas posibles y que desde luego no son de aplicación al caso...”.

También el Tribunal Supremo (Sala de lo Penal) Sentencia núm. 279/2000 de 3 marzo nos indica que “...en segundo lugar, una reciente corriente jurisprudencial, de la que son exponentes la STC 153/1997 y la STS 2ª 1523/1999, sostiene que “la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena cuando, siendo única (...), no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas”. Esta exigencia de corroboración está justificada en la citada STC 153/1997 por la consideración de que el acusado “a diferencia del testigo, no sólo no tiene obligación de decir la verdad sino que puede callar total o parcialmente e incluso mentir”, con lo que parece se parte del supuesto de la credibilidad por lo general menguada de su manifestación. Y debe ser mencionada por último, la STS 2ª 1578/1998 en que, sobre la base doctrinal de la STEDH de 20-9-1993, recaída en el caso Saídi calle Francia, según la cual “la ausencia de toda confrontación priva -al acusado- de un proceso equitativo”, se concluye que “las exigencias de la contradicción son mayores aún cuando los testimonios provienen de coimputados que han declarado sin obligación de decir verdad y sin haber prestado previamente juramento”, de suerte que la condena no puede ser apoyada -se entiende, no puede ser apoyada únicamente- en declaraciones de un coimputado al que la Defensa del acusado por él no ha podido contradecir sometiéndolo a un interrogatorio “en los términos que corresponden al derecho a ser juzgado con todas las garantías”.

Conviene observar que así como las dos primeras vías a que nos hemos referido no pasan de ser meras orientaciones para que se valore con suma prudencia un determinado medio de prueba, la última viene impuesta por la existencia de un derecho. El derecho “a interrogar o hacer interrogar a los testigos que declaren contra él” es, de acuerdo con el art. 6.3 d) CEDH, uno de los derechos que todo acusado tiene “como mínimo”, por lo que ha de ser considerado en nuestro ordenamiento jurídico, a la luz de lo dispuesto en el art. 10.2 CE, un derecho fundamental comprendido en el derecho a un proceso público con todas las garantías que a todos reconoce el art. 24.2 de la misma Norma. En consecuencia, la declaración de un testigo de cargo -o de un imputado en tanto declara como testigo de cargo- que no ha sido sometida a contradicción en el proceso siendo posible, carece, en principio, de efecto probatorio por expresa disposición del art. 11.1 LOPJ y no puede sustentar, por sí sola, una declaración de culpabilidad que venga a desvirtuar el derecho

igualmente fundamental a la presunción de inocencia. Y añade "... Pero lo realmente decisivo para negar la existencia de una prueba de cargo constitucionalmente válida es que la citada declaración no pudo ser contradicha por los acusados ni por sus Letrados porque, como sabemos, el declarante se negó a someter sus acusaciones a la "cross examination" propia de la contradicción, con lo cual la única prueba de cargo perdió su idoneidad para ser valorada por haberse celebrado con vulneración de un derecho fundamental...".

Para satisfacer la contradicción no basta la simple lectura de declaraciones y a ello se refiere el Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 11- 12-2006, núm. 344/2006, BOE 14/2007, de 16 de enero de 2007, rec. 2178/2004. Pte: Casas Baamonde, María Emilia que afirma "...Antes de precisar lo ocurrido con la prueba que ahora se impugna debe recordarse la doctrina jurisprudencial relativa a las garantías que deben rodear la práctica de la prueba en el proceso penal y, más en concreto, los requisitos constitucionales de validez a efectos probatorios del testimonio vertido ante el Juez de Instrucción:

a) Como punto de partida de esta doctrina recordábamos recientemente la "línea jurisprudencial ya muy consolidada e iniciada en la STC 31/1981, de 28 de julio EDJ1981/31, de que sólo pueden considerarse pruebas que vinculen a los órganos de la justicia penal las practicadas en el juicio oral" (STC 1/2006, de 16 de enero, FJ 4 EDJ2006/761): "sólo pueden considerarse verdaderas pruebas aptas. para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y fundar la declaración de culpabilidad las practicadas en el acto del juicio que se desarrolla ante el Juez o Tribunal que ha de dictar Sentencia, de modo oral, contradictorio y con inmediación, de suerte que la convicción del juzgador sobre los hechos enjuiciados se alcance en contacto directo con los medios de prueba aportados por las partes (SSTC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2 EDJ1989/11626; 161/1990, de 19 de octubre, FJ 2 EDJ1990/9535; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 3 EDJ1993/9480; 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 2 EDJ1996/9480; 40/1997, de 27 de febrero, FJ 2 EDJ1997/146; 2/2002, de 14 de enero, FJ 6 EDJ2002/417, y 12/2002, de 28 de enero, FJ 4 EDJ2002/3356)" (STC 280, de 6 de noviembre, FJ 2 EDJ2005/187767).

b) El criterio enunciado, sin embargo, "no puede entenderse de manera tan radical que conduzca a negar toda eficacia probatoria a las diligencias judiciales y sumariales practicadas con las formalidades que la Constitución EDL1978/3879 y el ordenamiento procesal establecen, siempre que puedan constatarse en el acto de la vista y en condiciones que permitan a la defensa

del acusado someterlas a contradicción (por todas, SSTC 10/1992, de 16 de enero, FJ 2 EDJ1992/274; y 187/2003, de 27 de octubre, FJ 3 EDJ2003/136205)....

Un sistema que pondere adecuadamente tanto la necesidad social de protección de bienes jurídicos esenciales, como el haz de garantías frente a posibles abusos de los ciudadanos, con independencia de su posición, ha de estar en condiciones de hacer valer la seriedad de lo actuado por los órganos encargados de la represión penal; siempre que lo actuado lo haya sido con pleno respeto a aquellas garantías (SSTC 107/1985, FJ 2 EDJ1985/107; 182/1989, FJ 2 EDJ1989/9823) (FJ 2).

c) La excepción anterior a la regla inicial de que sólo pueden catalogarse como pruebas de cargo en el proceso penal las practicadas en el juicio oral es aplicable a la “prueba testifical instructora anticipada” (STC 200/1996, de 3 de diciembre, FJ 3 EDJ1996/9677...

d) En lo que ahora importa para la resolución del presente caso, interesa destacar la trascendencia de la garantía de contradicción: que “ningún pronunciamiento fáctico o jurídico puede hacerse en el proceso penal si no ha venido precedido de la posibilidad de contradicción sobre su contenido” (STC 143/2001, de 18 de junio EDJ2001/13845), pues, como se había señalado en anteriores ocasiones: “el derecho a ser oído en juicio en defensa de los propios derechos e intereses es garantía demasiado esencial del Estado de Derecho como para matizarlo o ponerle adjetivos” (STC 144/1997, de 15 de septiembre EDJ1997/5383).

En este contexto, “se ha de señalar que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado que la incorporación al proceso de declaraciones que han tenido lugar en fase de instrucción no lesiona en todo caso los derechos reconocidos en los párrafos 3 d) y 1 del art. 6 CEDH EDL 1979/3822, siempre que exista una causa legítima que impida la declaración en el juicio oral, y que se hayan respetado los derechos de defensa del acusado; esto es, siempre que se dé al acusado una ocasión adecuada y suficiente de contestar los testimonios de cargo e interrogar a su autor bien cuando se prestan, bien con posterioridad (SSTEDH de 20 de noviembre de 1989, caso Kostovski, § 41 EDJ1989/12025; 15 de junio de 1992, caso Lüdi, § 47 EDJ1992/13838; 23 de abril de 1997, caso Van Mechelen y otros, § 51 EDJ1997/15612).

Como el Tribunal Europeo ha declarado... (Sentencia de 27 de febrero de 2001, caso Lucó, § 40), “los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del art. 6 cuando una condena se funda exclusivamente o de forma determinante en declaraciones hechas por una persona que el acusado no ha podido interrogar o hacer interrogar ni en la fase de instrucción ni durante el plenario” (SSTC 209/2001, de 22 de octubre, FJ 4 EDJ2001/38134; y 148/2005, de 6 de junio, FJ 2 EDJ2005/96381)” (STC 1/2006, FJ 4 EDJ2006/761).

En consecuencia, “hemos estimado que una declaración realizada en el sumario, sin garantizar en el momento de su práctica la posibilidad de que la defensa del acusado tuviera la oportunidad de interrogar y confrontar las manifestaciones efectuadas por un testigo de cargo, y sin que la falta o déficit de contradicción resultara imputable a la parte acusada o a su defensa, determina la falta de validez de una prueba que no puede ser sanada mediante la simple lectura en el acto del juicio oral de la declaración sumarial” (STC 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4 EDJ2003/136205).

Tal déficit es imputable a la defensa, por ejemplo, “en el caso enjuiciado por la STC 2/2002, de 14 de enero EDJ2002/417, el Letrado del entonces demandante y los defensores del resto de los imputados estuvieron presentes en la declaración sumarial que incriminaba al demandante, y si no formularon preguntas fue debido a su pasividad.

Resulta así que el órgano de enjuiciamiento, en decisión luego ratificada en apelación, decidió valorar un testimonio de cargo que no pudo ser adecuadamente contradicho por las acusadas que, sin negligencia por su parte, no pudieron en momento alguno ni interrogar ni hacer interrogar a la testigo que les atribuía una conducta delictiva.

En estas condiciones el testimonio valorado carecía de las condiciones mínimas que posibilitan su contradicción y con ello también su fiabilidad, y no debía integrar el material probatorio a la hora de dictar Sentencia, sin que el hecho de su lectura en el acto del juicio oral, que sólo posibilita una contradicción limitada, sea suficiente para reparar el vicio de origen del testimonio (SSTC 40/1997, de 3 de diciembre, FJ 5 EDJ1997/146; 12/2002, de

28 de enero, FJ 4 EDJ2002/3356; 187/2003, de 27 de octubre, FJ 4 EDJ2003/136205...”.

En el presente caso, la Jurisprudencia señalada resulta de aplicación, porque, como dice el Juzgado “a quo”, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores o Reglas de Beijing de 1985 en su artículo 7 reconoce a los menores una serie de derechos básicos y fundamentales como son el derecho a la presunción de inocencia, el derecho a conocer la acusación dirigida contra ellos, el derecho a no declarar, el derecho a la asistencia letrada, el derecho a la apelación y específicamente el derecho a la confrontación con los testigos y a interrogar a éstos.

Son hechos acreditados para este Tribunal y a ello se refiere el juzgado de la instancia, en esencia:

1) Que la mencionada declaración de fecha 17 de marzo de 2009 que sirve de base a la acusación presentada por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular ha sido realizada no por un testigo sino por un co-imputado (pendiente todavía de la celebración de juicio en la jurisdicción de adultos) a quien se le atribuyen básicamente la comisión de los mismos delitos que al menor acusado y si es copartícipe de los mismos en el sentido de que ha tenido intervención en los hechos, su declaración debe ser en todo caso como imputado, y le son aplicables, en consecuencia, todas las garantías legales y exigencias propias de tal condición sin ningún tipo de merma, condicionante o cortapisa y, por tanto, no tiene obligación de decir verdad y tampoco tiene obligación de declarar ni en fase sumarial ni tampoco en el momento de la celebración del juicio o del acto de la audiencia.

2) Se trata de una declaración prestada por el co-imputado Miguel ante el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla estando presentes en dicha declaración el Ministerio Fiscal, la acusación particular así como las defensas de los co-imputados en la jurisdicción de adultos (a excepción de la defensa de uno de ellos), pero, no estuvo presente ni se le citó por no ser parte en el procedimiento, la defensa del menor acusado quien, por tanto, ninguna pregunta pudo realizar al coimputado durante dicha declaración.

3) En el expediente de reforma seguido en Fiscalía de Menores contra el menor acusado, la declaración del co-imputado mayor de edad realizada en fecha de 17 de marzo de 2009 (como sucede con el resto de declaraciones no sólo de este coimputado sino de los demás) es incorporada al expediente de reforma mediante la remisión del correspondiente testimonio y no se lleva a cabo por la Fiscalía de Menores la declaración en el expediente de reforma de este co-imputado mayor de edad con citación de la acusación particular y de la defensa del menor acusado para que, al menos, éste pueda (la acusación particular y el Ministerio Fiscal ya lo hizo en el procedimiento de la jurisdicción de adultos) preguntar al co-imputado y garantizar de esta manera el cumplimiento de la garantía básica del principio de contradicción en fase de instrucción así como igualmente el principio de igualdad de armas entre las partes que intervienen en un procedimiento penal.

4) En el acto de la audiencia Miguel, mayor de edad, se acogió a su derecho a no declarar de manera que la defensa del menor acusado tampoco pudo realizar ninguna pregunta al mismo produciéndose una colisión de derechos constitucionales de la misma naturaleza y rango: el del co-imputado mayor de edad a no declarar y el derecho del menor acusado de preguntar a quien le acusa.

Pues bien, estos datos están contrastados y no existe razón justificativa, a pesar de lo manifestado en su recurso, para que la Fiscalía no haya tomado declaración al co-imputado Miguel en el expediente de reforma seguido contra el menor acusado, como expone la sentencia apelada, garantizando o, cuando menos, dando una ocasión suficiente y adecuada al abogado del menor acusado de haber podido realizar al coimputado mayor de edad las preguntas que hubiera estimado oportunas en ejercicio de su derecho de defensa con independencia de la mayor o menor credibilidad que pudiera concedérsele.

