

DOBLE JURISDICCIÓN : UN CASO PRÁCTICO

Por Ángela María Sarazá Jimena
Fiscal de Reforma de Menores de Sevilla .

Resumen.- *Se trata de abordar el análisis de los problemas que plantea el enjuiciamiento en procedimientos separados de unos mismos hechos delictivos cuando en los mismos participan mayores y menores de edad , en aplicación de la previsión contenida en el art. 16.5 LORPM , abordándolos desde los distintos criterios que se mantuvieron en un caso que fue paradigmático de este supuesto : el caso Marta del Castillo .*

SUMARIO .-

1.- INTRODUCCIÓN.

2.-CONSTITUCIONALIDAD DEL SISTEMA DE DOBLE ENJUICIAMIENTO .
2.A)CRITERIO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR. 2.B)CRITERIO DEL FISCAL .
2.C)CRITERIO DEL JUEZ DE MENORES. 2.D)CRITERIO DE LA SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA. 2.E) CRITERIO DE LA SECCIÓN SÉPTIMA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA.2.F)CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO. **3.- DOBLE JURISDICCIÓN Y PRINCIPIO DE CELERIDAD**
**.4º. -CUESTIONES SUSCITADAS EN FASE DE INSTRUCCIÓN.4.1º. -MEDIDAS CAUTELARES.4.2º . DECLARACIÓN DEL SECRETO DE LAS ACTUACIONES. 4.3. -DILIGENCIAS DE RECONSTRUCCIÓN DE HECHOS. 4.4º. -DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS EN CADA UNO DE LOS PROCEDIMIENTOS .4.5º. -DECLARACIONES DE TESTIGOS. 4.6º. - DILIGENCIAS DE PRUEBA RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES .4.7º. - DILIGENCIAS DE PRUEBA PERICIAL.5.-PROBLEMAS EN FASE DE ENJUICIAMIENTO .5.1º.- OBJETO DE DEBATE. 5.1.a) criterio del juez de menores 5.1.b) criterio de la sección tercera de la audiencia provincial de sevilla. 5.2º.-DECLARACIÓN DE LOS COIMPUTADOS EN LOS DISTINTOS PROCEDIMIENTOS Y VALORACIÓN DE LA MISMA. 5.2.a).- Criterio del Juez de Menores. 5.2.b) Criterio del Fiscal 5.2.c) Criterio de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla 5.2.d.- Criterio de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla . 6º.- EFICACIA DE LA SENTENCIA FIRME DICTADA EN EL PROCEDIMIENTO DE MENORES RESPECTO AL ULTERIOR ENJUICIAMIENTO EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO RESPECTO DE LOS MAYORES DE EDAD Y VICEVERSA. 6.1º.-SENTENCIA DE LA SECCIÓN SÉPTIMA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA . 6.2º. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO .7.-RESOLUCIONES CONTRADICTORIAS RECAIDAS EN LOS DIVERSOS PROCEDIMIENTOS E INSTANCIAS.7.1.- HECHOS PROBADOS.7.1.a).-Calificación del Fiscal.7.1.b).- Sentencia del Juez de Menores.7.1.c- Sentencia de la Sección 3º de la Audiencia Provincial de Sevilla .7.1.d- Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla .7.1.e)- Sentencia del Tribunal Supremo.7.2 CALIFICACIÓN Y FALLOS
7.2.a) Calificación del Fiscal .7.2.b) Sentencia del Juez de Menores.7.2.c) Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla .7.2.d) Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla.7.2.e) Sentencia del Tribunal Supremo .
7.3.- PRONUNCIAMIENTOS EN MATERIA CIVIL.7.3.a) Sentencia del Juez de Menores 7.3.b) Criterio del Fiscal .7.3.c) Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla .7.3.d) Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla .7.3.e) Sentencia del Tribunal Supremo .**

1.- INTRODUCCIÓN.

A la hora de plantearme la presente ponencia dude en como hacerlo, porque a nivel teórico doctrinal poco podía aportar a lo que ya se ha escrito al respecto . Así que pensé en plantear las distintas cuestiones que , en mi opinión , plantean problemas en la practica y responder a las mismas mediante la exposición de las distintas posturas que se mantuvieron en un caso que ha sido paradigmático de doble jurisdicción : el caso Marta del Castillo . Entrando ya en el tema de debate ,establece el art. 16.5:LORPM que “Cuando los hechos mencionados en el art. 1 hubiesen sido cometidos conjuntamente por mayores de edad penal y por personas de las edades indicadas en el mismo art. 1 y en el 4 de esta Ley, en sus respectivos casos, el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto como compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el apartado 2 de este artículo”.

Conforme a lo dispuesto en este articulo en algunos casos unos mismos hechos generan instrucciones y enjuiciamientos paralelos ante la jurisdicción de menores y ante la jurisdicción penal ordinaria , cuando en ellos participan mayores y menores de edad , lo cual en la práctica provoca multitud de problemas alguno de los cuales voy a abordar en este trabajo sin pretender llegar a conclusiones irrefutables , sino solo plantear las posibles alternativas y , como ya he dicho , haciendo alusión a como se solventaron y cual fue el resultado de este doble enjuiciamiento en el caso que da titulo a esta ponencia.

Para ello vamos a exponer el criterio que se mantuvo por una parte por el Fiscal y por otra en las sentencias dictadas por el Juzgado de Menores nº3 de Sevilla de 24 de marzo de 2011 ,Sentencia de 20 de octubre de 2011 de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla que resolvió el recurso de apelación interpuesto contra la sentencia del Juez de Menores ,Sentencia de 13 de enero de 2012 de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla que enjuició a los partícipes mayores de edad penal y la Sentencia de 29 de Enero de 2013 del Tribunal Supremo resolutoria de los recursos de casación interpuesta contra la anterior .

2.-CONSTITUCIONALIDAD DEL SISTEMA DE DOBLE ENJUICIAMIENTO .

La primera cuestión a debatir sería la de la constitucionalidad del sistema de doble enjuiciamiento vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

En el caso en estudio la acusación particular planteo como cuestión previa en el Acto de la Audiencia una cuestión de inconstitucionalidad del art. 16.5 LORPM . Con independencia de la oportunidad del momento en que dicha cuestión fue planteada , que fue recurrida por el Ministerio Fiscal , a los efectos que ahora nos interesan las tesis planteadas por las partes y las acogidas por las distintas resoluciones que recayeron al respecto son las que van a exponerse a continuación.. En todas las instancias se resolvió , tal y como mantuvo el fiscal , que dicha previsión se ajustaba a los dictados de nuestra constitución , pero aún estamos pendientes de la resolución que en su día dicté el Tribunal Constitucional ante quien se ha planteado la cuestión y aún no ha resuelto.

2.A)CRITERIO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR.

La cuestión de inconstitucionalidad de la acusación particular se basaba , de forma sintética en los siguientes argumentos :

“ a.- La norma con fuerza de ley cuya constitucionalidad se cuestiona : articulo 16.5 LORPM.

Resulta contraria a la CE esta norma porque no permite una interpretación conforme a principios constitucionales esenciales. Su vigencia provoca y obliga a la celebración de dos juicios , ante órganos distintos por los mismos hechos (...) Suprimida esta norma del ordenamiento jurídico , recobraría su vigencia el art. 779.1.3º LECRIM , que permite una interpretación de las normas procesales acorde con la CE , pues sería posible proceder al enjuiciamiento conjunto y unitario de unos mismos hechos.

b.- Preceptos constitucionales que se consideran infringidos :

Principio de Unidad y Exclusividad de la Jurisdicción (art. 117.5 y 117.3 CE)

Principio de seguridad jurídica en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y a las reglas del juicio justo (art. 9.3 y 24 CE).

C. La celebración del juicio en relación únicamente al imputado menor se deriva directamente de la derogación de la regla establecida en el art. 779.1.3º LECRIM , operada al entrar en vigor el art. 16.5 LRRPM” .

2.B)CRITERIO DEL FISCAL

Además de plantear la ilegalidad del momento de presentación de la referida cuestión de inconstitucionalidad , los argumentos de fondo expuestos por el Fiscal ,fueron los siguientes :

“TERCERO.- Entrando ya en el fondo de las alegaciones formuladas por la parte , hemos de decir que tampoco estamos conformes con las mismas por las siguientes razones :

1ª .-Ya el ATC nº 275/2005, de 22 de junio inadmitió una cuestión de inconstitucionalidad planteada por un Juzgado de Menores sobre diversas disposiciones de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, en la que precisamente se invocaba la infracción del principio de seguridad jurídica. Declara el TC –en este caso en relación con la regulación de la original pieza de responsabilidad civil- que no cabe afirmar que las disposiciones contenidas en los arts. 61 a 64 LORPM vulneren los principios de legalidad y seguridad jurídicas en relación con la predeterminación legal del proceso, pues en dichos preceptos se determinan los elementos esenciales de substanciación de la pieza de responsabilidad civil, y, de otra parte, dado que las disposiciones se integran en un sistema jurídico en cuyo marco se interpretan, las eventuales lagunas a las que de forma específica se refiere el Juzgado de Menores pueden colmarse con la aplicación de las leyes supletorias, la Ley Orgánica del Poder Judicial y la Ley de Enjuiciamiento Criminal, teniendo en cuenta las garantías procesales inherentes al derecho al proceso debido (art. 24.2 CE) y el principio que ha de regir este tipo de procedimientos, el interés del menor.

