

En la Villa de Madrid, a diez de noviembre de dos mil once.

Esta Sala, compuesta como se hace constar, ha visto el recurso de casación por infracción de Ley, quebrantamiento de forma y vulneración de precepto constitucional, interpuesto por la representación de los acusados Santiago y Rosa, contra la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Huelva (Sección Tercera) de fecha 18 de marzo de 2011 en causa seguida contra Santiago y Rosa, por un delito de abuso sexual y asesinato, los Excmos. Sres. componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para Votación y Fallo bajo la Presidencia del primero de los citados. Ha intervenido el Ministerio Fiscal, los recurrentes representados por los Procuradores D. Pedro Antonio González Sánchez, D. Francisco Abajo abril y como parte recurrida en representación de Juan José e Irene la Procuradora D^a Matilde Marín Pérez. Siendo Magistrado Ponente el Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez.

ANTECEDENTES

PRIMERO.- El Juzgado de Instrucción número 1 de Huelva, instruyó sumario 2/2009, contra Santiago y Rosa y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Huelva (Sección Tercera) rollo núm. 8/2010 que, con fecha 18 de marzo de 2011, dictó sentencia que contiene los siguientes Hechos Probados:

“Primero.- Que entre las 16’30 y 16’40 horas del día 13 de enero de 2008 la menor M^a Luz de Cinco años edad (nacida el 12 de diciembre de 2002) salió de su domicilio sito en la Plaza R., núm. ...,2º A, Bda. de El Torrejón de este (sic) Capital en donde vivía con sus padres Juan José e Irene y sus hermanos José y Daniel de 13 y 10 años de edad dirigiéndose por la acera de los números impares de la Avda. de las Flores al Kiosco sito a la altura del núm. 5 de la referida Avda. esquina con la Plaza del Pensamiento de la citada Barriada con la finalidad de comprar chucherías.

En aquellos momentos Mari Luz vestía una camiseta color fucsia con un rótulo escrito con círculos brillantes plateados con la palabra “Love”, una falda vaquera corta, leotardos de color rosa y botas vaqueras de color azul con cremallera.

Una vez en el referido Kiosco adquirió una bolsa de palomitas siendo atendida por Fernando y a continuación regreso a su domicilio por la misma acera cuando al llegar a la altura del Edificio núm. 1 la menor fue observada por el procesado Santiago, mayor de edad y ejecutoriamente condenado por Sentencias firmes de fecha 13/12/2004 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 4 de Sevilla por delito de Abusos Sexuales; fecha 30/12/2005 dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 1 de Sevilla por delito de Abusos Sexuales; así como por Sentencias posteriores firmes de fechas 1/7/2008, Juzgado de lo Penal núm. 3 de Gijón por delito de Abusos Sexuales y de 4/5/2009 por igual delito dictada por el Juzgado de lo Penal núm. 5 de Sevilla, quien se encontraba asomado a la ventana de su vivienda sita en el primer Piso en el que convivía con su esposa y su hermana la también procesada Rosa, mayor de edad y con antecedentes penales no computables.

El procesado con la finalidad de satisfacer su ánimo libidinoso atrajo arrojándole a la acera un osito de color blanco.

Mari Luz cogió el osito y se adentró en el portal haciéndole gestos el acusado para que llegara hasta su domicilio, subiendo la menor el único tramo de escalera que conduce a dicha vivienda momento en el que el procesado para obtener placer sexual comenzó a efectuar diversos

tocamientos sobre su cuerpo y como quiera que la menor se resistiese a estos tocamientos el procesado para evitar que huyera la agarró por la muñeca y por el tórax originándose un forcejeo, sufriendo la menor lesiones consistentes en contusión en cráneo a nivel de región parietal postero-inferior izquierda con afectación de piel y hueso, contusión en hemitorax izquierdo en plano torácico inferior en parte más lateral y plano torácico medio en porción más medial así como contusión en muñeca, rodilla y codo derecho, lesiones estas que no sangraron pero fueron de entidad suficiente como para dejar a la menor inconsciente, el acusado ante esta situación decidió deshacerse del cuerpo con vida de la menor para lo cual entró en la vivienda y cogiendo uno de los carritos de la compra que habitualmente utilizaba de color marrón introdujo en ese estado de inconsciencia a Mari Luz tapándola con un chaquetón de color negro para evitar que se le viera la parte que sobresalía que era la cabeza.

Segundo.- Una vez introducida la menor en ese estado de inconsciencia en el carrito, el acusado se dirigió a la habitación de su hermana Rosa, la cual se encontraba durmiendo, despertándola, contándole lo que minutos antes había sucedido y pidiéndole que le ayudara a trasladar a la menor en el vehículo marca Hyundai Accent de color azul matrícula ... DXK que era utilizado habitualmente por la procesada.

A estos efectos bajaron hasta el vehículo que estaba estacionado en la Plaza de la Rosa introduciendo Santiago el carrito en el maletero del vehículo dirigiéndose ambos hasta la zona de las Marismas próxima el (sic) Estero del Rincón lugar al que llegaron por el "camino de acceso a la llamada tubería de la confederación" en donde Santiago sacó el carrito del maletero y arrojó a la menor al agua cuando aún estaba viva, produciéndose la muerte de la menor por asfixia por sumersión.

Rosa se marchó del lugar en el vehículo y Santiago se fue andando a su domicilio donde llegó con las botas manchadas de barro y sin el carrito que había utilizado para transportar a la menor del que se había deshecho en el camino de vuelta.