Convenimos que es acertada la conclusión a que llega el Juzgado de Menores cuando priva de eficacia probatoria a la declaración del coimputado Miguel prestada ante el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla en fecha de 17 de marzo de 2009 por haberse vulnerado durante la instrucción del expediente de reforma la exigencia básica del principio de contradicción ya que el abogado del menor acusado no ha podido realizar, por causa no imputable al mismo, ni una sola pregunta al “testigo” o co-imputado que atribuye a su defendido la comisión de nada menos que un delito de asesinato y dos delitos de agresión sexual ya que no se le ha dado durante la instrucción por parte de Fiscalía de Menores una ocasión adecuada y suficiente para ello.

Insistimos que no existió posibilidad de contradicción para la defensa del menor en la fase instructora en la declaración prestada por el coimputado Miguel, a que nos venimos refiriendo y tal irregularidad no fue subsanada en el plenario porque la simple lectura, como hemos visto, no subsana. Las razones que expone el Ministerio Fiscal en su recurso “evitar que la complicadísima labor de investigación se viera dificultada por una investigación paralela en el panorama de una instrucción marcada por la difícil y novedosa circunstancia en un caso de tan difícil resolución, como era la existencia de dos procedimientos paralelos, supuesto sobre el que existen escasísimos pronunciamientos jurisprudenciales y la posible resultados nefastos para el éxito de la investigación que hubiera podido comportar la duplicidad de diligencias”, son quizás entendibles, por el deficiente sistema procesal establecido, a que hemos hecho referencia y que debería ser modificado en el futuro, para evitar la resolución de asuntos de modo no satisfactorio para la sociedad y para los que trabajamos en beneficio de la justicia; ahora bien, aunque podamos llegar a resultados nefastos, como afirma el 15 Ministerio Fiscal, ello es solo una hipótesis y la complejidad del asunto no puede llevar a sustraernos al rigor que las garantías que el estado de derecho exige y que son irrenunciables.

La declaración inculpatória analizada afecta y de qué manera, al menor que no pudo contradecirla en sede de mayores. Y tampoco pudo contradecirla en el procedimiento de menores porque no se le dio oportunidad en la instrucción, y en la audiencia, en su legítimo derecho, el mayor de edad se negó a contestar, por lo que no puede tener eficacia probatoria.

TERCERO.- No obstante lo expuesto, y como la sentencia del Juez de Menores entra a valorar el testimonio prestado por el coimputado y existe algún pronunciamiento del Tribunal Constitucional que lo permite en algún supuesto, aunque no igual al de autos, pasamos a examinar dicho testimonio prestado el 17 de marzo de 2009.

Como ejemplo de ello, podemos mencionar la sentencia del Tribunal Constitucional, sec. 1ª, S 21-12-2009, núm. 220/2009, BOE 15/2010, de 18 de enero de 2010, rec. 3453/2007. Pte: Casas Baamonde, María Emilia, que señala “...En los motivos de amparo quinto y sexto se denuncia la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE EDL1978/3879) como consecuencia de la lectura en el plenario, a solicitud del Ministerio Fiscal, de algunas de las declaraciones prestadas ante el Juez de Instrucción por dos

coimputados, así como de la declaración policial de uno de ellos, al amparo del art. 714 LECrim EDL1882/1, pese a que ambos se habían acogido al derecho a no declarar, por lo que no resultaba de aplicación dicho precepto legal, ni tampoco el art. 730 LECrim EDL1882/1.

Conviene precisar, en primer lugar, como precisa el Tribunal Supremo (fundamento jurídico quinto de la Sentencia de casación), que en el acto del juicio sólo se procedió a la lectura de las declaraciones solicitadas por las partes (en concreto por el Ministerio Fiscal), habiendo podido el acusado solicitar la lectura de aquéllas que considerara favorables, cosa que no hizo, por lo que la misma no pudo ser tenida en cuenta por el Tribunal sentenciador, sin que de ello se derive vulneración alguna de las garantías del proceso justo. Por otra parte, la lectura de la declaración del coimputado prestada en sede policial, se lleva a cabo -como también se destaca en ese mismo fundamento jurídico de la Sentencia de casación- porque resultaba imprescindible para complementar la declaración prestada ante el Juez de Instrucción, en la que el declarante se ratifica en la declaración hecha en sede policial, como consta al folio 1697 de las actuaciones. Por tanto, es esa declaración prestada ante el Juez instructor la que accede al proceso y la que, en su caso, puede sustentar la condena, lo cual tampoco vulnera en sí mismo las garantías del proceso justo.

Por lo demás, y desde la perspectiva constitucional que nos compete, lo único que resulta relevante es que tales declaraciones sumariales inculpativas fueron introducidas en el acto del juicio en condiciones que garantizan la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, contradicción e inmediación, por lo que no se aprecia vulneración alguna del derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE EDL1978/3879), encontrándose el órgano judicial se encontraba ante pruebas de cargo válidas en las que podía sustentar la condena (por todas, SSTC 2/2002, de 14 de enero, FJ 6 EDJ2002/417; 155/2002, de 22 de julio, FJ 10 EDJ2002/27981; 38/2003, de 27 de febrero, FJ 7 EDJ2003/3856; 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3 EDJ2006/80228; 29/2008, de 20 de febrero, FJ 5 EDJ2008/4990).

En efecto, al igual que sucedió en los casos de las SSTC 2/2002, de 14 de enero EDJ2002/417, 38/2003, de 27 de febrero EDJ2003/3856, ó 142/2006, de 8 de mayo EDJ2006/80228 -en las que también abordamos supuestos de validez de declaraciones sumariales de imputados incorporadas al acto del juicio ante la decisión de los declarantes de acogerse al derecho a guardar silencio en dicho acto- en este caso puede afirmarse que, desde la perspectiva

de la intermediación, el órgano sentenciador tuvo en su presencia al autor del testimonio y pudo, por ello, valorar su decisión de guardar silencio pese a sus declaraciones anteriores; atendiendo a las exigencias de publicidad del debate, el contenido inculpativo de las declaraciones sumariales accedió al juicio oral a través de la lectura de los folios sumariales en el que se documentaron; y, finalmente, se respetó la posibilidad de contradicción al leerse las declaraciones sumariales en presencia de las partes y formularse por el Ministerio Fiscal las preguntas que tenía intención de realizar, por lo que la defensa del acusado pudo impugnar su contenido haciendo al respecto las alegaciones que estimara oportunas. Como recordamos en la STC 142/2006, FJ 3, “la garantía de contradicción implica... que el acusado tenga la posibilidad de interrogar a quien declara en su contra para de este modo controvertir su credibilidad y el contenido de su testimonio, pero no conlleva necesariamente el derecho a obtener una respuesta, máxime cuando la persona que decide no realizar manifestaciones lo hace, como aquí ha sucedido, en el ejercicio de un derecho constitucionalmente reconocido”.

Expuestos los precedentes jurisprudenciales, como referíamos al inicio, debemos entrar a valorar la credibilidad de la declaración, tantas veces referida, de Miguel el 17 de marzo de 2009 en sede del Juzgado instructor núm. 4 de Sevilla. El Juzgado de Menores en su “A mayor abundamiento”, tan criticado por la acusación particular, expone las razones de su decisión y niega credibilidad señalando cuatro elementos que inciden directamente de manera negativa sobre la credibilidad subjetiva de la declaración de Miguel y que son los siguientes:

“... A/ La ausencia de una mínima persistencia en un único relato de los hechos a lo largo de todo el procedimiento que ha mantenido el co-imputado mayor de edad respecto a la participación del menor acusado en los hechos que se enjuician que supone una evidente y palmaria falta de coherencia interna en la declaración del co-imputado. Así el co-imputado ha sostenido en la jurisdicción de adultos las siguientes versiones sobre la participación o intervención del menor acusado en los hechos:

1/ En la primera declaración efectuada en sede policial en calidad de detenido y contando con la debida asistencia letrada en fecha de 13 de febrero de 2009 (folios 54 a 57 de las actuaciones) el co-imputado mayor de edad se reconoce autor único de la muerte de Marta golpeando a la misma con un cenicero en la cabeza (zona parietal izquierda) y excluye totalmente al menor acusado de toda participación en los hechos.

2/ En su segunda declaración efectuada igualmente en sede policial en calidad de detenido contando con la debida asistencia letrada en fecha de 14 de febrero de 2009 (folios 1389 a 1390 de las actuaciones) el co-imputado mayor de edad se vuelve a reconocer como autor único de la muerte de Marta insistiendo en la versión de que golpeó a ésta con un cenicero pero modifica su anterior declaración en el sentido de que el menor acusado (y otro co-imputado mayor de edad de nombre Samuel) participan también en los hechos sacando el cuerpo de Marta de la casa cogiéndola por debajo de las axilas e introduciendo a la misma en el coche de la madre del menor acusado y tirando el cuerpo al río Guadalquivir entre los tres en una actuación de mutuo acuerdo.

3/ En una declaración ampliatoria efectuada igualmente en sede policial en calidad de detenido contando con la debida asistencia letrada en fecha de 15 de febrero de 2009 (folios 61 a 62 de las actuaciones) mantiene la versión anterior respecto a la participación del menor acusado en los hechos y expresamente manifiesta que cuando propinó el golpe mortal a Marta estaba solo en el domicilio y no había ninguna otra persona.

4/ En su primera declaración efectuada en el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla en calidad de imputado contando con la debida asistencia letrada en fecha de 16 de febrero de 2009 (folios 1575 y 1576 principalmente de las actuaciones) el co-imputado mayor de edad se reconoce autor único de la muerte de Marta golpeando a la misma con un cenicero en la sien izquierda de la cabeza y manifiesta que el menor acusado (y el otro coimputado mayor de edad de nombre Samuel) entraron en el domicilio y sacaron en volandas el cuerpo de la fallecida llevándola cada uno de ellos asida por las axilas y la introdujeron posteriormente en el coche de la madre del menor acusado y tiraron su cuerpo al río.

5/ En fecha de 10 de marzo de 2009 (folios 2697 a 2700 de las actuaciones) el co-imputado mayor de edad realiza una declaración ampliatoria en el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla y se afirma y ratifica en las declaraciones anteriores realizadas a presencia judicial volviendo a reiterar que el menor acusado (y otro co-imputado mayor de edad de nombre Samuel) sacaron el cuerpo de Marta en volandas desde su dormitorio hasta el coche de la madre del menor acusado y lo arrojaron al río.

6/ En fecha de 16 de marzo de 2009 se realiza una declaración ampliatoria del imputado contando con la debida asistencia letrada (folios 2798 a 2805) en el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla en la que el co-imputado se exculpa totalmente de la muerte de Marta y manifiesta que fue el menor acusado quien la agredió inicialmente, la llevó a la fuerza al dormitorio (el menor acusado incluso le amenazó a él con una navaja tipo mariposa y se la puso al cuello diciéndole que se apartara y que no se metiera) y allí la violó y posteriormente cogió una alargadera de cable y se lo enrolló al cuello de Marta tirando o apretando del cable hasta acabar con la vida de ésta añadiendo el co-imputado que él sólo intervino sacando el cuerpo de Marta (y sus pertenencias) oculta con unas bolsas y utilizando una silla de ruedas arrojando entre ellos dos (y otro coimputado mayor de edad) el cuerpo al interior de un contenedor de basuras.

7/ En fecha de 17 de marzo de 2009 (solamente un día más tarde) realiza ante el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla la nueva declaración considerada como la verdadera por el Ministerio Fiscal y la acusación particular y sobre la que sustentan la acusación por el delito de asesinato y por los dos delitos de agresión sexual.

8/ En fecha de 9 de septiembre de 2009 el co-imputado mayor de edad realiza una nueva declaración contando con la debida asistencia letrada (folios 5521 a 5525 de las actuaciones) en la que se retracta de la versión de los hechos realizada en fecha de 17 de marzo de 2009 y se vuelve a reconocer como autor único de la muerte de Marta golpeando a la misma con un cenicero y el menor acusado (junto a otro co-imputado de nombre Samuel y un tío de éste) sacaron el cuerpo del interior del domicilio y lo introdujeron en un coche de un presunto tío del otro co-imputado mayor de edad de nombre Samuel desconociendo el destino que éstos últimos dieron al cuerpo de Marta.

9/ En las últimas declaraciones efectuadas por el co-imputado con motivo del acto de la indagatoria realizada por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla (no consta en las actuaciones ya que se produjo la misma coincidiendo en el tiempo con la celebración del juicio al menor pero puede ser utilizada en la presente resolución debido a que se trata de un hecho notorio) el coimputado mayor de edad se vuelve a reconocer autor solitario de la muerte de Marta y atribuye al menor acusado (y a otro co-imputado de nombre Samuel) haber hecho desaparecer el cuerpo de la misma ignorando el destino del mismo.

B/ La segunda circunstancia es que, en opinión de este juzgador y en contra de lo manifestado por el Ministerio Fiscal y de la acusación particular, existen en la declaración prestada por el co-imputado mayor de edad en fecha de 17 de marzo de 2009 móviles espurios de venganza o de resentimiento hacia el menor acusado. Es cierto, como señalan las acusaciones, que esta nueva declaración perjudica notablemente al co-imputado mayor de edad ya que de una inicial acusación como autor de un presunto delito de homicidio se convierte en una posterior acusación como autor de un presunto delito de asesinato y dos presuntos delitos de agresión sexual. No obstante igualmente es cierto que con esta declaración el co-imputado mayor de edad pretende hacer al menor acusado responsable de los mismos delitos que él mismo precisamente por una razón que el propio co-imputado manifiesta en la diligencia de careo practicada en el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla en fecha de 17 de marzo de 2009 (folios 2841 a 2842 de las actuaciones) con relación a la declaración del co-imputado mayor de edad del día anterior en la que manifiesta (utilizando las mismas palabras que se consignan en la diligencia de careo) que mete al menor en los hechos porque éste ha metido en los mismos a su hermano y por su culpa lo ha perdido todo estando su hermano en prisión.