2ª.- Estos razonamientos pueden trasladarse mutatis mutandis a la cuestión que ahora se plantea. No puede fundamentarse la inconstitucionalidad de una norma a etéreas alegaciones sobre su compatibilidad con el principio de seguridad jurídica. Es más, la regulación del sistema de doble jurisdicción derivada de la previsión contenida en el art 16.5 LORPM colma el principio pues predetermina con absoluta precisión el régimen procesal aplicable cuando en un hecho delictivo están implicados mayores y menores de 18 años, por lo que carece de relevancia constitucional la invocación genérica del principio de seguridad jurídica.

3ª.- La regulación de la doble jurisdicción contenida en el art 16.5 LORPM no sólo no es inconstitucional, sino que se ajusta plenamente a las previsiones del art 39.4 CE (los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos) en relación con la Convención de Derechos del Niño, que en su art 40.3 dispone que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales

De hecho, si la previsión legal fuera la de que en caso de que se encontraran implicados adultos y menores de edad se siga un solo procedimiento sustanciado ante la jurisdicción de adultos, sí que podrían generarse dudas sobre su constitucionalidad, toda vez que entraría en contradicción con la disposición transcrita de la Convención de Derechos del Niño, constitucionalmente relevante no sólo conforme al art 39.4 CE sino también conforme al art. 10.2 CE las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce, se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías, reconocida en el art 24 CE.

4ª.-Mantener –como se mantiene por el promotor del incidente- que el sistema de doble jurisdicción derivado del art 16.5 LORPM es inconstitucional supondría considerar igualmente inconstitucional la posibilidad de que en un procedimiento penal dirigido contra varias personas mayores de edad se enjuicien separadamente a éstas cuando las contingencias de tramitación así lo impongan (v.gr. situación de rebeldía de alguno de los procesados).

Es claro que en general una causa contra varias personas puede dar lugar a varios juicios cuando concurren óbices procesales para el enjuiciamiento conjunto y por consiguiente a varias sentencias. Ello está así establecido desde tiempos inmemoriales no solamente en el proceso penal español sino en los de todos los países de nuestro entorno jurídico cultural. Puede decirse que deriva de la propia naturaleza de las cosas. Si no existiera tal previsión, o bien en ocasiones devendría imposible celebrar juicios penales o bien tendría que admitirse la posibilidad de juicios in absentia sin ninguna restricción. Claro es que ambas alternativas conculcarían frontalmente –ahora sí- el derecho fundamental al proceso debido.

Es más: cabe el enjuiciamiento de algún acusado separadamente del resto, no solamente en casos de rebeldía o de formación de piezas separadas del art. 762.6ª LECrim., sino también en casos en que habiendo sido citado uno de los acusados no comparezca injustificadamente.

5ª.- La previsión legal de que unos mismos hechos puedan dar lugar a distintos juicios no genera la mas mínima duda de constitucionalidad, sea una causa en la que sólo estén implicados adultos, sólo menores o menores y adultos.

Aparecerían dudas sobre la constitucionalidad de tales previsiones si existiera alguna disposición en la LORPM o en la LECrim que condicionara el resultado del segundo o ulterior procedimiento a lo decidido en el primero, vulnerando la presunción de inocencia de los sometidos en al enjuiciamiento subsiguiente, pero es claro que tal previsión no existe en nuestro ordenamiento.

El Tribunal penal que juzga a los adultos lo hace con plenitud de jurisdicción y sin estar vinculado a lo que pueda decidir el Juzgado de Menores sobre el menor a la hora de decidir sobre la culpabilidad de aquellos.

6ª.- Debiera ser motivo de reflexión el dato constatable de que (s.e.u.o) no solamente desde la publicación de la LO 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, sino incluso desde la publicación LO 4/1992, de 5 de junio, Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores, durante cuya vigencia también se enjuiciaban en procedimientos distintos a los adultos y a los menores, en la profusa

bibliografía sobre la cuestión, ninguna opinión doctrinal haya expresado la mas mínima duda sobre la constitucionalidad de la solución legal.

Tampoco la doctrina del Tribunal Constitucional, que se ha pronunciado ocasionalmente sobre el proceso penal de menores (SSTC nº 13/2006, de 16 de enero nº 335/2005, de 20 de diciembre, AATC nº 45/2003, de 10 de febrero, nº 275/2005, de 22 de junio, entre otras) se ha cuestionado jamás la constitucionalidad del sistema de doble jurisdicción.

Tampoco se cuestionó nuestro TC la constitucionalidad del sistema de doble jurisdicción cuando declaró inconstitucional el procedimiento regulado en la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de 11 de junio de 1948 en la célebre STC 36/1991, de 14 de febrero. Como es notorio, el TC declaró la inconstitucionalidad de tal procedimiento pero por motivos ajenos a que el mismo siguiera –también lo hacía- el sistema de doble jurisdicción.

7ª.- El hecho de que el sistema de doble enjuiciamiento presente complejos problemas prácticos –es evidente que los presenta- no permite en absoluto cuestionar su constitucionalidad. Es una previsión legal que incide sobre una situación de hecho compleja que quizás pudiera ser objeto de otro tratamiento normativo pero claro es que son dos planos completamente distintos: una cosa es que pueda ser mejorado el sistema normativo existente y otra que sea inconstitucional.

También la previsión de la LECrim de que puedan celebrarse juicios distintos contra personas implicadas en los mismos hechos presenta complejos problemas prácticos (vid. como botón de muestra la Consulta de la Fiscalía General del Estado 1/2000, de 14 de abril, sobre declaración del ya condenado en el enjuiciamiento posterior de otros copartícipes) sin que ello pueda fundamentar su oposición a la Constitución.

8º La invocación que hace el escrito a los principios de unidad y exclusividad de la jurisdicción es difícilmente inteligible, pues es evidente que el Juzgado de Menores es un órgano detentador de jurisdicción, independiente e integrado en el Poder Judicial

9ª.- El promotor del incidente propone que se incluya en el tribunal (junto al Juez de lo Penal, a los Magistrados de la Audiencia Provincial o al Magistrado-Presidente) un magistrado especialista...Esta cuestión que pudiera plantar más inconvenientes, en todo caso se refiere a distribución de efectivos y composición del tribunal, por lo que podría ser resuelta por vía reglamentaria, a través de un Acuerdo del CJGP.

Tal solución, defendible de lege ferenda sería de lege data frontalmente contraria a nuestro ordenamiento jurídico y al derecho fundamental al juez ordinario predeterminado por la Ley, y por ende, inconstitucional. El promotor “inventa” un nuevo órgano jurisdiccional no previsto en nuestro ordenamiento y, desde luego, no susceptible de ser resuelto por vía reglamentaria, a través de un Acuerdo del CJGP (sic).

10ª.- La STC nº 77/1983, invocada por el promotor del incidente y en la que se contiene la afirmación de que es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado está sacada de contexto, pues se refiere al principio non bis in idem, principio cuya aplicación requiere identidad subjetiva, es decir, que los procedimientos sancionadores duplicados se dirijan contra una misma persona.

El fundamento jurídico cuarto de esta resolución declara que La S 30 enero 1981 de este Tribunal (BOE núm. 47 de 24 febrero) reconoce el principio llamado de "non bis in idem"

íntimamente unido al principio de legalidad de las infracciones que recoge el art. 25 CE. El principio "non bis in idem" determina una interdicción de la duplicidad de sanciones administrativas y penales respecto de unos mismos hechos, pero conduce también a la imposibilidad de que, cuando el ordenamiento permite una dualidad de procedimientos, y en cada uno de ellos ha de producirse un enjuiciamiento y una calificación de unos mismos hechos, el enjuiciamiento y la calificación que en el plano jurídico puedan producirse, se hagan con independencia, si resultan de la aplicación de normativas diferentes, pero que no pueda ocurrir lo mismo en lo que se refiere a la apreciación de los hechos, pues es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado.

Consecuencia de lo dicho, puesto en conexión con la regla de la subordinación de la actuación sancionadora de la Administración a la actuación de los Tribunales de justicia es que la primera, como con anterioridad se dijo, no puede actuar mientras no lo hayan hecho los segundos y deba en todo caso respetar, cuando actúe a posteriori, el planteamiento fáctico que aquellos hayan realizado, pues en otro caso se produce un ejercicio del poder punitivo que traspasa los límites del art. 25 CE y viola el derecho del ciudadano a ser sancionado sólo en las condiciones estatuidas por dicho precepto.

Es claro que la cuestión que analiza el TC no tiene ni ya identidad, ni siquiera parecido con la posibilidad de enjuiciamiento separado de distintos imputados por unos mismos hechos .”