Una vez en su domicilio al que llegó sobre las 17'30 horas le dijo a su esposa que fueran a dar una vuelta, caminando ambos hasta la Avda. de Andalucía adquiriendo entre las 18 y 19 horas en un Bar una botella de agua, regresando posteriormente al domicilio donde Rosa les comunicó que los familiares de la menor habían estado en la casa buscándola.

Santiago procedió a lavar las botas que llevaba cuando arrojó a la menor para evitar que en ellas se encontraran restos orgánicos.

Al día siguiente a las 5'30 horas el procesado y su mujer se dirigieron a la estación de Autobuses de esta Ciudad dirigiéndose a Sevilla en donde pernoctaron ese día en el Servicio de Urgencias del Hospital Virgen del Rocío, marchándose el día 15 de enero a Granada donde fueron detenidos sobre las 22'45 horas en la estación de autobuses por funcionarios policiales y trasladados a la Comisaría de Policía nacional en donde tras prestar declaración fueron puestos en libertad.

Trasladándose nuevamente a Madrid, a Valencia y finalmente a la localidad de Pajaroncillo (Cuenca) en donde se les unió la procesada y en esta última localidad permanecieron hasta el día 25 de marzo en el que se dirigieron en autobús a Cuenca en donde fueron detenidos.

Días previos a la detención el procesado realizó diversas gestiones relativas a la posibilidad de cobrar su pensión en el extranjero.

El cuerpo sin vida de la menor apareció sobre las 17'30 horas del día 7 de marzo de 2008, siendo avistado por dos operarios de la empresa Cepsa flotando boca abajo en la desembocadura de los ríos Tinto y Odiel, siendo rescatado por una embarcación de la Guardia Civil en las proximidades del pantalán Reina Sofía en la zona denominada Torre Arenilla.

Tercero.- Santiago padece una parafilia del tipo pedofilia con impulsos sexuales intensos y recurrentes, con fantasías o comportamientos sexuales con niñas prepuberes, no sufriendo alteración de sus capacidades intelectivas, cognitivas ni volitivas y es capaz de comprender la ilicitud de sus acciones y de actuar conforme a dicha comprensión.

Rosa no presenta alteración mental ni alteración psicopatológica que disminuya o merme sus facultades intelectivas y volitivas”.

SEGUNDO.- La Audiencia Provincial de Huelva (Sección Tercera) dictó el siguiente pronunciamiento:

“Fallamos: En virtud de lo expuesto, el Tribunal ha decidido:

Primero.- Que debemos condenar y condenamos al procesado Santiago como autor penalmente responsable de un delito de Abuso Sexual, ya definido, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia a la Pena de tres años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y como autor de un delito de Asesinato, igualmente ya definido, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de diecinueve años de prisión con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y $\frac{3}{4}$ parte de las costas procesales, incluidas las correspondientes a la Acusación Particular.

Segundo.- Que debemos condenar y condenamos a Rosa como Cómplice del citado delito de Asesinato no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de nueve años de prisión con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y $\frac{1}{4}$ parte de las costas procesales, incluidas las correspondientes a la Acusación Particular.

Decretamos la Prohibición de los Condenados de residir en Huelva así como de aproximarse y comunicarse con los familiares de la víctima, sus padres, hermanos, tíos y abuelos por cualquier medio o procedimiento durante Treinta y Dos Años para Santiago y de Diecinueve Años para Rosa.

Asimismo y como quiera que condenamos a los acusados a penas superiores a Cinco años de Prisión acordamos expresamente que dada la gravedad de los hechos y de los delitos, que en su caso, la clasificación en tercer grado penitenciario no pueda producirse antes del cumplimiento de la mitad de la condena total impuesta.

Los condenados indemnizarán en concepto de daños y perjuicios a Juan José e Irene en la cantidad de 122000 Euros y a cada uno de los hermanos de la víctima Juan José y Daniel en la cantidad de 22000 Euros, igualmente y en concepto de daño moral añadido indemnizarán a sus padres y hermanos en 19.000 Euros por los días que transcurrieron entre la muerte de la menor y el descubrimiento del cadáver con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la forma descrita en el Fundamento Séptimo de esta resolución.

Dedúzcase Testimonio contra la testigo Isabel por la posible comisión durante su declaración testifical en Juicio de un presunto delito de Falso Testimonio del artículo 458.2 del Código Penal.

Se Aprueban por sus propios Fundamentos los Autos dictados por el Instructor en las correspondientes de Piezas de Responsabilidad Civil declarando Insolvente al condenado Santiago y Parcialmente Solvente a la condenada Rosa.

En el cumplimiento de estas penas será de abono a los procesados el tiempo que cautelarmente hayan permanecido privados de libertad en este procedimiento salvo que le hubiese sido aplicada en otra causa" (sic).

TERCERO.- Por esa Audiencia Provincial en fecha 18 de marzo de 2011 se dictó sentencia en el sumario 8/2010, aclarando el fallo de la citada sentencia, por auto de fecha 21 de marzo de 2011, cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: "Se acuerda: Aclarar el Fallo de la citada Sentencia en materia de Responsabilidad Civil precisándose que la cuota señalada al condenado Santiago es del 100 % de la Indemnización establecida y la del 20 % de la condenada Rosa es subsidiaria y solo para el caso de incumplimiento del otro condenado".

CUARTO.- Notificada la sentencia a las partes, se preparó recurso de casación por los recurrentes, que se tuvo por anunciado, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su substanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose el recurso.

QUINTO.- La representación legal del recurrente Santiago, basa su recurso en los siguientes motivos de casación:

I.- Al amparo del art. 850.1 de la LECrim, por denegación de prueba.

II.- Al amparo del art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia.

III.- Desistido.

SEXTO.- La representación legal de la recurrente Rosa, basa su recurso en los siguientes motivos de casación:

I.- Al amparo del art. 850.1 de la LECrim, por denegación de prueba.