Es cierto que; tras esta diligencia de careo que no fue precisamente favorable al co-imputado mayor de edad según refleja en varias ocasiones el propio Juez de Instrucción de forma precisa, clara y gráfica (el co-imputado mayor de edad se encontraba en situación constante de nerviosismo con frases y palabras entrecortadas); el co-imputado mayor de edad vuelve a cambiar su versión de los hechos el mismo día 17 de marzo de 2009 y ahora dice que fueron los dos los que violaron y mataron a Marta pero, en opinión de este juzgador, ello no hace desaparecer sin más el razonable y probable motivo espurio que no es otro que la actual implicación del hermano del co-imputado de nombre Francisco Javier como presunto autor de un delito de encubrimiento y un delito contra la integridad moral en la jurisdicción de adultos siendo que su imputación se sustenta en gran parte por la declaración del menor acusado que le implica directamente en los hechos y así resulta de la mera lectura del auto de apertura de juicio oral de fecha 12 de abril de 2010 dictado por el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla y, más en concreto, en la parte relativa a la presunta participación en los hechos del co-imputado Francisco Javier y que obra a los folios 7.534 y 7.535 de las actuaciones.

Considera este juzgador que sólo recurriendo a ese móvil espurio puede darse una explicación lógica a los cambios de versión del co-imputado mayor de edad respecto a la participación del menor acusado en los hechos que se juzgan ya

que ningún sentido lógico tiene que inicialmente lo exculpe, posteriormente lo haga responsable de participar en el ocultamiento del cadáver, más tarde manifieste que fue el menor acusado quien violó y mató a Marta, posteriormente manifieste que fueron los dos quienes mataron y violaron a Marta. Pero es que además no existe ninguna razón de peso para que si los hechos fueron cometidos por los dos actuando de mutuo acuerdo; el coimputado mayor de edad excluya inicialmente en sus primeras declaraciones policiales y en fase de instrucción (que suelen ser habitualmente las más espontáneas y más cercanas o próximas a la verdad de los hechos) al menor acusado como autor de la violación y muerte de Marta y que; por el contrario; el mismo día 17 de marzo de 2009; tras la práctica de una diligencia de careo en la que el co-imputado mayor de edad deja clara ante el Juez de Instrucción su posición de resentimiento respecto del menor acusado; cambie por completo de versión y atribuya al menor acusado haber violado y dado muerte a Marta y; para este último cambio de versión; entiende este juzgador que sí existen dos razones de peso que son; por un lado; vengarse del menor por haber incluido a su hermano como partícipe de los hechos y; por otro lado; eximir a su hermano de toda responsabilidad en los hechos con una declaración que proporcione al mismo una coartada sólida a fin de evitar una futura sentencia condenatoria en la jurisdicción de adultos.

C/ La tercera circunstancia que incide de manera negativa en la veracidad subjetiva de la declaración del co-imputado es la falta de credibilidad que este juzgador otorga a la secuencia horaria dada por el mismo respecto a las horas en que se produjeron los hechos; secuencia horaria que, por cierto, tampoco es compartida ni por el Ministerio Fiscal ni por la acusación particular que sitúan como hora en que hacen desaparecer el cuerpo en la madrugada del día 25 de enero de 2009. Según esta versión del co-imputado todos los hechos se suceden entre la franja horaria que va desde las 20.25 a 20.30 (hora en que su hermano sale del domicilio) y las 22,50 horas (hora en que según su versión llegó al domicilio de Camas). No obstante este juzgador considera que el hecho de dar esa secuencia horaria tiene una finalidad previamente pensada y meditada cual es exculpar a su hermano y a la novia de ésta de nombre María de toda participación en los hechos y; por otro lado; la franja horaria no coincide en absoluto con las declaraciones testificales imparciales de Diego y su novia Laura quienes tanto en fase de instrucción (folio 1648 de las actuaciones) como en el acto de la audiencia afirmaron con rotundidad que ellos vieron al co-imputado mayor de edad Miguel en el pasillo del edificio frente a un espejo existente llevando una silla de ruedas (en la silla de ruedas se evidenció mezcla de perfiles genéticos de Marta y del co-imputado mayor de edad en la empuñadura de la silla de ruedas según el informe biológico 0532-S1-09 ratificado en el acto de la audiencia por su emisor) en una franja horaria

que sitúan entre las 01,30 y las 02,00 horas de la madrugada y que es, por tanto, incompatible con la versión de los hechos dada por el co-imputado mayor de edad (salvo que se piense en la versión absurda que el co-imputado salió de madrugada a dar un paseo con una silla de ruedas).

Pero es que, a mayor abundamiento, si el co-imputado mayor de edad está contando la verdad de lo que realmente sucedió aquellos desgraciados días no se debe olvidar que su declaración presenta otro dato para dudar de su veracidad cual es la circunstancia de que; pese a manifestar que tiraron el cuerpo a un contenedor de basuras situado en la calle Jorge de Montemayor; desgraciadamente éste no apareció pese a haberse realizado por orden del Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla intensas labores de búsqueda del cuerpo en el Centro de Tratamiento de Residuos Montemarta-Cónica situado en el término municipal de Alcalá de Guadaíra que es el destino sin excepción de toda la basura de esta ciudad.

D/ Finalmente debe señalarse una circunstancia que no puede obviarse y esta circunstancia no es otra que el co-imputado mayor de edad Miguel tiene absoluto dominio sobre los hechos y puede, como así lo ha hecho en sus distintas declaraciones prestadas en fase de instrucción, incluir y excluir a su capricho en la participación de los hechos a las personas que estime oportunas según su propia conveniencia e interés. Este dominio absoluto de los hechos se pone de relieve, y sin que ello suponga prejuzgar la culpabilidad del mismo en los hechos ya que ello no es tarea de este juzgador sino del Tribunal que en su día celebre el juicio oral contra los co-imputados mayores de edad, en dos circunstancias que son las siguientes:

1/ Que ha reconocido o admitido en todas sus declaraciones practicadas en fase de instrucción (salvo en la declaración realizada en el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla en fecha de 16 de marzo de 2009) haber matado o haber violado y matado a Marta y; por tanto; haber estado en el escenario de los hechos.

2/ Que las pruebas científicas sobre análisis de restos biológicos ratificadas en el acto de la audiencia por su emisor avalan este dominio de los hechos y así; en primer lugar; en el informe biológico 0532-S6-09 Muestra 37.1 se detectan restos de sangre de Marta en la zona inferior interna izquierda de la cazadora de color marrón que el co-imputado mayor de edad vestía el día de los hechos; en el informe biológico 0532-S1-09 Muestra 1 se observa la mezcla de perfiles

genéticos de Marta y del co-imputado mayor de edad en la empuñadura de la silla de ruedas, en el informe biológico 0532-S4-09 Muestra 16 se detecta una mezcla de perfiles genéticos de Marta y del co-imputado mayor de edad sobre la mesa del ordenador en su esquina superior derecha; en el informe biológico 0532-S4-09 Muestras 18 y 20 o Muestras B6 y B8 en el mueble cama del dormitorio, sobre la 20 cara externa de la colcha, en la zona próxima a la esquina izquierda de los pies de la cama se detectan dos manchas con mezcla de perfiles genéticos de Marta y del co-imputado mayor de edad y; finalmente; en el informe biológico 0532-S26-09 se detecta lo siguiente: en la Muestra 94.1.1 tomada en el interior del envase de plástico del tensiómetro se detecta el perfil genético del co-imputado; en las Muestras 94.2 y 94.3 tomadas en el exterior e interior del tensiómetro se detecta mezcla de perfiles genéticos de Marta y del co-imputado mayor de edad; en las Muestras 95.1 y 95.2 tomadas en la cinta sanitaria Omniplast se detecta el perfil genético del co-imputado mayor de edad y finalmente en las Muestras 96.1 y 96.2 tomadas en la cinta sanitaria Leukopor se detecta el perfil genético del co-imputado mayor de edad.

Sentado lo anterior debe a continuación entrar a analizarse si la declaración del coimputado mayor de edad Miguel va acompañada del requisito necesario de la mínima corroboración que exige la jurisprudencia antes citada. Este juzgador considera que no pueden ser considerados como elementos externos de corroboración mínima las alegaciones efectuadas por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular en el sentido de que la declaración del co-imputado se mantuvo sin ser alterada durante un período de 6 meses aproximadamente y que además fue la versión que el co-imputado dio por válida y cómo la verdad absoluta de lo sucedido cuando se intentó suicidar estando en situación de prisión provisional por la jurisdicción de adultos.

El hecho de que una declaración se mantenga por espacio de 6 meses aproximadamente, además de no ser un hecho externo, no puede llevar sin más a la consideración de que es la auténtica y la única válida ya que por el mismo criterio se puede llegar también a la conclusión de que la versión de los hechos dada por el co-imputado en fecha de 9 de septiembre de 2009 en el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla (se reconoce como autor único de la muerte de Marta y apunta al menor acusado y a otro co-imputado de nombre Samuel como las personas que se encargan de hacer desaparecer el cuerpo y él desconoce el destino que dieron al mismo) es la realidad de lo sucedido ya que esta versión es la que se mantiene por el co-imputado en la actualidad y; por tanto; por un espacio de tiempo muy superior. Asimismo el hecho de que la versión dada por el co-imputado mayor de edad en fecha de 17 de marzo de 2009 fue la ratificada con motivo del intento de suicidio en el interior del centro

penitenciario como la única válida y verdadera y refleja lo realmente acaecido como consecuencia de una carta remitida a su Letrado (folio 190 de las actuaciones en la pieza separada de medida cautelar) no puede ser tampoco considerado como un elemento externo de corroboración.

Aún dando por creíble el intento de suicidio del co-imputado y aún siendo cierto que una persona cuando se suicida nada tiene que perder y cuenta siempre la verdad, considerar que ello supone la verdad única y absoluta supone recurrir a un ejercicio de fe que no es prueba en el proceso penal ya que, por el mismo criterio, si una persona cuando se suicida cuenta toda la verdad y nada tiene que perder, se echa en falta en la declaración del co-imputado mayor de edad un acto de perdón, piedad y humanidad con la familia de Marta y podía haber revelado el lugar en el que se encuentra el cuerpo de la misma ya que este juzgador no tiene ninguna duda de que el co-imputado conoce el lugar exacto en el que el cuerpo se encuentra o que hicieron con él o dispone, cuando menos, de pistas seguras y fiables que conduzcan al hallazgo del cuerpo de Marta. Tampoco el hecho de que se trate de un relato extenso y minucioso de los hechos con multitud de detalles puede llevar a considerar que es la declaración única y verdadera de lo que sucedió el día de los hechos ya que; por el mismo criterio; la declaración prestada por el co-imputado mayor de edad en fecha de 16 de marzo de 2009 en el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla (en ella atribuye al menor acusado ser el autor único de la violación y muerte de Marta y él únicamente colabora en hacer desaparecer el cuerpo) es igualmente detallada, extensa y minuciosa y no es considerada válida o creíble ni por el Ministerio Fiscal ni por la acusación particular.

Pero es que además el Ministerio Fiscal y la acusación particular pretenden que este juzgador se crea y considere como hechos probados irrefutables lo que ellos mismos cuestionan o ponen en duda ya que si la declaración prestada por el coimputado Miguel en fecha de 17 de marzo de 2009 es la única válida y verdadera no se comprende cómo en el procedimiento seguido en la jurisdicción de adultos han presentado escritos de acusación por presuntos delitos de encubrimiento y contra la integridad moral contra tres co-imputados (Samuel, su hermano Francisco Javier y la novia de éste de nombre María) a los que el co-imputado mayor de edad excluye expresamente de toda participación en los hechos salvo que acudamos al fácil recurso de dar por válido lo que nos beneficia y no dar por válido lo que nos perjudica cuando se trata de una única declaración y cuando precisamente la credibilidad de una declaración se basa en su propia coherencia en su integridad. A continuación procede hacer un análisis de la declaración prestada por el coimputado Miguel cruzando tal declaración con los instrumentos que; según la misma; utilizó el

menor acusado y cruzando la misma con los restos biológicos encontrados en el dormitorio.

En primer lugar en dicha declaración se manifiesta que se utilizó una navaja por el menor acusado y; aunque es cierto que la misma fue encontrada en un sumidero próximo al domicilio de la calle L.; no se encontró en la misma ningún resto biológico perteneciente al menor acusado. En segundo lugar en dicha declaración se manifiesta que el menor acusado, una vez que acabaron con la vida de Marta, acercó la silla de ruedas desde el cuarto trastero y entre los dos subieron a peso el cuerpo a la silla y sacaron a Marta de la casa en la silla entre los dos pero debe señalarse que los informes biológicos únicamente detectan mezcla de perfiles genéticos del co-imputado mayor de edad y de Marta en la empuñadura de la silla de ruedas. En tercer lugar se afirma en dicha declaración que el menor acusado acabó con la vida de Marta utilizando un cable alargadera enrollable pero lo cierto es que dicho cable o alargadera no ha aparecido; supuestamente según la versión del co-imputado mayor de edad; porque el menor acusado se deshizo de él tirándolo a una papelería pública.

En cuarto lugar se señala en la declaración que entre los dos tumbaron a Marta en la cama y allí la violaron (una vez cada uno de ellos penetrando a la misma vaginalmente) pero las pruebas biológicas únicamente detectan en el mueble cama del dormitorio sobre la cara externa de la colcha, en la zona próxima a la esquina izquierda de los pies de la cama dos manchas con perfiles genéticos de Marta y del co-imputado mayor de edad pero, sin embargo, no se detecta en esa zona ningún perfil genético del menor acusado.