2.C) CRITERIO DEL JUEZ DE MENORES

En el auto resolviendo la solicitud de la acusación particular de que interpusiera la aludida cuestión de constitucionalidad el juez rechaza la posibilidad diciendo que “ La existencia de un procedimiento penal específico para los menores de edad penal y diferenciado del procedimiento penal para los mayores de edad , no sólo no es inconstitucional y se ajusta a las previsiones establecidas en los Tratados internacionales suscritos por nuestro país y a lo dispuesto en la legislación existente en el Derecho Comparado en países que pertenecen a nuestro mismo entorno y tradición jurídica Y ; en este sentido debe ser obligatoriamente citado el art. 40. 3 de la Convención de los Derechos del Niño : “ Los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes , procedimientos , autoridades e instituciones específicas para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales “ , el art. 10. 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 o la Regla número 2 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing de 1985) que establece que en cada jurisdicción nacional se procurará promulgar un conjunto de leyes , normas y disposiciones aplicables específicamente a los menores delincuentes , así como a los órganos e instituciones encargadas de las funciones de la administración de justicia de menores e igualmente deber ser citados los arts. 39.4 y 10 de nuestro texto constitucional “

2.D) CRITERIO DE LA SECCIÓN TERCERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA

En esta instancia no hubo lugar a que el Tribunal se pronunciara sobre esta cuestión

2.E) CRITERIO DE LA SECCIÓN SÉPTIMA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA

La sección de la Audiencia en quien recayó el enjuiciamiento de los implicados mayores de edad penal también llegó a la conclusión de la adaptación de esta previsión legislativa a la constitución en su fundamento de derecho Segundo estableciendo que “ El SR. Letrado de la acusación particular solicitó que este Tribunal planteara Cuestión de Inconstitucionalidad del artículo 16.5 de la Ley Orgánica 5/2000 de 12 de enero, que regula la Responsabilidad Penal del Menor, por entender que en los supuestos, como el presente en el que en la comisión de un delito participan presuntamente menores y mayores de edad penal, da lugar a un doble enjuiciamiento, vulnerándose de esta guisa los principios de seguridad jurídica y el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, en especial en su faceta de no estar regulada en su seno la posición procesal de los coimputados mayores no enjuiciados a la vez.

No comparte este Tribunal el criterio jurídico del acusador particular. El doble enjuiciamiento no solo se da en el supuesto que nos ocupa, sino que concurre en aquellos supuestos en los que se juzgan por separado a los partícipes en un mismo delito por razones varias, como lo son el hecho de que sea juzgado uno de ellos mientras que los otros se encuentran en rebeldía, o por el hecho de que alguno o algunos de los partícipes en una misma acción presuntamente criminal sea o sean aforados, de suerte que estos sean juzgados por un tribunal y el resto de los acusados por otro órgano judicial resuelve recurso de amparo interpuesto por aforado, que cuestiona la prueba de cargo.

(...)Por otra parte, la responsabilidad penal del menor y su tratamiento frente a la del mayor de edad justifica la especialidad jurisdiccional que recoge el artículo 16.5 cuestionado en su constitucionalidad por la acusación particular. La Ley 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores (en adelante LORPM) diseña un modelo de responsabilidad penal del menor que trata de integrar perspectivas de diferente naturaleza: la educativa, la sancionadora y la garantista, básicamente. De esta forma trata de perfeccionar una responsabilidad que, siendo formalmente penal, permita una intervención materialmente educativa, sustancialmente diversa de la que identifica la responsabilidad penal del adulto. Por ello dibuja un modelo de naturaleza sancionadora-educativa que descansa en los siguientes principios:

1.- la exigencia de una responsabilidad penal específica a los menores, cuya edad oscila entre 14 y 18 años, que cometan un hecho tipificado como delito o falta en el Código Penal o en alguna ley penal especial sin la concurrencia de alguna de las circunstancias eximentes o de extinción de la responsabilidad penal previstas en el Código Penal (artículos 1.1 y 5.1 LORPM).

2.- la implementación de un procedimiento de corte garantista en el que al menor le asisten los derechos reconocidos en la Constitución y en el ordenamiento jurídico, con mención específica a la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, la Convención sobre los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989 y todas aquellas normas sobre protección de menores contenidas en los Tratados válidamente celebrados por España (artículo 1.2 LORPM).

3.- el reconocimiento del superior interés del menor como seña de identidad de la intervención jurídico penal. De ahí que:

- La selección jurisdiccional de la sanción imponible tenga como referente no solo la valoración jurídica de los hechos sino también, y de forma especial, la edad, las circunstancias familiares y sociales, la personalidad y el interés del menor, debiendo el juez motivar en la sentencia las razones por las que elige una medida y diseña un plazo de duración para la misma, a efectos de la valoración del mencionado interés del menor (artículo 7.3 LORPM); La ejecución jurisdiccional de la sanción impuesta se rija por el principio de flexibilidad, pudiendo el Juez de Menores dejar sin efecto la medida impuesta, reducir su duración o sustituirla por otra, siempre que la modificación redunde en interés del menor y se exprese suficientemente al menor el reproche merecido por su conducta (artículos 15.1 y 51.1 LORPM art.1.1 y art.5.1);

-El ejercicio de las funciones de selección y ejecución de las sanciones tenga en cuenta, sin llevar a la vinculación, los conocimientos ofrecidos por los profesionales de las ciencias de la conducta radicados en el equipo técnico a quien, entre otras competencias, se le atribuye las siguientes: emitir un informe sobre la situación psicológica, educativa, familiar y social del

menor (artículo 27.1 LORPM), ilustrar al Juez de Menores en el acto de la Audiencia acerca de la procedencia de las medidas solicitadas respecto del menor (artículo 37.2 LORPM) e

informar al Juez de Menores acerca de la procedencia de modificar, sustituir o dejar sin efecto la medida impuesta (artículos 14 y 51 LORPM).

La significación que el legislador confiere al superior interés del menor en el diseño del marco jurídico informador de la selección y ejecución de la sanción queda reflejada en el

siguiente párrafo de su Exposición de Motivos: “Al pretender ser la reacción jurídica dirigida al menor infractor una intervención de naturaleza educativa, aunque desde luego de especial intensidad, rechazando expresamente la proporcionalidad entre el hecho y la sanción o la intimidación de los destinatarios de la norma, se pretende impedir todo aquello que pudiera tener un efecto contraproducente para el menor...”

Esta opción de política criminal ha llevado a sectores significativos de la doctrina científica a calificar la responsabilidad penal de los menores como un “genus” distinto a la responsabilidad penal de adultos en el que la orientación educativa de la sanción lleva a eludir principios esenciales del Derecho Penal de mayores, como el principio de prevención general o el principio de proporcionalidad de la sanción, concibiendo la sanción como un instrumento imprescindible para orientar de forma positiva el proceso de socialización.

A su juicio, el proceso formativo en el que se encuentran inmersos los menores conlleva que la respuesta se articule en torno a principios distintos a los predicables de las sanciones a los adultos, primando de forma significativa los criterios de prevención especial mediante la articulación de reacciones de contenido básicamente reeducador.”

2.F) CRITERIO DEL TRIBUNAL SUPREMO.

Establece el alto Tribunal en su fundamento de derecho cuarto que “ El segundo de los motivos lo vincula esta acusación a la vulneración de un conjunto de preceptos constitucionales como consecuencia de lo que denomina «doble enjuiciamiento».

Tras explicar los términos en que se solicitó en la instancia y desestimó por los Tribunales –también en menores– el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad relacionada con el art. 16.5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM), reflexiona la parte sobre la circunstancia de que unos mismos hechos puedan ventilarse ante dos tribunales que pertenecen al mismo orden jurisdiccional. Lamenta, en esencia, las disfunciones que genera un mecanismo de enjuiciamiento separado cuando aparecen involucradas personas de diferente edad penal, lo que puede provocar el ilógico resultado de que se llegue, sobre unos mismos hechos y en relación con un mismo grupo de sujetos, a conclusiones absolutamente dispares entre la jurisdicción de menores y la jurisdicción ordinaria de adultos, como ha ocurrido en este caso. Relaciona para ello hasta diez contradicciones observadas entre lo que un órgano judicial y otro han considerado probado, que la recurrente estima determinantes respecto de la cuestión de fondo enjuiciada. Critica que el órgano que aquí ha dictado sentencia pueda tenerse por absolutamente soberano e inmune a la resolución que le precedió en el ámbito de la jurisdicción de menores, como expresa la sentencia recurrida en alguno de sus apartados (págs. 33 y 120), alcanzando conclusiones en abierta contradicción con aquella. Estima que de este modo se vulneran los principios de unidad y exclusividad judicial (arts. 24 y 117.5 CE), seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y legalidad (que relaciona con la inexistencia de norma alguna que fije el estatuto jurídico-procesal de quien, habiendo resultado juzgado por unos hechos, se ve después en la obligación de declarar sobre los mismos bajo la condición de testigo), así como el derecho al proceso con todas las garantías en su vertiente de derecho a la imparcialidad judicial.

1. El invocado art. 16 LORPM recoge las reglas generales para la incoación del llamado «expediente de menores», y en su apartado 5, que es en el que centra la acusación recurrente su atención, dispone que "[c]uando los hechos mencionados en el artículo 1 hubiesen sido cometidos conjuntamente por mayores de edad penal y por personas de las edades indicadas en el mismo artículo 1 (es decir, entre 14 y 18 años), el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto como compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el apartado 2 de este artículo". Es decir, concurriendo tales circunstancias, se obliga al Juez de instrucción común u ordinario a dar cuenta de los hechos presuntamente delictivos al Fiscal de Menores, para que éste a su vez proceda a su investigación separada si de los hechos objeto de denuncia pudiere desprenderse algún género de responsabilidad para el menor, en cuyo caso el Fiscal dará traslado al Juez de Menores.