II.- Al amparo del art. 852 de la LECrim, en relación con el art. 5.4 de la LOPJ, por vulneración del derecho a la presunción de inocencia del art. 24.2 de la CE.

III.- Al amparo del art. 849.1 de la LECrim, por indebida aplicación de los arts. 139.1 y 29 del CP.

SÉPTIMO.- Instruidas las partes del recurso interpuesto, el Ministerio Fiscal, por escrito de fecha 22 de julio de 2011, evacuado el trámite que se le confirió, y por razones que adujo, interesó la inadmisión de los motivos del recurso que, subsidiariamente, impugnó.

OCTAVO.- Por Providencia de fecha 11 de octubre de 2011 se declaró el recurso admitido, quedando conclusos los autos para señalamiento de la deliberación y fallo cuando por turno correspondiera.

NOVENO.- Hecho el señalamiento del fallo prevenido, se celebró la deliberación de la misma el día 2 de noviembre de 2011.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

1.- La sentencia de fecha 18 de marzo de 2011, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva en el procedimiento ordinario núm. 2/2009, condenó a Santiago como autor de un delito de abuso sexual, concurriendo la agravante de reincidencia a la pena de 3 años de prisión, accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y como autor de un delito de asesinato, sin circunstancias modificativas de las responsabilidades a la pena de 19 años de prisión, con inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. También declaró a Rosa cómplice de un delito de asesinato, imponiéndole la pena de 9 años de prisión, con inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio por el mismo tiempo.

Ambos formalizan distintos motivos de casación que, para un mejor tratamiento sistemático, van a ser objeto de consideración conjunta.

2.- El primero de los motivos de ambos recurrente atribuye a la sentencia impugnada la denegación de una prueba que debió haber sido considerada pertinente por el Tribunal a quo. Su denegación habría generado el quebrantamiento de forma a que se refiere el art. 851.1 de la LECrim.

A) La defensa de Santiago estima que la prueba que debió haberse practicado y que fue indebidamente denegada por la Audiencia se refiere a la declaración del policía local núm. 344, prueba esencial -se razona- a la vista de las contradicciones observadas entre el testimonio del taxista Enrique, que declaró en la sesión del plenario correspondiente al día 17 de febrero, y lo manifestado por el inspector de policía con carnet profesional núm. ...783, que fue interrogado como testigo el día 21 de febrero. Tales contradicciones, afloradas en el acto del juicio oral, hacían indispensable que la Audiencia acordara la declaración del policía local núm. 344, que habría permitido acreditar la imposibilidad de que Santiago se hallara en el lugar en el que, según la sentencia, fue arrojado el cadáver. La pertinencia de este testimonio fue sobrevenida, pues las contradicciones se pusieron de manifiesto en el acto del plenario, de ahí que la Audiencia -concluye la defensa- debió haber hecho uso de la facultad que le confiere el art. 729.3 de la LECrim.

No tiene razón el recurrente.

El art. 728 de la LECrim sienta como principio general que en el juicio oral "no podrán practicarse otras diligencias de prueba que las propuestas por las partes, ni ser examinados otros testigos que los comprendidos en las listas presentadas". Ese enunciado es acorde con el principio de rogación que -a diferencia de la fase de instrucción, inspirada en el principio de oficialidad-, ha de regir la aportación probatoria en el juicio oral. Su significado está, desde luego, bien relacionado con las exigencias de imparcialidad inherentes a quien asume la función jurisdiccional decisoria. Aquel principio, sin embargo, resulta modulado por el art. 729 de la LECrim, que autoriza al Tribunal a acordar, además de los careos o las diligencias de prueba no propuestas por las partes pero que resulten relevantes para el esclarecimiento de los hechos, "las diligencias de prueba de cualquier clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles (art. 729.3 LECrim). Como recordábamos en las

SSTS 15/2008, 16 de enero y 209/2008, 28 de abril, el art. 728 fija un criterio de ordenación del procedimiento encaminado a preservar los principios de contradicción y defensa, salvaguardando elementales exigencias de lealtad procesal que quedarían quebrantadas por la aportación sorpresiva de nuevos elementos de prueba. En el art. 729 se matiza el significado del principio de preclusión procesal, cuando mira a la aportación probatoria en el proceso penal. Así lo impone la naturaleza de sus principios informadores, frente al proceso civil.

En el presente caso, la diligencia de prueba propuesta, referida a la declaración del policía local núm. ...344 -en el acta, número ...340- fue rechazada por el Tribunal de instancia, de conformidad con el dictamen del Ministerio Fiscal. En el acta del plenario puede leerse que "...no ha lugar a la pretensión en base al art. 729 LECrim por cuanto que ya constaba en la extensa causa la identidad del agente de la policía local que ahora se propone, no habiéndose solicitado por ninguna de las partes, correspondiendo a este Tribunal la valoración de las testificales practicadas".

El laconismo argumental de la Audiencia encierra, sin embargo, las claves para concluir la corrección de su criterio. La extemporaneidad de esa citación era evidente. No se trataba de un testigo ignorado hasta ese momento y que hubiera sido objeto de una sobrevenida referencia por parte de los que prestaron testimonio. El amplio y extenso listado de miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado que declararon en calidad de testigos, podría haber sido enriquecido, a instancias del recurrente, con la propuesta de un agente de policía local cuyo testimonio se consideraba relevante. La defensa, sin embargo, no incluyó al policía núm. ...344 en las listas a que se refiere el art. 656 de la LECrim, pretendiendo después, con una equívoca cita del art. 729.3 de la LECrim, que el órgano decisorio asumiera como propia la sobrevenida relevancia de un testigo inicialmente preterido.