En quinto lugar se señala en dicha declaración que el menor acusado, tras haber acabado con la vida de Marta, se dirigió al cuarto de baño y trajo el tensiómetro o pulsómetro y quitaron la cinta aislante de la muñeca izquierda de Marta pero, sin embargo, los informes biológicos señalan que en el interior del envase de plástico del tensiómetro se detecta únicamente perfil genético del co-imputado mayor de edad y en el exterior e interior del tensiómetro se detecta mezcla de perfiles genéticos de Marta y del co-imputado mayor de edad mientras que en los dos tipos de cinta aislante que fueron analizados (la cinta sanitaria Omniplast y Leukopor) únicamente se detecta el perfil del co-imputado mayor de edad y el perfil de este co-imputado y de otro co-imputado mayor de edad; pero no se observa ningún perfil genético del menor acusado en los instrumentos u objetos citados.

Por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular se hace especial hincapié en que la escena del crimen fue limpiada de forma concienzuda utilizando además productos de limpieza bastante agresivos (lejía, amoníaco, amoniacal) y que por ello se eliminaron los posibles restos biológicos que implicarían de forma contundente tanto al co-imputado mayor de edad como al menor acusado. Debe señalarse que no puede discutirse que el escenario del crimen fue limpiado porque ello es lo lógico y normal en supuestos como el que nos ocupa pero ello no puede suponer respecto al menor acusado que allí había restos biológicos suyos que probarían su participación en el asesinato y violación de Marta ya que ello no es más que una mera suposición o presunción que no puede ser elevada a la categoría de prueba máxime cuando; pese a la limpieza concienzuda y la utilización de productos especiales; los agentes actuantes, debido a un trabajo excepcional, pudieron extraer muestras críticas y perfiles genéticos de los que tan sólo uno (que será posteriormente analizado) corresponde al menor acusado cuando, por el contrario, se encontraron varios perfiles genéticos del coimputado mayor de edad y si; según la declaración del co-imputado mayor de edad; ambos tuvieron la misma participación en los hechos violando y matando a Marta igualmente puede suponerse o presumirse que debieron aparecer más perfiles genéticos del menor acusado solos o mezclados con perfil genético de Marta sin que ello haya pasado en el caso que nos ocupa.

Finalmente debe hacerse referencia a los dos últimos elementos probatorios que deben ser analizados para concluir si existe o no existe la corroboración mínima necesaria y exigible en toda declaración de co-imputado. El primero de estos elementos es el informe lofoscópico que obra en las actuaciones (folios 4155 y siguientes) y que fue ratificado íntegramente en el acto de la audiencia por su emisor (perito lofoscopista con número profesional ...482) y que concluye sin ningún género de dudas en la existencia de una huella de más de once puntos en una botella de ron Bacardi encontrada en el salón del domicilio de L. y que pertenece sin posibilidad de error al menor acusado. No obstante desconoce este juzgador porque el Ministerio Fiscal otorga especial importancia a esta huella (salvo que no sea por el afán desesperado de encontrar pruebas en contra del menor acusado) cuando en la declaración prestada por el co-imputado Miguel en fecha de 17 de marzo de 2009 en ningún momento se manifiesta que el menor acusado consumió la noche en que sucedieron los hechos ron Bacardi y ello es así porque si analizamos la mencionada declaración (folio 2861 de las actuaciones en sus párrafos 2 y 3) podemos concluir que en ningún caso el co-imputado alude al consumo de alcohol por el menor acusado ya que se recoge expresamente en la misma "Cuando se marchó su hermano, es verdad que ya en el salón fumó porros y que Marta no fumó.

El dicente bebió algo más de un cubata de ron Bacardi con cocacola mientras Marta ni fumó porros ni bebió cubata. A los diez minutos de haberse ido su hermano llegó Cuco muy borracho y el mismo traía unas cinco o seis pastillas de color rosa, con un puño dibujado, perfilado sobre la pastilla. Empezaron ellos dos, Cuco y él a tomar pastillas y además durante todo su discurrir en la casa fumaron hachís, unos siete u ocho porros entre los dos, en los que consumieron una media bellota de haschis. Se pusieron sobresaltados a raíz de todo ello.”

Por tal motivo se ha de concluir que la huella del menor acusado hallada en la botella de ron Bacardi no se produjo el día en que sucedieron los hechos que se enjuician máxime cuando tampoco el perito lofoscopista que declaró en el acto de la audiencia pudo determinar la antigüedad de la huella limitándose simplemente a señalar que se trataba de una huella fresca pero sin poder concretar la misma dentro de un período o intervalo de tiempo que pudiera ser acotado temporalmente.

El segundo de estos elementos probatorios es la detección de una mezcla perfecta de perfiles genéticos de Marta y del menor acusado en el suelo del dormitorio de Miguel (lugar en el que se produjeron los hechos) bajo la silla situada en el lado izquierdo de la habitación según se entra junto a la mesa de escritorio; prueba biológica que se contiene en el informe biológico 0532-S4-09 (relacionado con la inspección ocular IO 518/09-DV) siendo este informe debidamente ratificado en el acto de la audiencia por sus emisores. Dos son; en opinión de este juzgador; las consideraciones previas que deben realizarse respecto a la mezcla de perfiles genéticos que nos ocupa ya que; por un lado; se trata y así lo repitió en varias ocasiones el perito que depuso en el acto de la audiencia de una muestra crítica, es decir, muy pequeña y que; por otro lado y por este motivo; que esta mezcla de perfiles genéticos dieron positivo a los reactivos de luminol y bencidina que se utilizan como reactivos de restos biológicos de sangre y además contenía ADN del menor acusado pero que no pudieron llegar a la conclusión total y absoluta de que fuera sangre aunque, en opinión del perito deponente, unos restos biológicos que dan positivo a los reactivos citados revelan una alta probabilidad de que sea sangre pero si además contiene ADN puede concluirse, según su dilatada experiencia, que estamos hablando de sangre. No obstante lo anterior; la cuestión fundamental que se ha de analizar es si la existencia de esta crítica mezcla perfecta de perfiles genéticos de Marta y del menor encontrada en el dormitorio de Miguel junto a la declaración inculpatória de éste, permite concluir necesariamente con

la certeza que es exigible que el menor acusado agredió sexualmente y posteriormente asesinó a Marta.

La respuesta a tal pregunta ha de ser negativa en opinión de este juzgador ya que lo único que acredita de manera irrefutable dicha mezcla de perfiles genéticos es que el menor acusado estuvo presente en el domicilio de L. de esta capital el día en que sucedieron los hechos y que tuvo contacto con el cuerpo de Marta. Desgraciadamente el cuerpo de Marta no ha aparecido a fecha actual y; por tanto; no se ha podido practicar la correspondiente autopsia que pudiera haber revelado datos sumamente esclarecedores sobre si existió o no agresión sexual y sobre la causa o la forma en que se acabó con la vida de Marta, es decir, si la misma murió por estrangulamiento (según la versión del co-imputado mayor de edad Miguel realizada en fecha de 17 de marzo de 2009) o por un golpe con un objeto contundente en la cabeza (según otras versiones relatadas por el citado co-imputado mayor de edad).

No se han encontrado restos biológicos de semen o esperma del menor acusado en ninguna zona del dormitorio y además existe la duda razonable del momento exacto en que se produjo el contagio o la mezcla de perfiles genéticos de Marta y del menor acusado, es decir, si ese contagio se produjo necesariamente estando viva Marta defendiéndose de la presunta agresión sexual y de la posterior agresión mortal o si; por el contrario; se pudo producir en un momento posterior a la muerte de la misma y este juzgador está obligado a plantearse las distintas alternativas posibles siempre que éstas sean lógicas o factibles que pudieron darse máxime cuando el perito deponente también expresó de manera clara en el acto de la audiencia que la aportación del perfil genético de Marta y la aportación del perfil genético del menor acusado pudo haberse producido en momentos distintos desde un punto de vista temporal.

Precisamente es este punto en el que no puede descartarse de ninguna manera que el contagio o la mezcla de los perfiles genéticos de Marta y del menor acusado pudo producirse de manera accidental o fortuita como consecuencia de haber tocado el menor el cuerpo de Marta ya muerta la misma como consecuencia de la acción de sacar el cuerpo del domicilio de L. dentro de la conducta de ocultación del cuerpo; es decir; dentro de la conducta delictiva del encubrimiento (el menor acusado admitió en su primera declaración en sede policial que consta en los folios 71 a 75 de las actuaciones y en su primera declaración en Fiscalía de Menores que obra a los folios 243 y 244 de las actuaciones que cogió el cuerpo de Marta por un lado y otro co-imputado mayor de edad de nombre Samuel por otro lado) y no dentro de la

conducta de la agresión sexual y asesinato tal y como sostienen el Ministerio Fiscal y la acusación particular y; en caso de distintas alternativas posibles y plausibles; el juzgador está obligado a seguir o acoger por aplicación del principio “in dubio pro reo” la alternativa más favorable para el menor acusado que en este caso es la alternativa de la conducta delictiva del encubrimiento tal y como se razonará en el siguiente fundamento jurídico de la presente resolución...”.

Reproducido, para mejor comprensión, de manera literal el contenido del razonamiento expuesto por el juzgado, continuamos analizando la Jurisprudencia sobre la credibilidad del testimonio y en este sentido conviene referir entre otras, la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Penal, Sección 1ª) Sentencia núm. 492/2007 de 7 junio que nos indica “A todo ello debe añadirse que la declaración inculpatoria de Begoña no resulta fiable como imputación a la recurrente. Esta manifestación, en la que inculpa a su madre en la preparación del hecho, no es la única que realizó, pues prestó numerosas declaraciones durante la fase de instrucción, que en el motivo se cifran en diez ocasiones. Solamente en una de ellas inculpó a su madre, mientras que en otras hacía lo mismo respecto de otras personas, o bien reconocía haber actuado en solitario.

Es decir, que la exigencia de un elemento de corroboración no solo se revela como imprescindible en cuanto a la posibilidad de valorar la declaración de la coimputada como prueba de cargo, sino también, en el caso, en cuanto a la posibilidad de otorgar credibilidad a una de sus múltiples versiones por encima de las demás. Consecuentemente, debe concluirse que respecto de la participación de la recurrente en el asesinato de Blanca no existe prueba de cargo suficiente, lo que determinará su absolución por este hecho.

Visto lo expuesto por el Juzgado de Menores y la Jurisprudencia, poco más podemos añadir. Desde luego, nula credibilidad puede concederse a quién no es firme ni rotundo en su relato de los hechos y personas participantes.

El coimputado mayor de edad Miguel, como hemos expuesto, en unas primeras declaraciones en sede policial (hasta en tres en días sucesivos) se declara autor único de la muerte de Marta, que mantiene en sede judicial (hasta en 3 ocasiones). Sorprendentemente, el día 16 de marzo de 2009 acusa al menor como único autor de la violación y muerte de Marta y él se sitúa como colaborador. No obstante, el día 17 cambia su versión y efectúa la que para las

acusaciones es la real. Para finalizar, el día 9 de septiembre de 2009 realiza una nueva declaración contando con la debida asistencia letrada (folios 5521 a 5525 de las actuaciones) en la que se retracta de la versión de los hechos realizada en fecha de 17 de marzo de 2009 y se vuelve a reconocer como autor único de la muerte de Marta golpeando a la misma con un cenicero y el menor acusado (junto a otro co-imputado de nombre Samuel y un tío de éste) sacaron el cuerpo del interior del domicilio y lo introdujeron en un coche de un presunto pariente de Samuel desconociendo el destino que éstos últimos dieron al cuerpo de Marta.

¿Cómo puede mantenerse como cierta la versión ofrecida por el mayor de edad coimputado el día 17 de marzo de 2009, en detrimento de las ofrecidas con anterioridad o posterioridad?.

¿Qué datos fácticos encontramos en las actuaciones que adveren como cierta la versión del día 17 y no otra ¿Se puede descartar otra declaración de Miguel en la vista oral ?.

En igual sentido, y por las razones que expone el Juez de Menores, advertimos móviles de venganza en el mayor coimputado que condicionan la imparcialidad de su testimonio y para ello damos por reproducido el apartado B de la sentencia donde se admitía dicho extremo.

Igualmente, reproducimos los argumentos expuestos en las letras C) y D) por el Juez de Menores para restar credibilidad al testimonio inculpatario de Miguel cuando analiza la franja horaria y dominio de los hechos, que para mejor comprensión, hemos reproducido.

El Juzgado de Menores analiza de modo concienzudo y detallado si las declaraciones de Miguel van acompañadas del requisito necesario de corroboración objetiva, restándole credibilidad, lo que resulta razonable.

De entrada, debemos descartar que la sola declaración que analizamos, aunque permanezca en el tiempo y luego sea ratificada con motivo del intento de suicidio, pueda ser considerada corroboración objetiva.

¿Qué argumento tenemos para afirmar y reconocer cualidad de verdad material a la declaración del día 17 de marzo y negarla a aquellas otras anteriores y posteriores que divergen de aquella ?.

El hecho de que esta declaración incorpore un relato extenso y minucioso, como dice el Ministerio Fiscal, no supone corroboración objetiva de lo que en el se afirma, máxime, cuando existen otros del mismo tenor.

De igual modo y con especial detalle, el Juzgado de Menores llega a conclusión negatoria de la credibilidad de la declaración de Miguel cuando analiza la declaración de éste del día 17 de marzo y la “cruza” con los restos biológicos encontrados en el dormitorio. En la navaja presuntamente utilizada por el menor no se encuentra ningún resto biológico de éste, tampoco en la silla de ruedas que, según Miguel, utilizaron ambos para sacar el cuerpo de Marta, la alargadera no ha aparecido, en la cama, dónde supuestamente se produjo la agresión sexual no se encuentran restos biológicos ni en el tensiómetro utilizado para comprobar si había fallecido).