2. La cuestión, que fue planteada como previa al juicio oral, obtuvo fundada respuesta del Tribunal de instancia en el FJ. 2º de la sentencia. En él, los Jueces «a quibus» destacan que ese doble enjuiciamiento no sólo se produce en casos como el presente, por la intervención de dos jurisdicciones penales separadas, sino también cada vez que los partícipes en un mismo delito, por la razón que fuere, han de resultar juzgados por separado, como sucede cuando alguno de ellos ha sido declarado en rebeldía procesal y sigue el procedimiento para los demás, o cuando se trata de un aforado. Destaca la Audiencia al efecto el Acuerdo de esta Sala de Casación de 16/12/2008, según el cual "la persona que ha sido juzgada por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad". Aborda, igualmente, el contenido de la LORPM desde la perspectiva de la protección del superior interés del menor, querido por el Legislador como seña de identidad, por lo que representa un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa respecto del menor que descansa en la serie de principios que enumera, dirigidos a lograr su reeducación. Concluye afirmando que la cuestión planteada por la acusación particular pudiera valorarse «de lege ferenda», pero en ningún caso «de lege data», siendo la voluntad del Legislador proclive tácitamente a ese enjuiciamiento separado, ex art. 16.5 LORPM.

Afirma, por último, que un enjuiciamiento más próximo en el tiempo del menor juzgado bajo la LORPM y de los procesados en la presente causa hubiera sido factible de no haber recurrido las acusaciones el auto de 13/08/2010 por el que se acordaba la continuación del proceso por los trámites del procedimiento ordinario.

(.....)Ello no obstante, ha de reconocerse el acierto de la decisión de instancia a la hora de interpretar que semejante enjuiciamiento separado viene directamente impuesto por la norma procesal. En concreto, por el art. 16.5 LORPM que se menciona, pues de su tenor literal necesariamente resultaba en este caso un conocimiento de los hechos de apariencia criminal ante jurisdicciones separadas, al atribuirse inicialmente la participación en los mismos a una pluralidad de individuos de los que algunos eran mayores y otros menores de edad al tiempo de su producción. Es precisamente el respeto del principio de legalidad el que provoca aquí ese resultado que critica la recurrente (art. 9.3 CE), estando el Juez de menores y el Juez de adultos legitimados para impartir justicia en el ámbito de sus respectivas competencias (art. 117.1 y 3 CE).”

3.- DOBLE JURISDICCIÓN Y PRINCIPIO DE CELERIDAD .

Como todos sabemos el principio de celeridad es uno de los principios nucleares en la ordenación del sistema de justicia juvenil y está íntimamente ligado al principio del interés superior del menor que debe presidir todas las decisiones que se adopten en el seno de un procedimiento penal juvenil. Por las propias características de los destinatarios del proceso de menores, éste debe ser especialmente ágil y breve. En tanto la Justicia de menores tiene por objeto educar, la necesidad de conectar temporalmente la consecuencia jurídica con el hecho cometido es esencial. No puede demorarse el proceso, pues ello usualmente genera el incumplimiento de los objetivos perseguidos o intervenciones inútiles o incluso contraproducentes

Ya el art. 22 del Reglamento de la antigua *Ley de Tribunales Tutelares de Menores* disponía al respecto que "las actuaciones se practicarán en el plazo mas breve posible y se pondrá especial empeño en emplear fórmulas sencillas y sumarias" Este principio es asumido por el *art. 40 de la Convención de los Derechos del Niño de 1989* que exige que "la causa será dirimida sin demora..."; en el punto 32 de las Reglas de Beijing que postula que los casos se "tramitarán desde el comienzo de manera expedita y sin demoras innecesarias"; en la *Recomendación n° 87(20) del Comité de Ministros del Consejo de Europa* que se propone "asegurar una justicia de menores más rápida, evitando retrasos excesivos, para que ella pueda tener una acción educativa eficaz" y en el art. 10.2 b) del Pacto Internacional de 19 diciembre 1966 de Derechos Civiles y Políticos, que dispone que "los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento". Recientemente insiste en esta idea el punto 14 de la Recomendación Rec (2003) 20 del Comité de Ministros del Consejo de Europa *concerning new ways of dealing with juvenile delinquency and the role of juvenile justice*, subrayando la necesidad de combinar la celeridad con los requerimientos del proceso debido.

Estas consideraciones deben entenderse aplicables a cualquier procedimiento sustanciado conforme a la LORPM. Sin embargo cuando nos encontramos ante hechos delictivos en los que participan mayores y menores de edad, nos encontramos en muchas ocasiones en la tesitura de quebrar el principio que analizamos en aras de asegurar una eficaz investigación de los hechos cometidos y, fundamentalmente, para evitar que se dicten resoluciones contradictorias en los distintos procedimientos en base al acopio de distinto material probatorio. Esta quiebra es especialmente importante en los hechos delictivos de mayor gravedad y complejidad que exigen una investigación exhaustiva de la participación individualizada de cada uno de los intervinientes a fin de evitar como decimos resoluciones contradictorias e incluso propiciar la creación de espacios de impunidad que podrían venir de la postura del menor ya condenado en el posterior juicio de adultos, asumiendo la autoría de hechos por los que no ha sido condenado, a fin de favorecer a alguno de los partícipes mayores de edad penal.

En el caso en estudio, el enjuiciamiento del menor como mero partícipe a título de encubridor, tal y como se presumía en el primer momento, hubiera permitido su enjuiciamiento en un plazo muy inferior al de los partícipes mayores de edad penal. Sin embargo el cambio de versión del principal imputado mayor de edad penal, implicando al menor en la violación y asesinato de la menor víctima, obligo a retrasar la conclusión de la instrucción hasta que se produjo la de mayores, y los dos fiscales intervinientes realizaron en sendos procedimientos calificaciones coincidentes en las que se atribuía a un mayor y al menor, la participación en dos delitos de agresión sexual y uno de asesinato.

No obstante la vigencia de este principio obligó a celebrar en primer lugar el juicio contra el menor de edad, teniendo en el mismo que practicar todas las pruebas realizadas en los dos procedimientos, porque para determinar la participación del menor de edad en los

hechos, dada la complejidad de la secuencia horaria en que los mismos se produjeron y la distinta participación de los distintos implicados, era obligado precisar también la participación de cada interviniente para poder individualizar la del menor.

4º. –CUESTIONES SUSCITADAS EN FASE DE INSTRUCCIÓN

4.1º. -MEDIDAS CAUTELARES

De conformidad con la regulación legal establecida en el art. 17.4 LORPM, el menor detenido tiene que ser puesto en libertad o a disposición del Fiscal en el plazo máximo de 24 horas y este, a su vez, tiene un plazo de 48 horas a contar desde el momento de la detención para, a su vez, decretar la libertad del menor o solicitar una de las medidas cautelares previstas en el art. 28 al Juez de Menores de Guardia.

Sin embargo, y como todos sabemos, el plazo máximo de duración de los detenidos mayores de edad penal, es de 72 horas en virtud de lo dispuesto en el art. 17.2 CE y 520 bis LECrim.

Esta distinta duración del plazo de detención policial a menudo puede acarrear problemas porque el material de investigación puesto a disposición del Fiscal de Menores para, en su caso solicitar una medida cautelar y del Juez de Menores para decidir, suele en ocasiones ser distinto del que se presenta en el Juzgado de Guardia de Adultos frecuentemente, menos completo, teniendo en estos supuestos que decidirse sobre la medida cautelar del menor sin conocer cual ha sido la resolución adoptada por el Juez de Instrucción respecto a los mayores de edad.

En el presente caso, el menor fue puesto a disposición de la Fiscal de Menores de Guardia en el plazo citado y esta, a la vista de las actuaciones practicadas hasta ese momento, solicitó la medida cautelar de internamiento en régimen semiabierto considerando al menor como presunto autor de un delito de encubrimiento, siendo adoptada por el Juez de Menores la medida cautelar en los términos solicitados por el Fiscal.

En el Juzgado de Guardia de Instrucción, sin embargo, los nuevos elementos de prueba aportados y, sobre todo la retractación de uno de los coimputados mayores de edad penal de la declaración prestada en Comisaría, llevaron al Fiscal a solicitar y al Juez a adoptar la medida de prisión provisional sin fianza para los dos imputados mayores de edad penal como presuntos autores de un delito de homicidio.

En este apartado decir, que también se plantearon problemas en cuanto a la duración de la medida cautelar que se impuso al menor ya que transcurridos 9 meses desde la fecha de la adopción de la medida cautelar de internamiento en centro semiabierto, la instrucción estaba sin concluir, por lo que en el momento de cumplirse el plazo máximo se solicitó por la Fiscalía de Menores y se adoptó por el Juez una medida cautelar de convivencia en grupo educativo que se mantuvo hasta el momento de la celebración del acto de la Audiencia.

4.2º . DECLARACIÓN DEL SECRETO DE LAS ACTUACIONES.