Además de la extemporaneidad de la petición, el juicio de impertinencia se refuerza cuando se repara en el objeto y la finalidad de ese llamamiento. Se trata, según se razona en el desarrollo del motivo, de aclarar la contradicción entre otros dos testigos, Enrique y el inspector de policía núm. ...783. Sin embargo, esa supuesta discordancia en lo declarado por otros dos testigos no se resuelve con la citación de un tercero. Nuestro sistema procesal no conoce la figura del "testigo dirimente", que parece ser el valor que la defensa de Santiago atribuye al policía local cuya propuesta resultó infructuosa. Sin necesidad de recordar que el desacuerdo entre los testigos puede ser confrontado y recibe un mejor tratamiento procesal mediante la diligencia de careo, no propuesta (cfr. arts. 451 y 729.1 LECrim), lo cierto es que la valoración probatoria que incumbe en exclusiva al Tribunal de instancia (art. 741 LECrim) ha de verificarse, tanto en la hipótesis de que los testigos sean contestes en sus respuestas, como en el supuesto en que no exista tal coincidencia.

No hubo, por tanto, el quebrantamiento de forma que el recurrente atribuye a la sentencia recurrida, procediendo la desestimación del motivo (art. 885.1 LECrim).

B) La defensa de Rosa también reivindica su derecho a la práctica de una prueba que habría sido propuesta en tiempo y forma y que se consideraba pertinente (art. 850.1 LECrim). Se trata de la prueba pericial del Dr. F.C., con el fin de que ratificase en el acto del juicio oral su escrito de "adelanto de conclusiones" de la autopsia en la que él había participado.

Según se razona en el desarrollo del motivo, el examen de las muestras de agua tomadas del Rincón del estero y en la confluencia de los ríos Tinto y Odiel, evidenciaba la existencia de abundantes diatomeas de varias especies. Sin embargo, "...en las dos médulas óseas tomadas

de ambos fémures, en el curso de la autopsia que efectuamos del cadáver, no hay diatomeas, de lo cual se deduce que Mari Luz ya era cadáver cuando fue depositada en el agua”.

Esta conclusión científica, obtenida de la segunda autopsia a que fue sometido el cadáver de Mari Luz, está en abierta contradicción con las conclusiones suscritas por el equipo de médicos forenses designados por el órgano judicial para la práctica de la primera autopsia. De ahí la importancia -se razona- de que el Dr. F.C. hubiera sido admitido como perito con el fin de ratificar en el acto del juicio oral sus propias conclusiones.

El motivo no es viable.

La declaración de impertinencia de esa prueba, justificada por el Tribunal a quo con el argumento de que no tiene “...relación directa con los hechos objeto de acusación y enjuiciamiento” -así se expresó en el auto de fecha 21 de diciembre de 2010-, no es un esmerado ejemplo de motivación a la hora de expresar las razones del rechazo de una prueba. Esa supuesta desconexión con el objeto del proceso es más que discutible. Sin embargo, esta Sala entiende que la afirmación de que Mari Luz estaba viva en el momento en que fue trasladada por Santiago a la zona de las marismas, está más que avalada por los dictámenes de los especialistas forenses que intervinieron en las autopsias practicadas y, lo que es más importante, esa inferencia fue obtenida sin quiebra del principio de contradicción ni del derecho de defensa. De ahí la necesidad de rechazar el motivo.

En efecto, el informe de autopsia obrante a los folios 715 y ss, así como el dictamen complementario del Instituto Nacional de Toxicología y Ciencias Forenses, incorporado a los folios 846 y ss, ponen de manifiesto que, de acuerdo con la doctrina científica más extendida, en los cadáveres que se hallan en estado de descomposición, total o parcialmente sumergidos durante un período más o menos prolongado de tiempo, el análisis de las médulas óseas puede resultar decisivo, en la medida en que un cuerpo depositado con vida en un medio acuático aspira agua y los seres microscópicos de ese medio van a depositarse en la médula ósea. La autopsia de Mari Luz y el examen de los restos biológicos propios de la zona en la que su cadáver fue encontrado, permitieron al equipo de médicos las siguientes conclusiones: “...fragmentos de médula ósea se sometieron a digestión nítrica en caliente. Los residuos obtenidos después de centrifugar se observaron al microscopio, evidenciándose la presencia de diatomeas entre las que se identificaron los géneros Navicula, Symedra y Amphora. Estos hallazgos son sugestivos de que la muerte haya sido producida por inmersión”

El informe definitivo de autopsia, una vez realizados los estudios complementarios (folios 1618 y ss), se expresa en estos términos: “...sobre la causa y circunstancias de la muerte: los datos microscópicos manejados en un primer momento no permitían confirmar la existencia de una asfixia por sumersión típica, no pudiendo descartarse plenamente una posible asfixia por sumersión-inhibición. Sin embargo, el estudio de sumersión por análisis de diatomeas realizado por el INTyCF parece confirmar la existencia de tales diatomeas en tejido óseo vertebral, cumpliendo en opinión del técnico responsable del estudio, criterios tanto cualitativos como cuantitativos para el diagnóstico de una muerte por sumersión”.

La metodología y las conclusiones de ese informe fueron expuestas en el juicio oral mediante el dictamen de los expertos forenses, inicialmente designados por el Juez instructor y posteriormente propuestos como prueba por las partes, todos ellos adscritos a los órganos oficiales y que habían intervenido en la autopsia y en la recogida de muestras biológicas de las marismas de Huelva.