Por último, el Juzgado de Menores analiza el informe lofoscópico obrante al folio 4155 y ss. (huellas de más de once puntos en una botella de Ron Bacardi y que pertenece al menor acusado), que fue realizado por el perito núm. ...482, y por las razones que expone (el coimputado mayor de edad en la declaración del día 17 no manifiesta que el menor consumiera Ron Bacardi esa noche) y en consecuencia, concluye que la huella del menor acusado hallada en la botella, no tuvo porqué producirse se produjo el día en que ocurrieron los hechos.

Tampoco el perito supo datar ni acotar temporalmente cuando se pudo dejar la huella.

Existe para este Tribunal otro aspecto sin duda determinante y es que no se entiende cómo el Mº Fiscal y la acusación niegan validez probatoria a la declaración del día 16 de marzo de 2009 y sin embargo, se apoyan en ella para intentar demostrar que el menor Francisco Javier intervino en la agresión sexual y muerte de Marta, porque se han revelado huellas dactilares de Francisco Javier en la botella de ron y es, precisamente, en esta declaración del día 16 cuando Miguel, parece afirmar, que el menor y él consumieron bebidas alcohólicas en su casa.

Respecto de la mezcla perfecta de perfiles genéticos de Marta y del menor acusado hallada en el pelo del dormitorio bajo la silla situada en el lado izquierdo de la habitación según se entra junto a la mesa de escritorio, el Juzgado valoró la conclusión del informe pericial y concluye que lo único que prueba es que el menor estuvo presente en el lugar, pero no que tomara parte activa en la agresión sexual ni la forma en que se acabó con la vida de Marta, por lo demás nunca acreditada por la no aparición de su cuerpo.

El Juzgador en este extremo expresa dudas razonables sobre el modo de producirse el fallecimiento de Marta y si hubo o no agresión sexual, con argumentos que asumimos y reproducimos "...No se han encontrado restos biológicos de semen o esperma del menor acusado en ninguna zona del dormitorio y además existe la duda razonable del momento exacto en que se produjo el contagio o la mezcla de perfiles genéticos de Marta y del menor acusado, es decir, si ese contagio se produjo necesariamente estando viva Marta defendiéndose de la presunta agresión sexual y de la posterior agresión mortal o si; por el contrario; se pudo producir en un momento posterior a la muerte de la misma y este juzgador está obligado a plantearse las distintas alternativas posibles siempre que éstas sean lógicas o factibles que pudieron darse máxime cuando el perito deponente también expresó de manera clara en el acto de la audiencia que la aportación del perfil genético de Marta y la aportación del perfil genético del menor acusado pudo haberse producido en momentos distintos desde un punto de vista temporal.

Precisamente es este punto en el que no puede descartarse de ninguna manera que el contagio o la mezcla de los perfiles genéticos de Marta y del menor acusado pudo producirse de manera accidental o fortuita como consecuencia de haber tocado el menor el cuerpo de Marta ya muerta la misma como consecuencia de la acción de sacar el cuerpo del domicilio de L. dentro de la conducta de ocultación del cuerpo; es decir; dentro de la conducta delictiva del encubrimiento (el menor acusado admitió en su primera declaración en sede policial que consta en los folios 71 a 75 de las actuaciones y en su primera declaración en Fiscalía de Menores que obra a los folios 243 y 244 de las actuaciones que cogió el cuerpo de Marta por un lado y otro co-imputado mayor de edad de nombre Samuel por otro lado) y no dentro de la conducta de la agresión sexual y asesinato tal y como sostienen el Ministerio Fiscal y la acusación particular y; en caso de distintas alternativas posibles y plausibles; el juzgador está obligado a seguir o acoger por aplicación del principio "in dubio pro reo" la alternativa más favorable para el menor acusado que en este caso es la alternativa de la conducta delictiva del encubrimiento tal

y como se razonará en el siguiente fundamento jurídico de la presente resolución...”. En definitiva, por las razones expuestas, no se puede dar crédito a la declaración de Miguel

CUARTO.- Una vez negada validez probatoria a la declaración del día 17 de marzo, valorada en sentido negativo la credibilidad del testimonio de Miguel y cómo el Ministerio Fiscal manifiesta que se ha valorado de modo erróneo la prueba y la acusación particular hace referencia a la intermediación derivada del sistema de visionado de la grabación de la vista oral, pasamos a analizar la naturaleza del recurso de apelación, las limitaciones del mismo cuando se ha dictado sentencia absolutoria y la posibilidad de valorar con intermediación la prueba mediante la visualización de la grabación.

El recurso de apelación es el medio de impugnación más relevante que contempla el Derecho Procesal para impugnar las resoluciones judiciales. La apelación es un recurso vertical (parcialmente, en cuanto al procedimiento), ordinario, establecido por la Ley contra diferentes tipos de resoluciones judiciales dictadas en primera instancia y cuya finalidad es la revocación y sustitución de la resolución impugnada o, en su caso, la declaración de nulidad de las actuaciones practicadas en la instancia, que produzcan un perjuicio o gravamen al apelante. Lo característico de este recurso es que la impugnación se resuelve por el superior inmediato jerárquico del que dictó la resolución recurrida y que no exige motivos tasados para su interposición. En el ordenamiento jurídico español el planteamiento del recurso de apelación es el modo de abrir la segunda instancia de un proceso al considerar perjudicial la sentencia dictada en la primera instancia.

Antes de dar respuesta al alegado error en la valoración de la prueba, parece oportuno recordar que, si bien es cierto que, como ha reiterado el Tribunal Supremo, el recurso de apelación constituye un mecanismo que posibilita un nuevo examen de la causa y el control por parte del Tribunal ad quem tanto de la determinación de los hechos probados hecha por el juez a quo como la aplicación del derecho objetivo efectuada por el mismo, no lo es menos que no cabe, por el contrario, efectuar igual afirmación en lo que respecta a la revisión en vía de apelación de la apreciación probatoria efectuada en primera instancia, extremo en el que aparece una limitación cuya razón estriba en una más que asentada doctrina jurisprudencial -de reproducción ociosa por ser sobradamente conocida- de la que cabe subrayar dos aspectos:

En primer lugar que, cuando la cuestión debatida a través de recurso de apelación es la valoración de la prueba llevada a cabo por el Juzgador de instancia en uso de las facultades que le confiere nuestro Ordenamiento Jurídico (artículos 741 y 973 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 117.3 de la Constitución Española) y sobre la base de la actividad desarrollada en el juicio oral, la observancia de los principios de inmediación, contradicción y oralidad a que esa actividad se somete conducen a que, por lo general, deba reconocerse singular autoridad a la apreciación de las pruebas hecha por el Juez a cuya presencia se practicaron, y ello, porque es dicho Juzgador a quo quien goza del privilegio de intervenir en la práctica de la prueba y de valorar correctamente su resultado, apreciando personal y directamente las pruebas (ya sean las de la instrucción, las anticipadas, las preconstituidas, o las del artículo 730 de la Ley Procesal Penal), todo lo cual, sin duda alguna, tiene una trascendencia fundamental en lo que afecta a la prueba testifical (modo de narrar los hechos, expresión, comportamiento, dudas, rectificaciones, vacilaciones, seguridad, coherencia etc.) y a la del examen del acusado, y no tanto respecto de la valoración del contenido de documentos o informes periciales, pues en principio nada obstaría una nueva valoración de los mismos en la segunda instancia.

Y, en segundo término que, consecuentemente con lo expuesto, cabe concluir que sólo es posible revisar la apreciación probatoria hecha por el Juez de instancia en los siguientes casos:

1º Cuando con carácter previo al proceso valorativo no exista prueba objetiva de cargo válidamente practicada, en cuyo caso se vulnera el principio de presunción de inocencia.

2º Cuando, existiendo tal prueba, la apreciación de la misma no dependa sustancialmente de la percepción directa o inmediación que el Juez tuvo con exclusividad, es decir, cuando no dependa de la credibilidad de los testimonios o declaraciones oídas solamente por el Juzgador.

3º Cuando un ponderado y detenido examen de las actuaciones ponga de relieve un manifiesto y claro error del Juzgador de instancia de tal magnitud - razonamiento absurdo, ilógico, irracional o arbitrario-, que haga necesaria, empleando criterios objetivos y no interpretaciones discutibles y subjetivas, una modificación de los hechos declarados probados en la sentencia, labor de rectificación esta última que, además, será más difícil cuanto más dependa la

valoración probatoria a examinar de la percepción directa que se tiene en la instancia, pero no imposible cuando las pruebas valoradas se hayan practicado sin observancia de los principios constitucionales o de legalidad ordinaria. Es por ello por lo que, sí la prueba ha respetado los principios de constitucionalidad y legalidad ordinaria y su interpretación no llega a conclusiones notoriamente ilógicas o incongruentes por contrarias a las evidencias de su resultado, el Tribunal ad quem no debe alterar las apreciaciones llevadas a cabo por el Juzgador a quo en la valoración de la misma pues una cosa es el derecho a la presunción de inocencia y otra distinta el derecho al acierto del Juez cuando interpreta la norma y valora la prueba.

Dicho de otro modo, la función del Tribunal de alzada no puede entenderse, como de valoración “ex novo” de las pruebas, pues careciendo de inmediación tal labor resulta imposible, sino comprensiva de un doble cometido:

a) Del control de la efectiva existencia de prueba de cargo lícitamente aportada y practicado, esto es, de pruebas referidas a la perpetración del delito o falta y la participación en él del inculcado, en términos generales.

b) Del control de la suficiencia lógica de esas pruebas de cargo para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y de la corrección de los razonamientos valorativos expuestos por el Juzgador en su sentencia.

Lo que desde luego no puede hacer el Tribunal de apelación es prescindir absolutamente de la valoración que de las pruebas ha hecho el Juez “a quo” para acoger la del recurrente o imponer la suya propia, salvo en aquellos supuestos en que la practica de prueba en segunda instancia venga a variar el resultado valorativo de toda la practicada, o se aprecie un patente y evidente error del Juzgado en su valoración.

Debe reiterarse que las reacciones, el nerviosismo, la dinámica del gesto, del silencio, del tono de voz, de los mismos titubeos, vacilaciones y contradicciones, interacciones entre las partes, amen de otros datos esenciales, en orden a comprobar la credibilidad del sujeto compareciente ante el órgano judicial, como integrantes de la sicología del testimonio, son factores de los que sólo puede disponer el Juez o Magistrado que vive el desarrollo del juicio en instancia encontrándose en una situación óptima para valorar la

prueba de la cual esta Sala no dispone por lo que se debe entender más justa dicha valoración, conforme a las Sentencias del Tribunal Supremo de fechas 15 de febrero de 1990, 6 de junio de 1991, 7 de octubre 1992 y 3 de diciembre de 1993.

Podría mantenerse que la grabación del juicio (audiencia en sede de menores) permite la Tribunal de apelación cumplir con el requisito de la inmediación. La pregunta sería ¿El visionado de la grabación del acto de juicio oral ¿puede ofrecer al Tribunal que conoce de la apelación, la inmediación exigible para revocar la sentencia de instancia, sobre la base de una valoración diferente de la prueba personal que se ha practicado? La L.E.Crim recoge en el art. 788 Párr. 6 la posibilidad de “sustituir” el acta de juicio levantado por el Secretario, en el curso de su celebración por parte de un Juez o Tribunal, por el empleo de “cualquier medio de reproducción mecánica, oral o escrita”.

La realidad de que los juicios penales, cada vez de forma más generalizada, son objeto de grabación, por aplicación supletoria de la LEC 1/2000, y de lo dispuesto en el art. 454,5 LOP, plantea la cuestión relativa a si el visionado, por el órgano “ad quem”, de dicha grabación, viene a solucionar -como se ha propugnado desde diversos sectores doctrinales- el problema de la inmediación y del principio de libre valoración de la prueba por parte del tribunal de la segunda instancia.

En la doctrina menor existen dos tesis, la minoritaria que da una respuesta afirmativa que entiende que “la valoración alternativa de las pruebas, en estas circunstancias, no vulneraría los principios de inmediación y contradicción”, dado que, cuando el Tribunal “ ve y oye por sí mismo la prueba practicada, mediante la reproducción del soporte videográfico o telemático, nos encontramos ante una inmediación de segundo grado, pero inmediación al fin y al cabo”. Ciertamente es, que estos mismos ponentes reconocen que la “inmediación indirecta implica una limitación notable de la interactividad del tribunal de apelación respecto del medio de prueba personal”, pero “en el conflicto entre una inmediación devaluada o de segundo grado y una pérdida de fiabilidad de las fuentes de prueba, debe prevalecer la primera”.

La postura contraria a la expuesta, y mayoritaria, pone de manifiesto que la grabación videográfica del juicio no permite tener: “un conocimiento idéntico al que permite la percepción sensorial inmediata de las sesiones del juicio oral Tribunal que no las haya presenciado, y que solo tiene una visión parcial de lo

practicado que le otorga la visión estática de una cámara y el sonido recogido por la misma (...). La inmediación adquiere valor y sentido al percibir el Tribunal con sus cinco sentidos aquello en que ha de concluir en la mayor o menor credibilidad; la valoración no sólo resulta de la visión del banquillo sino de “todo” lo que sucede en la sala”.