La dualidad de procedimientos y la distinta duración de los plazos de detención policial, también pueden generar problemas a la hora de solicitar se decrete el secreto de las actuaciones en ambos procedimientos.

Efectivamente, por el tiempo de duración de la detención policial del menor, a veces, cuando este es presentado ante el Fiscal de Menores, el Juzgado de Instrucción ni siquiera

tiene abiertas diligencias previas, al no haberse presentado ante ellos a los detenidos mayores de edad penal y no estar abiertas con anterioridad a este momento. Ello puede provocar que el Fiscal de Menores, ante la insuficiencia probatoria del atestado que se le presenta en el plazo legal o ante la participación puramente accesorio del menor en los hechos investigados, no se plantee la posibilidad de solicitar del Juez de Menores la declaración del secreto del sumario y posteriormente, el Juez de Instrucción, si lo haga en su causa, ante la mayor contundencia probatoria del atestado presentado ante él o ante la gravedad y complejidad de los hechos delictivos imputados a los mayores de edad penal.

No obstante, una adecuada coordinación entre el Fiscal de Menores y su compañero de Guardia de detenidos, evitará estas discrepancias. . Así se recoge en *las “Conclusiones de las jornadas de delegados de menores de octubre de 2010 “ cuando en su conclusión 10º establece que”*: En aquellas causas en que estén implicados mayores y menores de edad será también precisa una especial coordinación en este punto, a través de la Fiscalía Provincial, de los distintos órganos jurisdiccionales, a fin de evitar que en una causa pueda estar declarado el secreto y en otra no, o se alce en una antes que en la otra, con el consiguiente riesgo de filtraciones y de difusión del contenido de las diligencias de intervención acordadas”.

En el presente supuesto, la Fiscal de Menores, antes de recibir declaración al menor y solicitar la oportuna medida cautelar, pidió del Juez de Menores que se declarará el secreto de actuaciones por los mismos motivos por los que se había decretado en las Diligencias Previas del Juzgado de Instrucción accediendo este a lo solicitado, manteniéndose el secreto hasta el mismo día que se levantó en la jurisdicción de adultos.

4.3. -DILIGENCIAS DE RECONSTRUCCIÓN DE HECHOS.

En este punto, también nos planteamos si era necesario o no, repetir por el fiscal instructor las diligencias de reconstrucción de hechos llevadas a cabo por el Juez de Instrucción, no sólo respecto a uno de los mayores de edad penal, sino también respecto del menor y en la que no tuvo participación su letrado. En este punto ,optamos por traerlas al procedimiento de menores mediante testimonio, a fin de que fueran visionadas en el acto de la Audiencia ante los protagonistas de las mismas, realizando en dicho momento procesal las preguntas oportunas al respecto del contenido de las mismas.

4.4º. -DECLARACIONES DE LOS COIMPUTADOS EN CADA UNO DE LOS PROCEDIMIENTOS .

Este fue uno de los puntos más problemáticos y que dio lugar a la valoración que posteriormente se hizo en las respectivas sentencias, acerca del valor de las mismas.

En principio, y como las versiones de los implicados eran coincidentes, no consideramos necesario que las declaraciones que realizaron los mayores de edad penal ante el Juzgado se repitieran ante el Fiscal de Menores.

Sin embargo, el letrado del menor presentó un escrito de personación ante el Juzgado de Instrucción, a fin de que se le tuviera por parte y así poder estar presente en la declaración del menor ante el Juez de Instrucción y en las demás pruebas que se practicaran en el procedimiento de adultos. La respuesta del Juez de Instrucción fue denegar la personación pretendida, al entender que el menor no era parte en sus Diligencias Previas a las que acudía en condición de testigo, si bien, dada su imputación por los mismos hechos en otro

procedimiento de naturaleza penal, se le advirtió de que estaba en su derecho a no declarar, a no confesarse culpable y a no contestar a las preguntas que pensará que le iban a perjudicar.

Cuando meses después el mayor de edad penal cambió su versión y dio una nueva, que nosotros creímos más ajustada a la verdad. Y en la que implicaba directamente al menor en la violación y el asesinato de la víctima, nos volvimos a plantear la cuestión, decidiendo no traer al mayor de edad penal a nuestro procedimiento a declarar para evitar que, debidamente asesorado después por su letrado, se negará a declarar, o contara una nueva versión que situara el cuerpo de la víctima en un nuevo lugar cuando, por el juez de instrucción y a la vista de esta nueva declaración, se había acordado la búsqueda del cuerpo en un vertedero de basuras, operación complejísima y que se estaba desarrollando en esos momentos.

En este sentido, en nuestro recurso de apelación de la sentencia dictada por el Juez de Menores explicábamos ampliamente las razones que nos habían llevado a adoptar esta decisión al respecto: “Y es en este momento cuando conviene explicar las razones que llevaron a la Fiscalía a no reiterar las diligencias de prueba practicadas en sede de la jurisdicción de mayores y consecuentemente a no citar a declarar a los imputados mayores de edad penal durante la fase de instrucción del Expediente de Reforma y llamarlos directamente al acto del plenario. Efectivamente se tacha en la resolución recurrida dicha decisión de incomprensible, inmotivada e injustificada. Nada más lejos de la realidad. Esta meditada decisión fue fruto de una profunda reflexión sobre la forma en que debía llevarse a cabo la investigación de los hechos objeto del presente expediente y el sumario ordinario seguido ante el juzgado de instrucción nº 4 de Sevilla y proyectada siempre a evitar que la ya complicadísima labor de investigación que se estaba llevando a cabo por el Juez de Instrucción en aras a determinar lo que en realidad es objeto de todo procedimiento penal, esto es el esclarecimiento de la verdad material sobre los hechos sometidos a enjuiciamiento, se viera aún más dificultada por una investigación paralela y exhaustiva que se llevara a cabo por la fiscal instructora en el procedimiento de menores. Y todo ello 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 sobre unos mismos hechos, supuesto sobre el que existen escasísimos pronunciamientos jurisprudenciales, dificultad puesta de manifiesto desde el primer momento por esta Fiscalía y reflejada en la Memoria de la Fiscalía General del Estado de 2010 y admitida por el juzgado al inicio de su fundamento de derecho tercero.

Y las alternativas en esta difícil disyuntiva, eran o bien reiterar ante la fiscal instructora todas y cada una de las pruebas practicadas ante el juez de instrucción, de forma no contradictoria evidentemente al no participar en las mismas el letrado del menor que no era parte en la referida causa, o incorporar dichas pruebas mediante testimonio al Expediente de Reforma y someter a las mismas a la efectiva contradicción de las partes en el presente procedimiento en el acto del plenario, tal y como, por otra parte se hace habitualmente en estos supuestos.

Y la decisión adoptada fue la segunda por una única y exclusiva razón, la Fiscalía entendió que duplicar la instrucción de una misma causa ya de por sí complejísima solo podría llevar a resultados nefastos para el éxito de la investigación, esto es para determinar los hechos realmente sucedidos en el domicilio de León XIII en la noche del 24 y en la madrugada del 25 de enero de 2009 y, de forma derivada, cual era el lugar donde los imputados habían ocultado el cuerpo de la menor para intentar recuperar el mismo, eso sí, compatibilizando este fin último con un escrupuloso respeto a los derechos de todas las partes del procedimiento, tanto a los del menor imputado como a los de la familia de la víctima. Duplicar todas y cada una de las pruebas practicadas por el juez de instrucción solo habría

conseguido llevar al paroxismo la ya compleja instrucción del procedimiento sin aportar al mismo sino nuevos elementos de confusión.

Y entendimos que dicha decisión se debía extender absolutamente a todas las pruebas que se practicaran en el referido procedimiento y que solo debían llevarse a cabo en la instrucción del procedimiento de menores aquellas que por afectar exclusivamente al menor no se practicaran por el juez de instrucción.

Durante la fase de Instrucción ninguna de las partes personadas desde un primer momento, solicitó que se llamara a declarar como testigos a ninguno de los imputados en el procedimiento de adultos. No lo hizo la acusación particular y tampoco lo hizo el abogado del menor que pudo en este momento solicitar dicha declaración para poder realizar al testigo las preguntas que estimase oportunas en relación con la declaración inculpatoria que había realizado ante el juez de instrucción y que tampoco lo considero conveniente. .”

4.5°. -DECLARACIONES DE TESTIGOS

En este punto, optamos por traer mediante testimonio las declaraciones prestadas por los testigos en el procedimiento de adultos y realizar ante la Fiscal de Menores sólo aquellas que afectaban exclusivamente al menor y que consistieron básicamente en la declaración de todas aquellas personas con las que, según su versión, había estado el menor a la hora en que, presuntamente, se había cometido la violación, el asesinato y posteriormente la desaparición del cuerpo de la menor.

En este punto no hubo ningún problema porque en ambos enjuiciamientos se llamo a todos los testigos (a los que habían declarado ante el juez de instrucción y ante la fiscal de menores) y en caso de discrepancia, se permitió dar lectura a sus declaraciones al amparo de lo dispuesto en el art. 714 LECrim y preguntar sobre las contradicciones que, en algunos casos se apreciaron, dando todos los tribunales por válidos dichos testimonio , postura esta que diverge de la adoptada respecto a la prueba de la declaración del imputado mayor de edad penal que asimismo ostentaba la condición formal de testigo en nuestro procedimiento.