La ausencia del Dr. F.C. pudo haberse evitado. Ya hemos apuntado que la telegráfica motivación con la que fue excluido por la Audiencia Provincial dista de lo que debiera haber sido el cabal entendimiento del juicio de pertinencia. Pese a todo, su intervención en el plenario, siendo conveniente, no era, a juicio de esta Sala, indispensable. Y es que el dictamen de autopsia debatido en el plenario y sometido a contradicción por las partes no orilló la opinión de aquel experto. En el plenario la defensa tuvo ocasión de interrogar a los peritos sobre todas las hipótesis posibles acerca del significado científico de la aparición de diatomeas en el tejido óseo vertebral de la víctima. Conviene tener presente que en el plenario dictaminaron como peritos los doctores Carmen, Leonor, Rosario, Pedro y María Isabel, todos ellos médicos forenses, quienes fueron interrogados por las partes sin límite alguno acerca del momento de la muerte de Mari Luz. También dictaminaron los funcionarios números ...923 y ...722, ambos adscritos al departamento de toxicología y los funcionarios números ...681 y ...909, estos últimos, miembros del servicio de patología.

A la vista de ese número de peritos -integrados en institutos oficiales- que debatieron de forma cruzada acerca del significado médico-legal de la presencia o ausencia de diatomeas en el cadáver de Mari Luz, no resulta fácil concluir que la ausencia del doctor F.C. representara una efectiva limitación de las posibilidades de contradicción y defensa de la parte recurrente. La Sala constata, además, la existencia de otros aspectos que relativizan el alcance jurídico de la ausencia de otro experto, añadido a los que ya dictaminaron sobre las cuestiones suscitadas por la defensa. Y es que el informe de autopsia suscrito por los peritos oficiales integró en su metodología la segunda de las autopsias practicadas al cadáver de Mari Luz, pues en ella participaron los doctores Rosario y Pedro que, a su vez, son los que suscriben el informe pericial de autopsia judicial que obra al folio 715 de la causa. La Sala, al amparo del art. 899 de la LECrim, ha tomado conocimiento de ese informe y en él puede leerse que "...el día 8 de marzo de 2008, entre las 17,45 horas y 19,15 horas, por orden de S.Sª los médicos forenses del servicio de Patología Forense de este IML, Dra. Rosario y Dr. Pedro han asistido al segundo acto de autopsia realizado por el perito médico privado solicitado por la familia de la fallecida". Como puede observarse, el informe oficial no prescinde de la aportación del Dr. F.C., sino que integra en sus conclusiones algunos de los extremos suscitados durante la segunda autopsia.

Buena muestra de ello, por ejemplo, es el tercero de los párrafos que integran el mencionado informe oficial, en el que se razona que "...en región genital externa y perianal no se identifican lesiones aparentes. Existen signos de distensión y cambios de coloración compatibles con fenómenos putrefactivos evolucionados. En la disección cutánea no se ha identificado en el examen visual de la segunda autopsia signos de lesión aparente. Una muestra de piel es recogida por el Dr. F.C. en el curso de la segunda autopsia...". Y esas valoraciones, referidas a la segunda autopsia, están metodológicamente integradas en el informe final suscrito por los peritos oficiales, dos de los cuales, como ya hemos apuntado supra, estuvieron también presentes en ella. La importancia de este aspecto queda evidenciada mediante la lectura de la conclusión médico-legal tercera del repetido informe de autopsia. En ella se afirma lo siguiente: "...3.- La muerte fue debida de acuerdo con los resultados de los estudios tanto de las dos autopsias como de los estudios complementarios disponibles, a una asfixia por sumersión, posiblemente en las aguas de las marismas de Huelva".

En consecuencia, la conclusión científica abrazada por el Tribunal a quo, referida al momento y a la etiología de la muerte de Mari Luz, no es el resultado de una percepción puramente intuitiva por parte del órgano decisorio. Descansa sobre la opinión concertada de expertos en medicina legal que, además, enriquecieron su criterio con las dos autopsias practicadas a la víctima. En una de ellas, la aportación de un experto designado conforme al art. 471 de la

LECrim, sirvió para dotar de seguridad las conclusiones inicialmente obtenidas, enriqueciendo el significado del principio de contradicción. No han existido, por tanto, dos autopsias en paralelo, cada una verificada por expertos distintos que han discrepado de sus conclusiones. El doctor F.C. estuvo presente en la segunda autopsia, sus observaciones fueron acogidas en el informe final ofrecido al Juez instructor y ese dictamen sirvió de base para el debate contradictorio celebrado en el plenario. Las partes carecieron de limitación alguna para preguntar a los médicos forenses -dos de ellos estuvieron presentes en las dos autopsias-, excluyendo la duda acerca de la alegada vulneración del derecho a la prueba que sostiene la defensa.

Carece de interés una cita exhaustiva de la consolidada jurisprudencia del Tribunal Supremo que, al perfilar el significado de la impugnación casacional por la vía del art. 850.1, distingue entre pertinencia y necesidad de la prueba. Baste apuntar ahora que la misma jurisprudencia recuerda que no se produce la vulneración del derecho fundamental cuando la prueba es rechazada, aun siendo pertinente, porque su contenido carece de capacidad para alterar el resultado de la resolución final (cfr. SSTs 587/2009, 22 de mayo, 395/2009, 16 de abril, 1724/2000, 9 de noviembre y 1209/99, 12 de julio).

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo (art. 885.1 y 2 LECrim).