En brillante trabajo publicado en foro abierto. El Ilmo. Sr. Luzón Canovas, Fiscal Tribunal Superior de Justicia de Madrid expone como “...A falta de una regulación en el proceso penal sobre la reproducción videográfica de los juicios y su eficacia, no se puede recurrir a esa posibilidad probatoria como medio de sustituir la valoración de la prueba personal realizada por el juez de instancia.

La grabación videográfica de los juicios, como integrada en el acta que, de cada uno de ellos, o de sus sesiones, debe levantar el Secretario Judicial, permite tener un conocimiento más completo de todo lo actuado, pero ello no significa que las pruebas practicadas en el mismo cambien la naturaleza que le es propia.

Si la razón de que la prueba videográfica practicada en el acto de un juicio no tenga el carácter de prueba documental, por más que se trate de un soporte que el art. 26 CP equipara a los documentos, es que la misma contiene elementos propios de la prueba personal, aunque éstos aparezcan así documentados, las pruebas personales, como la testifical, la declaración del acusado o la pericial, están sujetas a la valoración del Tribunal que con inmediación las percibe, y las vivencias así adquiridas son intransferibles. Ni siquiera la grabación videográfica del juicio permite tener un conocimiento idéntico al que permite la percepción sensorial inmediata de las sesiones del juicio oral.

La inmediación, aunque por sí misma no sea suficiente para distinguir la versión correcta de la que no lo es, permite al Tribunal acceder a algunos aspectos de las pruebas personales que resultan irrepetibles, y que pueden influir en la valoración, de forma que la decisión del Tribunal de instancia en cuanto a la credibilidad de quien declara ante él, aunque debe basarse expresamente en aspectos objetivos, no puede ser sustituida por la de otro Tribunal que no las haya presenciado, y que sólo tiene una visión parcial de lo practicado que le otorga la visión estática de una cámara y el sonido recogido por la misma.

El visionado de la grabación videográfica de los juicios, facilita al tribunal de apelación examinar cuanto afecta a la existencia de las pruebas, la práctica de las mismas con plenas garantías constitucionales, la racionalidad de su valoración por el Tribunal sentenciador, la racionalidad de los juicios de inferencia realizados por éste sobre la base de aspectos objetivos previamente acreditados, la suficiencia de las pruebas de cargo para poder enervar el derecho de los acusados a la presunción de inocencia, y, en último término, que no se haya podido producir indefensión por indebida denegación de pruebas propuestas oportunamente.

Desde esta perspectiva, el visionado de la grabación videográfica de los juicios se configura como un instrumento adecuado para la revisión de las sentencias, pero no significa, como decíamos, que el Tribunal de apelación pueda sustituir la inmediación que con exclusividad, tuvo el órgano judicial que dictó la sentencia objeto del recurso...”.

Por su parte el Ilmo. Sr. Zapatero Gómez, Fiscal del Tribunal Superior de Justicia de Madrid señala “... La cuestión apunta a uno de los temas recurrentes en el proceso penal, cual es el de la valoración de la prueba en la segunda instancia y, más específicamente, a la opción entre un modelo de valoración que, desde la plena jurisdicción para la segunda instancia, permite revisar la valoración de la prueba practicada en juicio, y aquel otro conforme al cual, fuera de los supuestos del art. 790,3 LECrim., la revisión sería tanto como invasión. Obviamente, en uno y otro caso damos por supuesto que la prueba se ha practicado en el juicio con pleno respeto a los principios que rigen el proceso penal. Para analizar tal dilema disponemos de un elemento clave dentro del sistema valorativo del proceso penal: el principio de inmediación.

La doble instancia penal, y en concreto la valoración de la prueba, recibió un aporte esencial con la Doctrina Constitucional que centrada en torno a la STC 167/2002, de 9 octubre 2002, y en línea con la jurisprudencia del TEDH, redefinió lo que debe entenderse por respeto de las garantías de publicidad, inmediación y contradicción. Recordemos que se declaró que existía vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías “al haber procedido la Audiencia Provincial a revisar y corregir la valoración y ponderación que el Juzgado había efectuado, sin respetar los Principios de inmediación y contradicción”, entendimiento que supuso modificar el sistema de vistas en segunda instancia.

Pero regresando a la cuestión suscitada, entiendo que no existe intermediación en el visionado de la grabación del juicio ya celebrado, y ello por las siguientes razones: En primer lugar, porque conceptualmente la intermediación es un principio asociado al de oralidad, “compañero de viaje de la oralidad” se lee en el Tratado de Derecho Procesal de Vicente Gimeno Sendra y otros. Y, en segundo lugar, porque la valoración de la prueba testifical depende, en gran medida, de la percepción directa. La intermediación adquiere valor y sentido al percibir el Tribunal con sus cinco sentidos aquello en que ha de concluir en la mayor o menor credibilidad. El visionado ofrece una percepción parcial, pues la grabación, y lógicamente, el posterior visionado, está limitado a aquello que la cámara y el micrófono captan. Los aficionados al deporte sostienen que para ver en perfectas condiciones un partido hay que ir al campo, pues la jugada se entiende viendo tanto a quienes participan directamente en la misma, como la posición en el campo del resto de los jugadores. Algo de esto ocurre en la vista, pues la valoración no sólo resulta de la visión del banquillo sino de “todo” lo que sucede en la sala, y para captarlo se encuentra en mejores condiciones quien está presente, quien percibe directamente, quien en definitiva participa de la intermediación...”.

Relacionada la doctrina menor, este Tribunal considera que lo que se puede denominar “intermediación indirecta” implica una limitación notable de la interactividad del tribunal de apelación respecto del medio de prueba personal, en la medida en que este tribunal -a diferencia de lo que sucede con el juez de instancia- no podrá formular preguntas, o interesar aclaraciones del testigo, perito o acusado cuya declaración es reproducida a través del medio mecánico.

Por otro lado, el Tribunal Constitucional en sentencia 2/2010 de 11 de enero y 30/2010 de 17 de mayo se pronuncian sobre la insuficiencia de la grabación audiovisual del juicio oral.

Esta circunstancia se ha dado en el presente caso dónde este Tribunal no pudo intervenir en la práctica de la prueba personal; además, hemos constatado la mala calidad de los videos remitidos en los que, por la lejanía de la cámara respecto de los intervinientes, a éstos no les podemos identificar por sus rasgos físicos y en algunos supuestos, es sumamente dificultosa la audición de los que intervienen preguntando o respondiendo.

De lo expuesto en este Fundamento es sumamente revaladora la sentencia del Tribunal Constitucional Sala 1ª, S 18-5-2009, núm. 120/2009, BOE 149/2009, de 20 de junio de 2009, rec. 8457/2006. Pte: Rodríguez- Zapata Pérez, Jorge aborda de nuevo el problema de la grabación como sustitutivo de la intermediación y anula la sentencia que condenó al recurrente por un delito contra la salud pública, al no poder valorar el Tribunal la prueba con el visionado. La Sala valora dicha grabación, pero señala que no puede desaparecer en los tribunales de apelación la garantía de intermediación. Afirma que, cuando dichos órganos acuerden no celebrar vista oral, en nuestro caso por las razones que expusimos en nuestro Auto de 28 de junio de 2011, "... deberán respetar la valoración que sobre la sinceridad de los declarantes hizo el juez que celebró el juicio, pudiendo revocarse su valoración oyendo personal y directamente a los declarantes, pero no visionando la grabación del juicio, a excepción de aquellos supuestos en los que la ley permite que se declare de otro modo, como es el caso de menores, víctimas de delitos sexuales, testigos que se encuentren en el extranjero, etc.

En el presente caso la cuestión capital que se somete al juicio de este Tribunal consiste en dilucidar si un tribunal de apelación -mediante una valoración de pruebas de carácter personal discrepante de la efectuada por el Juez a quo, tras haber visionado la grabación audiovisual del juicio oral puede estimar un recurso de apelación interpuesto por error en la valoración de la prueba, fijando un nuevo relato de hechos probados que conduce a la condena de quien fue inicialmente absuelto.

El Ministerio Fiscal, por su parte, solicita la desestimación del recurso de amparo ya que considera que el pronunciamiento condenatorio de la Audiencia Provincial no se sustenta en una nueva valoración probatoria necesitada de intermediación y contradicción sino que trae causa de no compartir el proceso deductivo lógico del Juez a quo. No obstante, para el caso de que este Tribunal Constitucional estimara que sí se ha producido una nueva valoración de pruebas de carácter personal, el Fiscal entiende que las garantías de intermediación y contradicción no pueden suplirse con la grabación y reproducción por medios audiovisuales del juicio de primera instancia._Segundo.- Así delimitado el objeto de nuestro enjuiciamiento, resulta conveniente recordar, siquiera sintéticamente, algunos aspectos básicos de nuestra doctrina que han de sustentar la resolución del presente recurso de amparo:

a) Con reiteración hemos señalado que es competencia del legislador la configuración del sistema de recursos contra las diversas resoluciones judiciales, arbitrando los medios impugnatorios que estime convenientes con arreglo a los criterios de ordenación que juzgue más oportunos, siendo imaginable, posible y real la eventualidad de que incluso no existan, pues no puede encontrarse en la Constitución ninguna norma o principio que imponga la necesidad de una doble instancia o de unos determinados recursos (STC 37/1995, de 7 de febrero, FJ 5 EDJ1995/110), a salvo la singularidad del ámbito penal.

b) En efecto, en materia penal el legislador sí debe prever un régimen de impugnación de las sentencias condenatorias, dado que, como ya dijimos en la STC 42/1982, de 5 de julio (FJ 3) EDJ1982/42 el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos EDL1977/998 -de conformidad con el cual han de interpretarse las normas sobre derechos fundamentales reconocidos por la Constitución ex art. 10.2 CE EDL1978/3879- consagra en su art. 14.5 EDL1978/3879 el derecho de toda persona declarada culpable de un delito a que el fallo condenatorio y la pena que se le haya impuesto sean sometidos a un tribunal superior, conforme a lo prescrito por la ley. Este mandato incorporado a nuestro Derecho interno obliga a considerar que entre las garantías del proceso penal a las que genéricamente se refiere la Constitución en su art. 24.2 EDL1978/3879 se encuentra la del recurso ante un tribunal superior, a salvo los supuestos de infracciones menores o cuando la persona haya sido juzgada por un tribunal que constituya la máxima instancia judicial o cuando haya sido declarada culpable tras un recurso contra su absolución.

También hemos precisado que, “a la vista del tenor literal del mencionado art. 14.5 PIDCP EDL1977/998, e incluso conforme a la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con los arts. 6.1 CEDH EDL1979/3822 y 2 del Protocolo núm. 7 del citado Convenio EDL1979/3822 (SSTEDH de 13 de febrero de 2001, caso Krombach c.Francia EDJ2001/300; y de 25 de julio de 2002, caso Papon c. Francia EDJ2002/31877), dicho precepto se debe interpretar, no como el derecho a una segunda instancia con repetición íntegra del juicio, sino como el derecho a que un tribunal superior controle la corrección del juicio realizado en primera instancia, revisando la correcta aplicación de las reglas que han permitido la declaración de culpabilidad y la imposición de la pena en el caso concreto” (SSTC 70/2002, de 3 de abril, FJ 7 EDJ2002/7116; 105/2003, de 2 de junio, FJ 2 EDJ2003/15667; y 136/2006, de 8 de mayo, FJ 3 EDJ2006/80233).

c) Por el contrario, no existe propiamente un derecho derivado de la Constitución a disponer de un recurso contra las sentencias absolutorias, de modo que su establecimiento y regulación pertenecen al ámbito de libertad del legislador (en este sentido, por todas, SSTC 251/2000, de 30 de octubre, FJ 3 EDJ2000/33364; 71/2002, de 8 de abril, FJ 3 EDJ2002/8109; y 270/2005, de 24 de octubre, FJ 3 EDJ2005/187753). Sin perjuicio de lo cual también hemos reiterado que una vez que el legislador ha previsto un concreto recurso contra determinadas resoluciones judiciales, el derecho a disponer del citado recurso pasa a formar parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (art. 24.1 CE EDL1978/3879), incorporándose o integrándose en él, lo que es coherente con el carácter de este derecho fundamental como derecho de configuración legal (STC 115/2002, de 20 de mayo, FJ 5 EDJ2002/18876; y 270/2005, de 24 de octubre, FJ 3). Esta vertiente del art. 24.1 CE no constituye en puridad un derecho del ciudadano a que se establezca un recurso frente a las decisiones judiciales que le afecten, sino un derecho a que no se le prive de los recursos previstos por el Ordenamiento jurídico (STC 69/2005, de 4 de abril, FJ 2 EDJ2005/37149).

Pues bien, en nuestro Ordenamiento procesal las sentencias absolutorias son susceptibles de impugnación a través de los recursos de apelación y casación, según los casos; y, deteniéndonos ahora en el recurso de apelación contra las sentencias dictadas por los Jueces de lo Penal, debemos destacar que el vigente art. 790.2 LECrim EDL1882/1 configura tres motivos de impugnación, que lo son comunes a las sentencias condenatorias y absolutorias: el quebrantamiento de las normas y garantías procesales, el error en la apreciación de las pruebas y la infracción de normas del Ordenamiento jurídico.

d) Interesa destacar que el supuesto del que trae causa el presente recurso de amparo es la impugnación de una sentencia absolutoria a través de un recurso de apelación en el que se alegó la existencia de error en la valoración de la prueba, en particular de las pruebas de carácter personal practicadas en el juicio oral. Tal característica es relevante, como seguidamente se verá, para el enjuiciamiento constitucional de las quejas aducidas por el demandante de amparo, en la medida en que de los tres fundamentos posibles del recurso de apelación, según resulta de lo dispuesto en el citado art. 790.2 LECrim EDL1882/1, es propiamente el relacionado con la apreciación de la prueba el directamente concernido por las limitaciones derivadas de las exigencias de los principios de inmediación y contradicción, que tienen su genuino campo de proyección cuando en la apelación se plantean cuestiones de hecho.