4.6°.- DILIGENCIAS DE PRUEBA RESTRICTIVAS DE DERECHOS FUNDAMENTALES

De conformidad con lo establecido en el art.26.3 LORPM si las diligencias de prueba propuestas por alguna de las partes afectaran a derechos fundamentales del menor o de otra persona, el Fiscal de estimar oportuna la solicitud la solicitará al Juez de Menores, siendo el Juez de Instrucción el legitimado para adoptarlas en el procedimiento de adultos bien de oficio, bien a instancia de parte.

La dualidad de procedimientos puede suponer que algunas de estas pruebas consideradas pertinentes por el juez de Instrucción, no lo sean para el Juez de Menores o viceversa.

En el caso que nos ocupa, el Juez de Instrucción acordó la interceptación y grabación de las comunicaciones telefónicas de todos los implicados, pero el Juez de Menores, ante la petición del Fiscal basada en los mismos argumentos aducidos por el Juez de Instrucción en sus resoluciones, la denegó respecto al menor, lo que obligó al Fiscal a recurrir en apelación, siendo admitida la misma por la Audiencia que acordó la procedencia de las diligencias solicitadas por el Fiscal.

4.7º. - DILIGENCIAS DE PRUEBA PERICIAL

En este caso, las pruebas periciales realizadas, fueron remitidas directa y simultáneamente tanto al Juez de Instrucción como al Fiscal de Menores e incorporadas a cada uno de los procedimientos, siendo posteriormente practicadas en los respectivos actos de Audiencia y Juicio.

5.-PROBLEMAS EN FASE DE ENJUICIAMIENTO

5.1º.-OBJETO DE DEBATE

En este punto se trata de analizar que tiene que ser objeto de enjuiciamiento en el procedimiento penal que afecta al menor , y aunque todas las posturas fueron coincidentes a la hora de establecer que sólo era objeto de enjuiciamiento los hechos cometidos por el menor , la redacción de los hechos probados y la valoración de la prueba pusieron de manifiesto que era imposible llevar a cabo esa determinación sin entrar también a valorar las pruebas atinentes a los otros partícipes y a reflejar las conclusiones probatorias a que se había llegado tanto en los hechos probados como en la calificación de los hechos .

5.1.a) Criterio del juez de menores

“**PRIMERO-** Como consideraciones previas a la resolución de fondo sobre los hechos que son objeto de enjuiciamiento en el presente expediente de reforma este juzgador estima adecuado realizar una serie de precisiones iniciales. La primera de ellas es que estamos en presencia de un procedimiento penal de menores en el que únicamente se va a juzgar 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 (en adelante LORRPM) sin que sea labor encomendada por la ley a este juzgador establecer la culpabilidad o la inocencia de las personas mayores de edad que presuntamente participaron en la muerte, violación y desaparición de M. Y asimismo debe señalarse que en el procedimiento penal de menores predomina o tiene especial incidencia la finalidad reeducativa del menor y no tanto la sancionadora (como sucede en el ámbito de la jurisdicción de adultos) pero ello no implica que no deban aplicarse estrictamente todas las garantías constitucionales.”

5.1.b) Criterio de la sección tercera de la audiencia provincial de sevilla

“**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 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 del C..”

5.2º.-DECLARACIÓN DE LOS COIMPUTADOS EN LOS DISTINTOS PROCEDIMIENTOS Y VALORACIÓN DE LA MISMA.

Este fue el punto más controvertido aparentemente , porque tanto el juez de Menores como la Sección de la Audiencia que resolvió los recursos de apelación de las partes, establecieron que la declaración prestada por el coimputado mayor de edad penal en el procedimiento de adultos en la que inculpaba al menor en los delitos de agresión sexual y asesinato “ carecía de eficacia probatoria” porque no había estado presente el letrado del menor y por lo tanto había habido una clara vulneración del principio de contradicción . Sin embargo , tanto el juez como la Sala , tras unos amplísimos fundamentos de derecho dedicados a esta cuestión y al estudio pormenorizado de la jurisprudencia aplicable según su criterio al caso , en los siguientes fundamentos de derecho entran en el análisis de todas y cada una de las pruebas que se practicaron en ambos procedimientos , incluso de aquellas que no fueron introducidas por ninguna de las partes de en al acto de la Audiencia al amparo de lo dispuesto en el art. 714 LECrim , tal y como hizo el fiscal con la del imputado mayor de edad

penal. La posición del fiscal también queda detalladamente expuesto en la alegación de su escrito de interposición del recurso de apelación que transcribimos a continuación.

5.2.a).- Criterio del Juez de Menores.

“La defensa del menor acusado alegó en el acto de la audiencia como cuestión previa y, como tal debe ser analizada y resuelta por este juzgador, la nulidad de todas las pruebas testificales (incluida la que ahora analizamos) así como de la reconstrucción de hechos efectuada por el menor acusado en el procedimiento seguido ante la jurisdicción de adultos por haber sido practicadas o realizadas sin la presencia del representante legal del menor y sin la presencia del Letrado de menor. Este juzgador considera que la cuestión previa alegada no debe ser analizada desde el punto de vista de la nulidad de actuaciones sino desde el punto de vista de la eficacia probatoria que debe darse a las mismas y; en especial; a la declaración prestada por el co-imputado mayor de edad Miguel C. en fecha de 17 de marzo de 2009 ante el Juzgado de Instrucción nº 4 de Sevilla sin perjuicio de aclarar que únicamente se ha de estudiar en la presente resolución la eficacia probatoria de la mencionada declaración en cuanto afecta al menor aquí acusado ya que la eficacia probatoria que dicha declaración pueda tener para el co-imputado mayor de edad deberá ser estudiada y analizada por el Tribunal que en su día sea designado y encargado del enjuiciamiento del procedimiento en la jurisdicción de adultos.

Es doctrina consolidada y reiteradamente proclamada tanto por el Tribunal Constitucional como por el Tribunal Supremo (STC de 18 de junio de 2001 EDJ 2001/13843 y SSTS de fecha 20 de septiembre de 1996 EDJ 1996/5836 y de 5 de noviembre de 1996 EDJ 1996/7509, de 4 de febrero de 1997 EDJ 1997/1836, 18 de marzo de 1997 EDJ 1997/1841 y de 30 de mayo de 1997 EDJ 1997/5129, así como de fecha 23 de junio de 1999 EDJ 1999/16881 y de 26 de julio de 1999 EDJ 1999/26190 así como de 3 de noviembre de 2000 EDJ 2000/41125 y la más reciente de fecha 22-09-2010) que, en principio, únicamente pueden ser consideradas como auténticas pruebas que vinculen al Tribunal encargado de dictar sentencia para desvirtuar el derecho a la presunción de inocencia y fundar la declaración de culpabilidad las practicadas en el juicio oral (en el acto de la audiencia en el caso de la jurisdicción de menores) pues el procedimiento probatorio ha de tener lugar necesariamente en el debate contradictorio que en forma oral se desarrolla ante el mismo Juez o Tribunal sentenciador 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. Por el contrario las diligencias sumariales son actos de investigación encaminados a la averiguación del delito e identificación del delincuente (artículo 299 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 16.2 de la LORRPM que alude a que el Ministerio Fiscal practicará las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y de la responsabilidad del menor en su comisión) y no constituyen en sí mismas pruebas de cargo pues su finalidad específica no es la fijación definitiva de los hechos para que éstos trasciendan a la resolución judicial definitiva sino la de preparar el juicio oral proporcionando a tales efectos los elementos necesarios para la acusación y defensa y para la dirección del debate contradictorio atribuido al juzgador.

No obstante lo anterior la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional (STC 10/1992 de 16 de enero, 187/2003 de 27 de octubre, 344/2006) y del Tribunal Supremo ha venido señalando que tal criterio o regla general 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 Española y el ordenamiento procesal establecen siempre que puedan constatar en el acto de la vista (audiencia en el caso de menores) y en condiciones que permitan a la defensa del acusado someterlas a contradicción. La jurisprudencia del Tribunal Supremo (sentencias recientes de fechas 30 de junio de 2008 y 22-09-2010 invocando la STC de fecha 18 de junio de 2001 EDJ 2001/13843 así como otras de fecha 28 de enero de 2002 12/2002, de fecha 28 de abril de 2003 80/2003 o de 7 de noviembre de 2005 280/2005) ha concretado los requisitos que han de concurrir para valorar como prueba las diligencias practicadas en fase de instrucción:

A/ Materiales: que versen sobre hechos que, por su fugacidad o por otros motivos, no puedan ser reproducidos el día de la celebración del juicio oral.

B/ Subjetivos: que son la necesaria intervención del Juez del Instrucción (o Ministerio Fiscal en el caso de la jurisdicción de menores).

C/ Objetivos: que son que se garantice la posibilidad de contradicción y la asistencia letrada al imputado a fin de que pueda interrogar al testigo o coimputado.