3.- Ambos recurrentes formalizan un motivo al amparo de los arts. 5.4 de la LOPJ y 852 de la LECrim, al estimar que se ha vulnerado el derecho constitucional a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

A) La representación legal de Santiago considera que la condena de éste como autor de un delito de asesinato se ha basado en el testimonio de una coimputada -su hermana Rosa- que no ha estado acompañado de otros elementos de corroboración. Lo cierto es -se razona- que nadie vio a Santiago arrojar el cuerpo de la niña al estero del Rincón. Además, la sentencia tendría que haber explicado cómo puede ser que Santiago saliera de su casa sobre las 16,50 horas, desprenderse del cadáver en el estero del Rincón, y estar de vuelta en su domicilio a las 17,30 horas.

La Sala no puede aceptar este razonamiento.

Apuntemos ahora que sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia -recuerda la STC 9//2011, 28 de febrero- cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado" (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y, citándola entre otras muchas, SSTC 135/2003, de 30 de junio, FJ 2; 137/2005, de 23 de mayo, FJ 2, y 26/2010, de 27 de abril, FJ 6).

Desde esta perspectiva, parece evidente que la condena de Santiago como autor de un delito de asesinato está basada en pruebas de suficiente signo incriminatorio, pruebas lícitas y que se ajustan al canon constitucional de racionalidad impuesto por el derecho a la presunción de inocencia en la valoración de las pruebas.

También conviene recordar que la posibilidad de valorar diligencias sumariales en los casos en los que el acusado se acoge a su derecho a no declarar en el plenario, ha sido expresamente admitida por la jurisprudencia constitucional y de esta Sala (por todas, SSTC 87/2004, 4 de

noviembre; 2/2002, 14 de enero; 82/1988, 28 de abril y SSTS 26 abril 1990 y 13/2001, 6 de febrero). Es cierto que los recientes pronunciamientos del Tribunal Constitucional (cfr. STC 68/2010, 18 de octubre), tienden a excluir el valor probatorio de la declaración prestada en comisaría. Este criterio es más acorde con el concepto mismo de acto procesal, que sólo puede predicarse de aquellos que, al haber sido desarrollados en presencia del Juez de instrucción, tienen naturaleza jurisdiccional. Sea como fuere, el caso que es objeto de enjuiciamiento no permite discutir el valor probatorio de la declaración prestada por Santiago. Se trata del segundo interrogatorio practicado por el instructor, en el que el procesado llega a reconocer que tras el forcejeo en que Mari Luz queda inconsciente, la arrojó a una alcantarilla con el fin de desprenderse de su cuerpo. Ambas declaraciones se desarrollaron en presencia de Letrado. La segunda es la consecuencia de una iniciativa personal del recurrente que pidió voluntariamente, asistido de Letrado, prestar nueva declaración ante el Juez de instrucción, desmintiendo su versión inicial y ofreciendo detalles que confirmaban el fundamento de la imputación.

De ahí que la Sala no pueda acoger la línea argumental del recurrente, que sitúa el fundamento de la condena de Santiago en el testimonio de la coimputada, su hermana Rosa. No es así. La proclamación del juicio de autoría respecto del recurrente toma como base -así lo expresa la sentencia recurrida- su reconocimiento de los hechos en la segunda de las declaraciones sumariales, prestada el 27 de marzo de 2008. El testimonio de su hermana tiene un valor probatorio decisivo, pero no tanto por su significación incriminatoria, sino como elemento que refuerza la veracidad de la versión ofrecida por Santiago.

Existe, en efecto, un sólido soporte probatorio, sumado a la confesión del acusado, que ha permitido a la Audiencia Provincial afirmar, más allá de toda duda razonable, que Santiago fue autor de la muerte y de los abusos sexuales sufridos por Mari Luz. Y esta conclusión no resulta debilitada, desde luego, por el hecho de que el recurrente haya ocultado en su testimonio el verdadero lugar en el que se deshizo del cadáver de su víctima. En el apartado B) del FJ 3º de la sentencia recurrida se razona por qué la versión relativa al abandono del cuerpo de la niña en una alcantarilla próxima al Hotel AC, sito en la Avda. de Andalucía, no puede admitirse como cierta. Así se desprende de la declaración de la coimputada Rosa, referida al lugar al que acompañó a su hermano, del testimonio de mayor F., técnico de la Empresa de Aguas de Huelva, que colaboró con la policía y los bomberos en la revisión de las gavias y colectores próximos a la Barriada El Torrejón y del dictamen de los médicos forenses Dra. Carmen y Pedro, razonando que a partir de los procesos tanatológicos que había experimentado el cadáver, podía concluirse que éste había permanecido en aguas remansadas, pero no estancadas, como el de la marisma del estero del Rincón, parcialmente sumergida y en posición decúbito prono. También cuestionó la versión de Santiago la doctora Rosario, quien aclaró al Tribunal que de haber sido arrojado el cuerpo de la menor a una alcantarilla y desplazada después por el interior de una tubería, habría presentado contusiones diseminadas por toda la superficie corporal. El informe sobre la localización del cadáver, suscrito por los Dres. B. y M., adscritos ambos al departamento de biología de la Universidad de Huelva y el informe hidrodinámico sobre la circulación mareal de la Ría de Huelva, refuerzan la conclusión acerca de la inveracidad del testimonio de Santiago, sobre el extremo concreto del lugar en el que abandonó el cadáver.

En suma, las inferencias probatorias que han llevado a la Audiencia Provincial de Huelva a declarar al procesado autor del delito de asesinato, están cimentadas en un caudal probatorio que, complementado por su reconocimiento de los hechos, ha sido racionalmente valorado. Santiago llamó a Mari Luz desde la ventana de su vivienda, arrojándole un osito de color blanco, con el fin de lograr que aquella llegara hasta su domicilio. Inició diversos tocamientos

sobre el cuerpo de la menor, originándose un forcejeo ante el deseo de la niña de huir. En el transcurso de ese forcejeo la víctima sufrió diversas heridas de gravedad, ocasionando su muerte la inmersión en las aguas de la zona de las Marismas de Huelva, lugar en el que Santiago arrojó el cuerpo con el fin de eliminar todo rastro del delito cometido.