Por consiguiente y en lo que ahora interesa, en la resolución del recurso de apelación la Audiencia Provincial de Madrid estaba vinculada por la doctrina fijada a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre EDJ2002/35653, según la cual “en casos de apelación de sentencias absolutorias, cuando aquélla se funda en la apreciación de la prueba, si en la apelación no se practican nuevas pruebas, no puede el Tribunal ad quem revisar la valoración de las practicadas en la primera instancia, cuando por la índole de las mismas es exigible la inmediación y la contradicción” (FJ 1 in fine).

e) Por último interesa destacar que en nuestro Ordenamiento los tribunales de apelación están facultados no sólo para revocar el pronunciamiento absolutorio del juez a quo sino también para sustituirlo por otro de signo condenatorio. Cuando ello tiene lugar, dos circunstancias cobran relevancia constitucional desde la perspectiva del presente proceso de amparo: una, que el tribunal de apelación va a ser el órgano judicial que por primera vez condene al acusado; y otra, que toda declaración de condena ha de sustentarse en una valoración directa de la actividad probatoria de cargo.

De la conjunción de ambas facetas, la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha extraído la exigencia -que ha vinculado al art. 6.1 del Convenio Europeo de Derechos Humanos EDL1979/3822- de que cuando la instancia de apelación está llamada a conocer de un asunto en sus aspectos de hecho y de Derecho y a estudiar en su conjunto la cuestión de la culpabilidad o inocencia del acusado, no puede, por motivos de equidad del proceso, decidir esas cuestiones sin la apreciación de los testimonios presentados en persona por el propio acusado que sostenga que no ha cometido la acción considerada infracción penal; doctrina que ha sido acogida por este Tribunal, de conformidad con el art. 10.2 CE EDL1978/3879, a partir de la STC 167/2002, de 18 de septiembre EDJ2002/35653, vinculándola al derecho a un proceso con todas las garantías (art. 24.2 CE EDL1978/3879).

No se puede concluir, por lo tanto, que como consecuencia de que un tribunal de apelación esté investido de plenitud de jurisdicción, tal circunstancia ha de implicar siempre, en aplicación del art. 6 del Convenio EDL1979/3822, el derecho a una audiencia pública en segunda instancia, independientemente de la naturaleza de las cuestiones a juzgar.

Más recientemente, en las SSTEDH de 27 de noviembre de 2007, caso Popovic c. Moldavia, § 71 EDJ2007/205995; 16 de diciembre de 2008, caso

Bazo González c. España (§ 31) EDJ2008/233850; y 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España (§ 37) EDJ2009/15990, se reitera que la condena en apelación de quien fue inicialmente absuelto en una primera instancia en la que se practicaron pruebas personales, sin que hubiera sido oído personalmente por el tribunal de apelación ante el que se debatieron cuestiones de hecho afectantes a la declaración de inocencia o culpabilidad del recurrente, no es conforme con las exigencias de un proceso equitativo tal como es garantizado por el art. 6.1 del Convenio EDL1979/3822. No en todo control sobre la actividad probatoria desarrollada en la primera instancia se proyecta la garantía de inmediación. Decidir si existe prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, si esa prueba de cargo ha sido constitucionalmente obtenida, si ha sido legalmente practicada, si ha sido racionalmente valorada y si el resultado de esa valoración está suficientemente motivado en la correspondiente sentencia, constituyen posibles pronunciamientos derivados del recurso de apelación ajenos al canon de inmediación a que nos venimos refiriendo. Más aún, el referido test no se proyecta sobre la valoración de cualesquiera medios de prueba sino sólo sobre las que venimos denominando pruebas de carácter personal.

En efecto, no será de aplicación cuando la condena en segunda instancia se haya basado en una nueva y distinta valoración de prueba documental, tal como, en este sentido, pone de manifiesto la STC 40/2004, de 22 de marzo (FJ 5) EDJ2004/6045 cuando afirma que “existen otras pruebas, y en concreto la documental, cuya valoración sí es posible en segunda instancia sin necesidad de reproducción del debate procesal” (en el mismo sentido, SSTC 198/2002, de 26 de octubre, FJ 5 EDJ2002/44865; 230/2002, de 9 de diciembre, FJ 8 EDJ2002/55509; AATC 220/1999, de 20 de septiembre, FJ 3; 80/2003, de 10 de marzo, FJ 1 EDJ2003/8885) como consecuencia de que la posición del órgano jurisdiccional de segundo grado resulta idéntica a la que tuvo el juez a quo cuando procedió a su valoración.

En relación con la prueba pericial, atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a las que esos informes lleguen (STC 143/2005, de 6 de junio, FJ 6 EDJ2005/96386), esto es, cuando el tribunal de apelación valore la prueba pericial sólo a través del reflejo escrito que la documenta (STC 75/2006, de 13 de marzo, FJ 8 EDJ2006/36389). No así cuando el perito haya prestado declaración en el acto del juicio con el fin de explicar, aclarar o ampliar su informe, dado el carácter personal que en tal caso adquiere este

medio de prueba (SSTC 10/2004, de 9 de febrero, FJ 7 EDJ2004/2494; 360/2006, de 18 de diciembre, FJ 4 EDJ2006/337244; y 21/2009, de 26 de enero, FJ 2 EDJ2009/11720).

Por lo que se refiere a la prueba indiciaria, hemos declarado que cuando el órgano de apelación se limite a rectificar la inferencia realizada por el de instancia a partir de unos hechos base que resulten acreditados en ésta, estamos ante una cuestión que puede resolverse adecuadamente sobre la base de lo actuado, sin que sea necesario, para garantizar un proceso justo, la reproducción del debate público y la inmediación. Si bien, también hemos afirmado que concurre la vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías cuando sobre la base de indicios que provienen inequívocamente de una valoración de pruebas personales, se corrigen las conclusiones del órgano a quo sin celebrar nueva vista ni haber podido, por tanto, examinar directa y personalmente dichas pruebas (por todas, SSTC 170/2005, de 20 de junio, FJ 3 EDJ2005/118938; 36/2008, de 25 de febrero, FJ 5 EDJ2008/9691; y 24/2009, de 26 de enero, FJ 2 EDJ2009/11704).

En definitiva, como señalamos en la STC 123/2005, de 12 de mayo (FJ 7) EDJ2005/61596 “la garantía de inmediación, y también las de publicidad y contradicción, son (...) garantías del acto de valoración de la prueba, del proceso de conformación de los hechos. En cuanto garantías constitucionales no se extienden al proceso posterior de revisión de la condena (o de la absolución) cuando el mismo consista, no en volver a valorar las pruebas y en su caso a modificar los hechos que se han de calificar penalmente, sino en advenir la correcta aplicación de las reglas que han permitido la conformación del relato inculpativo (o absolutorio), la declaración de culpabilidad (o de inocencia) y la imposición de la pena (o su no imposición)”.

En el presente caso, el relato de hechos probados y la decisión absolutoria adoptada por el Juzgado de menores respecto del delito de asesinato y dos delitos de agresión sexual debe ser mantenido, dado que, por lo expuesto en la sentencia y reiterado por este Tribunal en los anteriores fundamentos, la declaración del co-imputado mayor de edad prestada ante el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla en fecha de 17- 03-2009 no reúne los requisitos exigidos para destruir el derecho fundamental a la presunción de inocencia que ampara al menor acusado conforme al artículo 24 de la CE y aun admitiendo, a efectos dialécticos, su eficacia probatoria, no advertimos error en la valoración de la prueba que se denuncia por las razones expuestas. El juez ha valorado la prueba personal y pericial con inmediación, vedada a este Tribunal, y

compartimos el proceso deductivo lógico empleado por el Juez a quo, la prueba ha sido racionalmente apreciada, además el resultado de esa valoración está suficientemente motivado en la correspondiente.

El Juzgado en la sentencia ha dado respuesta a la cuestionada participación del menor en los hechos, inclinándose en sentido absolutorio respecto de los delitos de asesinato y agresiones sexuales, por las dudas que se le han generado en vista del resultado de la testifical y pericial practicada en su presencia y este Tribunal “advera”, en palabras del TC, la correcta aplicación de las reglas que han permitido la conformación del relato absolutorio por estos delitos y condenatorio por el delito de encubrimiento al que haremos referencia, y nos parece correcta la declaración de culpabilidad por este delito y de inocencia por aquellos, así como la imposición de la medida.

La sentencia no es nula, como afirma la acusación particular, está motivada, razonada y valora adecuadamente las pruebas practicadas.

Ciertamente, no expone la razón de su afirmación sobre la llamada que dice el menor recibe de Miguel. Ahora bien, esta es una afirmación del menor que para el juzgado ha resultado creíble. Incluso, aunque a efectos polémicos se prescindiera de la llamada, este dato no es prueba suficiente para fundar una resolución de condena por asesinato y agresiones sexuales, porque de ello no se puede deducir que el menor se encontraba en el domicilio donde ocurren los hechos, al tiempo de ocurrir. El Juez no debe situar al menor encausado en un lugar a una hora determinada. Son las partes acusadoras a las que corresponde aportar tales datos con suficiente prueba inculpatoria para no hacer dudar al Juez de la instancia, lo que no acontece en este supuesto donde el Juzgado, ante las distintas alternativas posibles, acoge la más favorable al menor en aplicación del invocado “in dubio pro reo”.

QUINTO.- Pasamos a analizar el recurso de la defensa del menor. El Juzgado de Menores considera que las dos principales pruebas que permiten acreditar la participación del menor acusado en el delito de encubrimiento del art. 451.2 del C.P. son; por un lado; la declaración autoinculpatoria del propio menor en sede policial prestada ante el Grume en fecha de 15 de febrero de 2009 (folios 71 a 75 de las actuaciones) siendo esta declaración autoinculpatoria ratificada posteriormente en fase de instrucción en Fiscalía de Menores en fecha de 16 de febrero de 2009 (folios 243 a 244 de las actuaciones) y; por otro lado; el hallazgo de perfil genético del menor acusado mezclado con el de Marta en el

domicilio de la calle L. de esta capital, en concreto, bajo la silla situada en el lado izquierdo de la habitación de Miguel según se entra junto a la mesa de escritorio.

Nada que objetar a las modalidades del encubrimiento:

1/ Auxiliar a los autores o a los cómplices para que se beneficien del provecho, producto o precio del delito, sin ánimo de lucro propio;

2/ Ocultar, alterar o inutilizar el cuerpo, los efectos o los instrumentos del delito, para impedir su descubrimiento. (Supuesto que es aplicable al caso que nos ocupa);

3/ Ayudar a los presuntos responsables de un delito a eludir la investigación de la autoridad o de sus agentes cuando concurren las circunstancias especialmente previstas en el citado precepto (artículo 451.3 letras a/ y b/).

Con carácter general, sobre prueba el TS Sala 2ª, S 05-02-2003, núm. 157/2003, rec. 244/2002. Pte: Martínez Arrieta, Andrés ha señalado que la prueba penal es un elemento de acreditación de un hecho con trascendencia en el enjuiciamiento de una conducta típica, antijurídica, culpable y penada por la Ley. A su través, las partes del proceso penal tratan de reconstruir un hecho. Es, desde esta perspectiva, una actuación histórica que trata de reconstruir el hecho enjuiciado. El proceso penal en un Estado de Derecho se enmarca la consideración de un derecho penal como instrumento de control social primario y formalizado. De ésta última característica resulta que sólo podrán utilizarse como medios de investigación y de acreditación aquellos que se obtengan con observancia escrupulosa de la disciplina de garantía de cada instrumento de acreditación. Las normas que regulan la actividad probatoria son normas de garantía de los ciudadanos frente al ejercicio del “ius punendi” del Estado y, por ello, el ordenamiento procesal, en la Ley de Enjuiciamiento Criminal y la Ley Orgánica del Poder Judicial, previene que “no surtirán efectos las pruebas obtenidas, directa o indirectamente, violentando los derechos o libertades fundamentales” (art. 11.1 LOPJ).

Por otra parte, es reiterada jurisprudencia del Tribunal Supremo STS 94/01, de 30-1-01, por todas) que: "...Cuando se trata de declaración sumarial inculpativa no mantenida posteriormente en el Juicio oral, donde se rectifica la inicial versión, la jurisprudencia de esta Sala admite que se valore como prueba de cargo la primera sobre la base de la mayor fiabilidad que pudiera tener la versión sumarial. En tal caso la apreciación de la credibilidad de la rectificación con confrontación de las distintas manifestaciones depende sustancialmente de la percepción directa que sólo tiene el Tribunal de instancia por la inmediación de la prueba (Sentencias de 7 de noviembre de 1997; 14 de mayo de 1999). Ahora bien, lo anterior no significa un omnímodo poder del Tribunal de optar en todo caso por la declaración sumarial a modo de alternativa siempre disponible por el solo hecho de existir en los autos como declaración distinta de la prestada por el coimputado en el Juicio Oral. Para ello son necesarias dos clases de exigencias, que atañen a las condiciones de valorabilidad, y a los criterios de valoración:

A) Para que la declaración sumarial sea valorable en sentido objetivo, es decir susceptible de ser valorada como material probatorio, es preciso que se incorpore al plenario sometándose a la contradicción. Exigencia condicionante de la propia idoneidad probatoria de la declaración sumarial, sin la cual ésta no puede ser considerada siquiera por el Tribunal de instancia en la formación de la convicción. Es necesario para ello que se dé cumplimiento a lo dispuesto en el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, procediendo a la lectura de aquella y permitiendo a las partes someter la declaración a contradicción (SSTS. de 5 de noviembre de 1996, y 20 de mayo de 1997; y STC. de 29 de septiembre de 1997). Sin esta incorporación al plenario, la declaración sumarial no es prueba, ni cabe ser considerada, por lo que es ocioso en tal caso toda cuestión sobre la razonabilidad de su valoración. La exigencia referida supone:

1) Que exista una efectiva contradicción entre la declaración prestada en Juicio oral y la declaración sumarial prestada a presencia judicial -no simplemente declaración policial- (SSTC. 51/95; 49/96-; 153/97; y SSTS. de 15 de febrero y 3 de octubre de 1996; 31 de diciembre de 1997)-, es decir diferencias sobre puntos esenciales, con afirmaciones contradictorias o retractaciones totales o parciales.