D/ Formales: que son la introducción del contenido de la declaración sumarial a través de la lectura del acta en que se documenta conforme al artículo 714 y 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

La jurisprudencia de ambos Tribunales sigue señalando la importancia que tiene la trascendencia de la garantía de contradicción cuando se pretende dar eficacia probatoria a una diligencia o declaración sumarial señalando 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 EDJ 2001/13845) 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 EDJ 1997/5383). La posibilidad de contradicción es, por tanto, una de las reglas esenciales del desarrollo del proceso (SSTC 41/1997 de 10 de marzo EDJ 1997/483, 218/1997 de 4 de diciembre EDJ 1997/8340, 138/1999 de 22 de julio EDJ 1999/19190 y 91/2000 de 30 de marzo EDJ 2000/3822) 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 (SSTC 200/1996 de 3 de diciembre EDJ 1996/9677, 40/1997 de 27 de febrero EDJ 1997/146 y 94/2002 de 22 de abril EDJ 2002/11285) ya de los supuestos en que, conforme a los artículos 714 y 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, se pretende integrar en la valoración probatoria el contenido de las manifestaciones sumariales del testigo o del co-imputado o ya hablemos, propiamente y por último, de las manifestaciones prestadas en el juicio oral (SSTC 155/2002 de 22 de julio EDJ 2002/27981 y 344/2006 de 11 de diciembre EDJ 2006/330596). Este criterio de respeto al principio de contradicción afecta especialmente a las declaraciones de los testigos o co-imputados de cargo, puesto que el derecho de la defensa a interrogar a éste forma parte esencial del derecho de defensa según el artículo 6.3 d/ del Convenio de Roma de 1.950 y el artículo 14.3 e/ del Pacto de Nueva York o Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 que conceden a todo acusado, como mínimo y entre otros, “el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos (aplicable también a los co-imputados) que declaren contra él” (SSTS de 18 de marzo de 1997 EDJ 1997/1841 o de fecha de 17 de diciembre de 1998 EDJ 1998/30962). Por esta razón la doctrina jurisprudencial exige como requisito necesario para elevar a la categoría de prueba la diligencia de contenido incriminatorio practicada en fase de instrucción que se garantice la contradicción, siempre que sea factible, es decir, que la defensa del acusado pueda intervenir eficazmente en la práctica de dicha diligencia ejerciendo suderecho a la contradicción interrogando al testigo o co-imputado de cargo. 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 artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (Convenio de Roma de 1950), 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” (STEDH de 20 de noviembre de 1989 caso Kostovski, STEDH de 15 de junio de 1992 caso Ludi o STEDH de 23 de abril de 1997 caso Van Mechelen).

Como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha declarado y así recoge también nuestro Tribunal Constitucional (SSTC 209/2001 de 22 de octubre EDJ 2001/38134, 148/2005 de 6 de junio EDJ 2005/96381, 1/2006 EDJ 2006/761 o 344/2006 de 11 de diciembre de 2006) los derechos de defensa se restringen de forma incompatible con las garantías del artículo 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, es decir, una declaración realizada en el sumario o fase de instrucción sin contradicción y sin que esta posibilidad de contradicción haya tenido lugar en el acto del juicio oral y sin que, en ambos casos el déficit o falta 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 o la consignación de las preguntas que quisieron hacerse al testigo o co-imputado de cargo ya que ello sólo posibilita una contradicción muy limitada y es insuficiente para reparar el vicio de origen del testimonio de cargo (SSTC 40/1997 de fecha 3 de diciembre EDJ 1997/146, 12/2002 de 28 de enero EDJ 2002/3356, 187/2003 de fecha 27 de octubre entre otras que siguen un criterio invariable).

Asimismo debe señalarse que la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha señalado los supuestos en que la falta o déficit de contradicción es imputable exclusivamente a la defensa del acusado como son los casos de el letrado del demandante y los defensores del resto de los imputados que estuvieron presentes en la declaración sumarial que incriminaba al demandante y si no formularon preguntas fue debido o su pasividad (STC 2/2002 de 14 de enero) o el supuesto de que la declaración sumarial del coimputado que incriminaba al demandante de amparo fue prestada antes de que éste se personara en la causa debido a que se encontraba huido (STC 80/2003 de 28 de abril.)

Todas estas apreciaciones y consideraciones jurisprudenciales son aplicables en su integridad a la jurisdicción de menores máxime cuando 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.

Aplicando la anterior doctrinal jurisprudencial al supuesto que nos ocupa se ha de llegar a las siguientes conclusiones:

A/ En primer lugar 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 coimputado (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 puede afirmarse sin género de dudas que ostenta la condición de imputado ya que lo relevante no es si aparece formalmente como testigo o co-imputado en uno u otro procedimiento sino su relación material con los hechos que se han de juzgar y, en tal sentido, si es co-partícipe 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. En estos casos, considera este juzgador que las exigencias del derecho de defensa hacen aún más necesario garantizar o posibilitar la contradicción ya que los testimonios provienen de co-imputados que han declarado sin obligación de decir verdad y sin haber prestado previamente juramento.

B/ En segundo lugar debe señalarse que se trata de una declaración prestada por el co-imputado Miguel C. ante el Juzgado de Instrucción nº 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 co-imputado durante dicha declaración.

C/ En tercer lugar debe señalarse que 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 co-imputado sino de los demás) es incorporada al expediente de reforma mediante la remisión del correspondiente testimonio de la mencionada declaración 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. Es en este punto en el que este juzgador no entiende la actuación de la Fiscalía de Menores a la que el artículo 16 de la LORRPM no sólo atribuye la instrucción de los procedimientos por delitos cometidos por menores de edad practicando las diligencias que estime pertinentes para la comprobación del hecho y la responsabilidad del menor en su comisión sino que el artículo 6 de la mencionada Ley le reconocen las leyes, así como la vigilancia de las actuaciones que deban efectuarse en su interés y la observancia de las garantías del procedimiento.

No se comprende por este juzgador cómo la Fiscalía de Menores se limita a la incorporación del correspondiente testimonio que contiene la declaración del co-imputado mayor de edad cuando dicha declaración practicada en el procedimiento de mayores sin la asistencia del Letrado del menor por no ser parte en dicho procedimiento supone para el menor acusado una modificación sustancial de su posición en el expediente de reforma y se le atribuyen la comisión de delitos gravísimos como son el asesinato de una persona y dos delitos de agresión sexual. La Fiscalía de Menores, en opinión de este juzgador, debió proceder en fase de instrucción a la inmediata reparación o subsanación de este vicio con la simple declaración del co-imputado Miguel C. (también debió hacerlo con la declaración del co-imputado Samuel B.) en el expediente de reforma seguido contra el menor acusado garantizando o, cuando menos, dando una ocasión suficiente y adecuada al abogado del menor acusado de haber podido realizar al co-imputado mayor de edad las preguntas que hubiera estimado oportunas en ejercicio de su derecho de defensa máxime cuando el co-imputado mayor de edad no se ha acogido nunca a su derecho a no declarar en fase de instrucción habiendo dado siempre una versión de los hechos con independencia de la mayor o menor credibilidad y no existían motivos para pensar que no lo iba a hacer en fase de instrucción en el expediente de reforma y máxime cuando, a diferencia de la actuación instructora realizada por Fiscalía de Menores, se puede observar cómo el Juez de Instrucción sí procede en sus diligencias previas a tomar directamente declaración al menor aquí acusado advirtiendo previamente al mismo de sus derechos y con citación de todas las partes (acusaciones y defensas correspondientes) para que pudieran efectuar las preguntas que tuvieran por conveniente al menor acusado salvando de esta forma la garantía de contradicción como pilar básico del derecho de defensa e incluso procede a practicar una diligencia de careo entre el menor acusado y el co-imputado mayor de edad.

Cabe preguntarse si existió alguna causa legítima y justificada que impidiera al Ministerio Fiscal tomar declaración al co-imputado Miguel en el expediente de reforma con citación de la defensa del menor acusado y la respuesta, en opinión de este juzgador, es negativa. El co-imputado mayor de edad ha estado siempre perfectamente localizado ya que se encuentra en situación de prisión provisional por estos mismos hechos en la jurisdicción de adultos y su comparecencia en Fiscalía de Menores hubiera resultado posible sin mayores problemas, asimismo el Ministerio Fiscal contó con tiempo más que suficiente para subsanar el déficit de contradicción que se producía en la declaración prestada en la jurisdicción de adultos por el co-imputado (la declaración del coimputado tuvo lugar en fecha de 17 de marzo de 2009 y el escrito de alegaciones del Ministerio Fiscal no se presenta hasta el día 8 de junio de 2010) y asimismo era previsible que este co-imputado se acogiera a su derecho a no declarar en el acto de la audiencia dada la posición que ocupan en el procedimiento de menores y su asistencia al acto de la audiencia sin asistencia letrada. Asimismo considera este juzgador que la existencia de dos procedimientos de instrucción distintos sobre los mismos hechos (un expediente de reforma para el menor acusado y unas diligencias previas para los imputados mayores de edad) tampoco justifica la actuación instructora del Ministerio Fiscal ya que, resulta obvio y se llegaría al absurdo, si se repitieran en los dos procedimientos diligencias de instrucción que tienen un marcado carácter objetivo como pueden ser, a título de ejemplo, diligencias de recogida de huellas o informes periciales de análisis de restos biológicos o similares en los que la falta de contradicción en fase de instrucción se subsana en el acto de la audiencia con la declaración testifical o pericial de los agentes que las practicaron e, incluso, puede admitirse que no se dupliquen determinadas declaraciones testificales en las que igualmente se puede subsanar la falta de contradicción en el

acto de la audiencia ya que los testigos tienen obligación de declarar en el acto de la audiencia. No obstante lo anterior; el caso que nos ocupa no es lo mismo ya que se trata de la declaración de un co-imputado que se convierte además en la principal prueba de cargo contra el menor acusado y cuya práctica en el expediente de reforma garantizando el principio de contradicción fue totalmente posible o factible y además era perfectamente previsible la posterior conducta de este co-imputado mayor de edad en el acto de la audiencia.