Los argumentos exculpatorios del recurrente carecen de consistencia para contrarrestar el peso del material probatorio valorado por el Tribunal a quo. El hecho de que nadie viera a Santiago desprenderse del cuerpo de Mari Luz sólo es indicativo del éxito de las cautelas adoptadas por el procesado para evitar ser descubierto en el comprometido momento en el que se deshacía de la prueba principal de su delito. Tampoco resulta decisivo el desajuste cronológico que tanto enfatiza la defensa. La no coincidencia en el testimonio de ambos coimputados acerca del lugar en el que fue abandonado el cuerpo y de la forma en la que Santiago retornó a su domicilio, impide asociar a la falta de precisión horaria el efecto probatorio que pretende adjudicarle la defensa.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo.

B) También cuestiona la representación legal de Santiago la suficiencia de las pruebas valoradas por el Tribunal a quo a la hora de afirmar la concurrencia de los hechos que determinaron la condena del recurrente como autor de un delito de abuso sexual del art. 181.1 y 2 del CP.

Tampoco ahora comparte la Sala el discurso de la defensa acerca del vacío probatorio sobre el que se ha construido el juicio de tipicidad.

La ya citada declaración autoinculpatoria prestada por Santiago ante el Juez instructor, encierra en sí los elementos precisos para la afirmación del delito. El procesado reconoció ante el Juez de instrucción que la llamada a Mari Luz mediante el señuelo de un osito blanco se produce con el fin de que la niña accediera a su inmueble. También reconoció que esa llamada estaba motivada "...por eso que le pasa con las niñas y no puede evitar". La conclusión de que el procesado efectuó diversos tocamientos de carácter libidinoso está avalada por varios datos clave. El primero, la propia reacción de Mari Luz, que tras haber entrado en el inmueble de Santiago, con la ingenuidad infantil que es propia de quien ha sido atraída con el señuelo de un juguete, intenta desesperadamente marcharse del lugar para poner término a unos tocamientos ya iniciados por su agresor y que ella rechaza con la fuerza de la que es capaz. También abona la existencia del abuso sexual, la reacción del procesado, que quiere impedir por encima de todo la marcha de su víctima, hasta el punto de propiciar un forcejeo con una niña de cinco años cuya debilidad física iba a hacer infructuosos sus desesperados intentos por abandonar el inmueble al que había accedido engañada. Y, por último, el informe médico forense, que puso de manifiesto la existencia de contusiones que presentaba la menor en la muñeca derecha a nivel de la cara palmar y en el hemitorax izquierdo, secuelas cuya morfología era compatible, según el criterio de los médicos forenses que practicaron la autopsia, con el forcejeo impuesto por el agresor a su víctima.

Cuestión distinta es que esa violencia instrumental, inequívocamente dirigida a vencer la resistencia de la niña que se niega a ser manoseada por el procesado, haya merecido en la instancia la calificación de abuso sexual no violento del art. 181 del CP. La aceptación por el Ministerio Fiscal y la acusación particular de esa tipicidad, impide a esta Sala corregir lo que considera debió haber sido calificado atendiendo a la existencia de un episodio violento en el que el autor quiere impedir la marcha de su víctima con el fin de continuar sometiéndola a los tocamientos lascivos que ya había iniciado.

Por cuanto antecede, procede la desestimación del motivo (art. 885. 1 y 2 LECrim).

C) La representación legal de Rosa, con igual cobertura que el motivo precedente, sostiene la vulneración de su derecho a la presunción de inocencia (art. 24.2 CE).

Estima la defensa que la declaración prestada por la recurrente en modo alguno puede erigirse como una prueba decisiva, entre otras razones, porque nadie ha podido demostrar qué pudo ver Rosa del carrito en el que supuestamente su hermano trasladaba el cuerpo de Mari Luz. Nadie ha probado, en fin, que la recurrente se apercibiera del contenido de ese carrito. El coprocesado le pidió que le llevara a comprar, siendo totalmente lógico que se hiciera para ello con un carro de la compra. Rosa -se insiste- nunca llegó a tocar, sopesar, comprobar o mantener cualquier contacto con ese vehículo, de ahí que la inferencia que la convierte en cómplice de un delito de asesinato no puede ser sostenida a la luz de las exigencias inherentes al derecho constitucional que se considera infringido. El hecho de que fuera domingo y que no hubiera tiendas abiertas -dato que el Tribunal a quo ha incluido en su razonamiento inculpatario- es relativizado por la defensa, que recuerda la existencia de docenas de tiendas abiertas en las proximidades del hipermercado al que Rosa trasladó a su hermano. Las pruebas periciales sobre las tierras encontradas en su automóvil, tampoco resultan decisivas, puesto que los peritos no pudieron determinar cuándo ni dónde se depositaron esos residuos.

El motivo no puede prosperar.

La sentencia parte de un hecho incuestionable, proporcionado por la propia declaración sumarial de Rosa, a saber, que ésta trasladó a su hermano, conduciendo su propio vehículo, un Hyundai Accent matrícula ... DKX, a las proximidades de Carrefour. También admite que Santiago bajó las escaleras y cogió un carrito desde el primero de los peldaños. Abrió el maletero del coche e introdujo en su interior el carro. En su declaración quiso dejar claro que no se fijó en el carro y, por tanto, no puede afirmar si estaba lleno o vacío.