2) Que se proceda a la lectura de la declaración sumarial, a petición de cualquiera de las partes como establece el art. 714 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pudiéndolo hacer el Tribunal de oficio (art. 708 párrafo segundo LECR).

3) Que pueda el declarante explicar las razones de su divergencia, siendo entonces cuando el Tribunal puede sopesar la credibilidad de lo manifestado por el coacusado y decantarse por lo declarado en sumario o en Juicio Oral.

4) No obstante la jurisprudencia de esta Sala Segunda y la del Tribunal Constitucional han relativizado el requisito formal de la lectura considerando suficiente el que las diligencias sumariales hayan aparecido en el debate del juicio por el procedimiento del art. 714 o por cualquier otro que garantice la contradicción, siendo suficiente que las preguntas y respuestas dadas en el Juicio Oral hagan referencia expresa a tales declaraciones sumariales poniendo de manifiesto las contradicciones al objeto de que pueda darse la explicación oportuna (en tal sentido SSTs. de 21 de septiembre de 1989-; 3 de abril de 1992; 22 de febrero, 11 de marzo, 27 de abril, 25 de junio y 21 de diciembre de 1993-, 24 de marzo, 17 de mayo, 19 de septiembre y 31 de octubre de 1994; SSTC. 137/1988 y 80/1991)...”.

En el caso de autos, se cumplen los requisitos antes apuntados para dar preeminencia a las declaraciones sumariales del menor, sobre las prestadas en el juicio oral en el que se retractó de las iniciales.

En efecto, el menor Francisco Javier, ante el Grume el día 15 de febrero de 2009 admitió como, junto a con otro mayor de edad, cogió el coche y se dirigieron a la casa...entró y transportó el “bulto” en peso hasta el vehículo y se desplazaron hasta el río y pudo oír el sonido del... cayendo al agua... llegó a la conclusión que... era Marta. Esta manifestación, fue ratificada en Fiscalía con presencia del Letrado y su madre... “Samuel cogió por un lado y el por el otro”. Por ello y dando por reproducidos los argumentos de la sentencia (el Juzgado considera creíble la primera declaración por ser la mas espontánea y menos manipulada y resulta corroborada por la prueba objetiva de la mezcla de perfiles genéticos del menor y Marta en el suelo del dormitorio de Miguel), consideramos que el recurso de la defensa del menor debe ser desestimado y mantenemos su condena por delito de encubrimiento, sin que ello comporte vulneración del principio acusatorio porque los hechos que integran este delito fueron expuestos desde el principio por las acusaciones, sobre ello se debatió en la vista oral y la defensa tuvo conocimiento de la calificación alternativa formulada por el Ministerio al elevar sus conclusiones a definitivas, sin que conste hiciera uso de la facultad prevista en el art. 788.4 de la L.E.Crim. de aplicación conforme a lo dispuesto en la Disposición Final Primera de la

LORRPM y la medida impuesta no supone mayor restricción de derechos ni por un tiempo superior a la solicitada por el Ministerio Fiscal y la acusación particular (art. 8 de la LORRPM).

Por lo demás, consideramos aplicable el art. 9.2 c) de la LORRPM y la medida impuesta es ajustada a derecho. El tipo de medida impuesto al menor acusado, como es el internamiento en régimen cerrado, se justifica por el Juzgado por aplicación del artículo 9.2 letra c) de la LORRPM que permite la imposición de esta medida a delitos cometidos en grupo (aunque el encubrimiento no esté previsto como delito grave en el artículo 33 del Código Penal ni en su ejecución se haya empleado violencia o intimidación o no se haya generado grave riesgo para la vida o la integridad de las personas) ya que el propio menor acusado en su reconocimiento parcial e inicial de los hechos alude a la actuación conjunta y de mutuo acuerdo en las labores de ocultación del cuerpo de Marta de otras tres personas mayores de edad (Miguel, Samuel y Francisco Javier) sin que ello suponga prejuzgar la culpabilidad de estas personas ya que ello no es función de este juzgador sino que exclusivamente tiene trascendencia jurídica para el menor acusado y a los efectos únicos y exclusivos de la presente resolución. Ciertamente la ley no nos da una definición de concepto de actuación en grupo que fue introducido en la LORRPM con la reforma operada por la LO 8/2006.

Pues bien, dando por acertadas la referencias a la acepción gramatical del término “grupo” que se efectúa en sentencia, es lo cierto que puede concluirse que la presencia de, al menos, tres personas en la ejecución de un hecho tan vil y reprobable como el que ahora enjuiciamos, comporta la actuación en grupo a efectos de aplicación de tal agravante,”... por la mayor reprochabilidad no sólo social sino jurídica de la conducta y que permite superar la interpretación restrictiva que debe dejar fuera de la mencionada “agravante” supuestos en los que la actuación colectiva no revista especial lesividad y no sea más que una mera manifestación de las tendencias grupales tan frecuentes en la adolescencia y en etapas de la vida ligeramente superiores a la misma...”, como se afirma en sentencia.

SEXTO.- No efectuamos pronunciamiento sobre la absolución por los delitos contra la integridad moral y profanación de cadáveres porque no han sido objeto de recurso.

SÉPTIMO.- El Ministerio Fiscal en su quinta alegación del recurso de apelación impugna el fundamento jurídico séptimo de la sentencia y el particular del fallo en que no condena al menor Francisco Javier al menor acusado y a sus padres de forma conjunta y solidaria a indemnizar al Ministerio del Interior (quizá más bien a la Administración General del Estado) a pagar la cantidad de 616, 319, 27 euros a que ascendieron los gastos originados por la búsqueda del cuerpo de Marta, en los diversos sitios que fueron investigados y se expresan en tal Fdto 7º. Considera que se le debió de condenar al pago de la responsabilidad civil que se solicitaba por el Ministerio Fiscal.

El Juzgado mantuvo que "... la pretensión indemnizatoria formulada por el Ministerio Fiscal no puede prosperar en el presente expediente de reforma. Debe partirse de la base de que el menor acusado ha sido declarado responsable en la presente resolución como autor de un delito de encubrimiento (artículo 451.2 del Código Penal) y, como ya se expuso, en el vigente Código Penal de 1995 el encubrimiento no se configura como una forma de participación en el delito sino como un delito autónomo contra la Administración de Justicia de manera que el bien jurídico protegido es precisamente la recta administración de justicia por lo que difícilmente puede generar una obligación civil a favor de los particulares o, como sucede en el caso que nos ocupa, a favor del Ministerio del Interior sin perjuicio del derecho de éste de acudir a otras vías del ordenamiento jurídico en reclamación de los gastos causados y que se pretenden reclamar en el presente expediente de reforma. A mayor abundamiento el artículo 116.2 del Código Penal cuando alude a las personas civilmente responsables se refiere única y exclusivamente a los autores y a los cómplices estableciéndose que "los autores y los cómplices, cada uno dentro de su respectiva clase, serán responsables solidariamente entre sí por sus cuotas y subsidiariamente por las correspondientes a los demás responsables. La responsabilidad subsidiaria se hará efectiva: primero, en los bienes de los autores, y después, en los de los cómplices" excluyendo, en consecuencia, a los encubridores de la obligación de indemnizar...".

Pues bien, expuestas ambas tesis este Tribunal entiende que el menor acusado Francisco Javier y sus padres como responsables solidarios deberán abonar la suma de 85.115,98 euros por gastos de búsqueda del cuerpo de Marta en el río Guadalquivir, demandados por la Jefatura Superior de Policía de Sevilla (folio 6.882), si bien, esta cantidad podría ser modificada en ejecución de sentencia, por ser ahora un valor estimado provisionalmente. En igual sentido, deberán abonar 98.336 euros justificados por la comandancia de la Guardia Civil, (folio 6884); 38.085,84 euros demandados por el Puerto de

Sevilla, en igual concepto (folio 6.886); las sumas de 110.175,00 euros, 1.621,22 euros, 20.762 euros, 5.738,64 euros, 3500 euros y 9920 euros demandados por la intervención de la UME (folio 6887); mas 41.655,11 euros demandados por el Ayuntamiento de Sevilla (folio 6.888).

La responsabilidad del menor y solidariamente de sus padres (artículo 61 de la LORRPM), dimanar del hecho de que el menor Francisco Javier, ya en su primera declaración del 15 de febrero de 2009 (folio 71), luego mantenida ante la Fiscalía de Menores (folio 244 y 1650), admitió su participación en la ocultación y el traslado del cuerpo de Marta hasta el río. Esta manifestación reiterada, mantenida obligó a la Administración (en la que han participado Policía, Guardia Civil, Puerto de Sevilla, UME y Ayuntamiento de Sevilla), a desplegar un dispositivo de búsqueda que ha generado unos gastos por el importe señalado.

El menor ha sido condenado por delito de encubrimiento, su conducta ha consistido en ayudar a deshacerse del cuerpo de Marta, para impedir su descubrimiento, habiendo manifestado que fue arrojado la río. Esta actuación ha generado gastos para su búsqueda. Esto, unido a su conducta posterior y su negativa a colaborar en el descubrimiento del cuerpo, negando los hechos y su participación justifica sobradamente que él y por extensión legal sus padres, corran con los gastos porque esta búsqueda viene motivada por él, sin perjuicio de los que ocurra con los mayores acusados.

En este sentido, es de aplicación el artículo 113 del Código Penal cuando señala que la indemnización de perjuicios materiales corresponderá no solo a lo que se hubieran causado al agraviado sino también los que se hubiesen irrogado a los familiares o a un tercero.

Este tercero perjudicado es la Administración General del Estado y lo es, no por el silencio del menor, sino porque éste ha contribuido, con la ocultación del cuerpo y sus manifestaciones reiteradas, al despliegue de medios materiales en averiguación del paradero del cuerpo de Marta, hasta ahora, sin resultado positivo.

El importe del perjuicio no incluye los gastos por trabajos realizados en el Centro de Tratamiento de residuos “Montemarta –Cónica” de Alcalá de

Guadaira (119.999,68 mas 81.408,80 euros), porque hasta ese lugar se desplazaron los efectivos no por afirmaciones del menor, sino de un tercero.

Aquellos no son gastos de difícil justificación ni cuantía indeterminada, por el contrario, los documentos relacionados incorporan cantidades que, por ser emitidos por organismos públicos, no dejan lugar a la duda respecto a las cantidades en ellos consignadas.

La responsabilidad conjunta y solidaria de los padres del menor, junto con este, es clara a tenor de los dispuestos en el artículo 61.3 del LORRPM, sin que quepa cuestionarse moderación alguna, visto el tenor de los hechos declarados probados.

En este extremo, el recurso de apelación interpuesto por el Ministerio Fiscal debe ser estimado en forma parcial.

OCTAVO.- Teniendo en cuenta lo establecido en los artículos 239 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, declaramos de oficio las costas causadas en esta alzada.

Vistos los artículos citados y demás de general y pertinente aplicación,

FALLAMOS

Que estimando parcialmente el recurso de apelación formulado por el Ministerio Fiscal, debemos condenar y condenamos al menor Francisco Javier a que abone, conjunta y solidariamente con sus padres Rosalía Inmaculada y Ángel Manuel, a quienes en este sentido se condena, a la Administración General del Estado, la cantidad de 98.336 euros por los gastos de la Comandancia de la Guardia Civil de Sevilla; mas 38.085,84 euros por gastos del Puerto de Sevilla; mas las sumas de 110.175,00 euros, 1.621,22 euros, 20.762 euros, 5.739,64 euros, 3.500 euros y 9.920 euros por la intervención de la UME; mas 41.655,11 euros por gastos del Ayuntamiento de Sevilla, por gastos devengados por estos organismos en la búsqueda del cuerpo de Marta en el río Guadalquivir. Asimismo, deberán indemnizar a Administración General

del Estado por los gastos devengados por la Jefatura Superior de Policía de Sevilla, que se justifiquen en ejecución de sentencia, por igual concepto, si bien, su importe no podrá superar la suma de 85.115,98 euros.

Se mantienen el resto de los pronunciamientos de sentencia dictada por el Ilmo. Sr. Magistrado del Juzgado de Menores núm. 3 de Sevilla, en el Expediente núm. 65/09.

Desestimamos los recursos de apelación formulados por la representación procesal del menor Francisco Javier, por la Acusación particular que ejerce Antonio, con declaración de oficio de las costas causadas en la alzada.

Vuelvan las actuaciones al Juzgado de procedente con certificación de esta resolución para su ejecución y cumplimiento.

Esta sentencia es firme y contra ella no cabe recurso alguno.

Así por esta nuestra sentencia definitivamente juzgando en segunda instancia lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Angel Marquez Romero.- José-Manuel Holgado Merino.- Luis Gonzaga de Oro-Pulido Sanz.

Publicación.- La anterior sentencia ha sido publicada en el día de su fecha. Doy fe.