A partir de ese testimonio, la Audiencia ha considerado inverosímil esa versión de los hechos. De un lado, por la existencia de una prueba pericial que concluyó que los restos de salpicadura encontrados en el coche de Rosa procedían de un tipo de material similar al que existe en el camino de acceso de la tubería de la confederación, lugar en el que el cuerpo de Mari Luz fue arrojado. Con ello se demuestra que la declaración de la recurrente sobre el itinerario seguido y, sobre todo, acerca del lugar en el que dejó a Santiago, no se ajusta a la realidad. La Audiencia Provincial ha valorado el dictamen pericial ofrecido por los Dres. B. y M., para concluir que Rosa estuvo con su vehículo allí donde ella niega haber estado, esto es, acompañando a su hermano en el acto de desprenderse del cuerpo de la víctima.

Hemos afirmado en numerosos precedentes y aun cuando ello implique recordar una obviedad, que nuestro papel como órgano de casación no consiste en seleccionar cuál de las versiones sobre el hecho objeto del proceso resulta más atractiva, la que ofrece la defensa del recurrente o la que ha proclamado el Tribunal a quo. No podemos, en fin, desplazar el razonamiento del órgano decisorio, sustituyéndolo por la hipótesis de exclusión formulada por el recurrente, siempre que, claro es, aquél resulte expresión de un proceso lógico y racional de valoración de la prueba, (SSTS 790/2009, 8 de julio, 593/2009, 8 de junio y 277/2009, 13 de abril).

Y esto es lo que la defensa pide ahora de esta Sala, que desplace la conclusión del Tribunal a quo por la propuesta valorativa que ofrece a nuestra consideración. Sin embargo, no existe ninguna extravagancia en el discurso argumental de la Audiencia. El contenido de esa prueba

pericial y, sobre todo, la declaración de Santiago, que reconoció que tuvo que utilizar un chaquetón para tapar la cabeza de la niña, que sobresalía del interior del carrito, cierran un cuadro probatorio cuya valoración, tal y como ha sido expuesta en el FJ 3º, apartado B, puede ser avalada por la Sala.

Rosa colaboró con su hermano para que éste pudiera desprenderse del cuerpo de Mari Luz. Necesariamente tuvo que percatarse de que el interior de ese carro de la compra estaba ya ocupado por el cuerpo de una niña, cuya cabeza hubo de ser ocultada con un chaquetón para que no fuera descubierta. Esa indiferencia respecto de lo que necesariamente tuvo que representarse como posible, esto es, que estuviera contribuyendo a dar muerte a una niña agonizante, colma las exigencias del tipo subjetivo por el que se ha formulado la condena. La indiferencia de Rosa es, en fin, el mejor y más seguro indicio de que se resignó a un resultado que, por tanto, ha de ser imputado dolosamente. En efecto, la recurrente necesariamente tuvo conciencia de que iba a realizar, con una u otra aportación, un acto inequívocamente ilícito. Pese a ello, actuó colaborando en la ejecución de ese hecho revelando una grave indiferencia hacia la vida y la integridad física de la menor que en esos momentos iba a ser arrojada a las marismas. Esa indiferencia de Rosa, además, encierra un componente motivacional, inspirado en el propósito de eludir la asunción de los riesgos inherentes a una eventual exigencia de responsabilidad criminal.

Por cuanto antecede, el motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 LECrim).

4.- El tercero de los motivos, formalizado al amparo del art. 849.1 de la LECrim, denuncia aplicación indebida del art. 29, en relación con el art. 139.1 del CP.

El desarrollo del motivo, además de incluir una pormenorizada glosa de algunos pronunciamientos jurisprudenciales sobre la complicidad como forma de participación, da por reproducidos los razonamientos y manifestaciones efectuados en los dos motivos anteriores.

Ello nos permite remitirnos a lo expuesto en los FFJJ 3º y 4º de esta misma resolución, en los que han sido atendidas esas alegaciones.

La denuncia de un error en el juicio de subsunción da oportunidad a la Sala para constatar que la aportación que Rosa hizo a la desaparición del cuerpo de Mari Luz, todavía con vida, desborda los límites conceptuales de la complicidad, pudiendo haber recibido un tratamiento jurídico más adecuado en la autoría por cooperación necesaria. Quien después de ser requerida para desprenderse del cuerpo de una niña todavía con vida -hecho éste sobre el que es informada o simplemente se representa-, se presta a trasladar en su vehículo al agresor y a la víctima, hasta que aquél arroja en las marismas el cuerpo del delito, no se limita a una aportación secundaria, accidental, sino que contribuye de forma decisiva, con dominio funcional del hecho, en la ejecución del delito (cfr. SSTS 371/2006, 27 de marzo; 699/2005, de 6 de junio y 832/2007, 5 de octubre). Sea como fuere, la aceptación por el Fiscal y el Letrado de la acusación particular de esa forma de participación, exonera a esta Sala de cualquier esfuerzo argumental al respecto.

El motivo ha de ser desestimado (art. 885.1 y 2 LECrim).

5.- La desestimación del recurso conlleva la condena en costas, en los términos establecidos en el art. 901 de la LECrim.

FALLO

Que debemos declarar y declaramos no haber lugar al recurso de casación, interpuesto por Santiago y Rosa, contra la sentencia de fecha 18 de marzo de 2011, dictada por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Huelva, en la causa seguida por los delitos de abuso sexual y asesinato; y condenamos a los recurrentes al pago de las costas causadas.

Comuníquese esta resolución a la Audiencia mencionada a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa lo pronunciamos, mandamos y firmamos. Juan Saavedra Ruiz.- José Manuel Maza Martín.- Miguel Colmenero Menéndez de Luarca.- Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre.- Manuel Marchena Gómez.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D Manuel Marchena Gómez, estando celebrando audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.