D/ En el acto de la audiencia el co-imputado 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.

Por todo lo expuesto; este juzgador puede concluir que la declaración del coimputado mayor de edad Miguel C. prestada ante el Juzgado de Instrucción nº 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 coimputado 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. “

.2.b) Criterio del Fiscal

El Fiscal , en su escrito interponiendo recurso de apelación contra la sentencia del Juez de Menores , abordaba esta cuestión en los siguientes términos :“ PRIMERA .Validez de la declaración prestada por el imputado mayor de edad Miguel Carcaño ante el Juzgado de Instrucción nº 4 de Sevilla el 17 de marzo de 2009 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 lo dispuesto en el art. 714 LECrim con las exigencias establecidas por la doctrina del Tribunal Constitucional .

Efectivamente ,en primer lugar vamos a referirnos a las alegaciones contenidas en el fundamento de derecho segundo de la sentencia en relación a la eficacia probatoria de la declaración prestada por el imputado mayor de edad penal Miguel Carcaño ante el Juez de Instrucción nº 4 de Sevilla.

Comienza el análisis el juzgador resolviendo la cuestión previa planteada por la defensa del menor al solicitar en esta sede la nulidad de las testificales y la reconstrucción de hechos realizadas ante el juez de instrucción alegando (y reproducimos literalmente lo alegado por la defensa) “ que se han aportado como prueba documental y que fueron realizadas en el Juzgado de Instrucción nº 4 de Sevilla por vulnerar la tutela jurídica y crear indefensión . En todas estas declaraciones así como en la reconstrucción de hechos , el menor no pudo gozar ni siquiera del letrado que lo defendiera , no estuvo presente ninguno de sus progenitores y tampoco hubo un fiscal encargado de lo mismo , el único fiscal que estuvo en su momento presente en aquellas era el fiscal acusador , el que representaba al Estado . Y en esto es muy clara prácticamente toda la legislación : el art. 433 ,consideramos que se vulnera también el art. 24 de la Constitución Española y la circular 3/2009 sobre protección de menores víctimas y testigos. Para cualquiera de ellas , en cualquier declaración donde un menor la otorga tiene que haber presente si no uno de sus progenitores , si un fiscal que lo tutele y en su caso un letrado .Ninguno de ellos fueron y consideramos por tanto que se debe decretar la nulidad de las mismas , tenerlas por no puestas y por supuesto que no se traigan a este procedimiento “.

En base a esta pretensión el juzgador pasa a analizar la validez y eficacia probatoria de la declaración prestada por el imputado mayor de edad penal el 17 de marzo de 2009 en base a argumentos distintos completamente a los esgrimidos por la defensa del menor .

En este extensísimo fundamento de derecho el juzgador hace un análisis de por que debe entenderse que dicha declaración fue prestada en fase de instrucción sin efectiva contradicción al no haberse realizado en presencia del letrado del menor ,pero no recoge en el referido fundamento jurídico el hecho de que el defecto de falta de contradicción fue subsanado en el acto del plenario al solicitarse por el Ministerio Fiscal la introducción de la referida declaración y de la reconstrucción de hechos realizada por el imputado Miguel Carcaño el día 17 de marzo de 2009 de conformidad con las exigencias establecidas por el Tribunal Constitucional para considerar que una declaración ha sido introducida en el acto de juicio oral con respeto a los principios de publicidad , intermediación y contradicción , esto es , solicitando después de que el imputado mayor de edad penal (testigo en el procedimiento de menores) se negara a declarar y al amparo de lo dispuesto en el art. 714 de la LECrim que se procediera a la lectura de la declaración imputado mayor de edad penal ante el juez de Instrucción el 17 de marzo de 2009 y al visionado de la reconstrucción de hechos realizada por el mismo y se consignaran las preguntas que las partes tenían intención de realizar al imputado , llevándose a efecto efectivamente dicha lectura y dicho visionado y consignándose después todas las preguntas que las partes tuvieron a bien hacer (incluida la defensa) sin que en ese momento se opusiera objeción alguna ni por la defensa ni por el juzgador a que se llevara a efecto la práctica de dicha prueba en los términos solicitados por el Fiscal.

Y es en este momento cuando conviene explicar las razones que llevaron a la Fiscalía a no reiterar las diligencias de prueba practicadas en sede de la jurisdicción de mayores y consecuentemente a no citar a declarar a los imputados mayores de edad penal durante la fase de instrucción del Expediente de Reforma y llamarlos directamente al acto del plenario .
(.....)

Durante la fase de Instrucción ninguna de las partes personadas desde un primer momento , solicitó que se llamara a declarar como testigos a ninguno de los imputados en el procedimiento de adultos .No lo hizo la acusación particular y tampoco lo hizo el abogado del menor que pudo en este momento solicitar dicha declaración para poder realizar al testigo las preguntas que estimase oportunas en relación con la declaración inculpatoria que había realizado ante el juez de instrucción y que tampoco lo considero conveniente.

En el plenario el Fiscal solicitó la introducción de la declaración del imputado mayor de edad penal Miguel Carcaño ante el juez de Instrucción el día 17 de marzo de 2009 y la reconstrucción de hechos llevada a cabo por el mismo ese mismo día por la vía del art. 714 LECrim , petición a la que ninguna de las partes opuso objeción alguna y que se acepto asimismo por el juzgador que procedió a dar lectura de la referida declaración y acordó el visionado del cd en que se había grabado la reconstrucción de hechos realizada por el mismo imputado y posteriormente permitió que las partes consignaran las preguntas que tenían intención de hacer y que efectivamente quedaron consignadas en acta , formulándose tanto por las acusaciones como por el letrado del menor las preguntas que estimaron oportunas y que sirvieron de base a la posterior valoración que de las mismas hizo cada una de las partes en el informe final , las acusaciones para argumentar su credibilidad y la defensa para desvirtuarla alegando el motivo espureo del afán de venganza del imputado mayor de edad penal contra el menor por cuanto este había implicado en los hechos a su hermano lo que demuestra que la contradicción exigida por el Tribunal Constitucional para admitir la validez de las pruebas practicadas en el plenario fue efectiva y real.

En apoyo de nuestra postura ,hemos de hacer referencia entre otras a la sentencia del tribunal constitucional 206/03 que contempla un supuesto muy similar al presente por cuanto analiza la validez de las declaraciones de un menor ante la policía y ante el fiscal de menores estando presente su letrado pero no los letrados de los mayores de edad que no eran parte en

el referido procedimiento, que no fueron ratificadas ante el juez y que sin embargo sirvieron de base a la sentencia condenatoria :

“c) ciertamente, los límites subjetivos del expediente de menores, circunscrito a la comprobación del hecho y de la participación de los menores, dificultan la contradicción en cuanto a los copartícipes en los hechos mayores de edad, pero "la doctrina de este tribunal nunca ha exigido que la declaración sumarial con la que se confronta la distinta o contradictoria manifestación prestada en el juicio oral haya debido ser prestada con contradicción real y efectiva en el momento de llevarse a cabo, pues cumplir tal exigencia no siempre es legal o materialmente posible. es la posterior posibilidad de confrontación en el acto del juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción y suple cualquier déficit que, conforme a las previsiones legales, haya podido observarse en la fase sumarial" (stc 155/2002, de 22 de julio, fj 10).

En estos términos, ha de admitirse la aptitud constitucional de la declaración del menor ante el fiscal de menores para incorporarse por la vía del art. 714 lecrim al acervo probatorio a tener en cuenta por el juzgador a la hora de formar su convicción, garantizándose de este modo la triple exigencia constitucional de toda actividad probatoria: publicidad, contradicción e inmediación (por todas, sstc 2/2002, de 14 de enero, fj 6; 155/2002, de 22 de julio, fj 10). y, como señalábamos en esta última sentencia, si se cumplen las exigencias reseñadas, "el órgano sentenciador se encuentra ante pruebas válidas y puede dar credibilidad a uno u otro testimonio y fundar sobre él la condena, ya que la defensa puede impugnar su contenido haciendo a su respecto las alegaciones que tenga por oportunas" (stc 155/2002, fj 10 y todas las allí citadas).

A esta sentencia debemos añadir la que el propio juzgador cita en su fundamento jurídico cuarto , STS de 28 de noviembre de 2007 que resalta , citando la doctrina del Tribunal Constitucional “ es la posterior posibilidad de confrontación en el acto de juicio oral la que cumple la exigencia constitucional de contradicción” de modo que “ no existe vulneración del principio de contradicción cuando aún existiendo una falta de contradicción inicial esta tiene lugar con posterioridad de modo que se posibilita posteriormente un ejercicio suficiente del derecho de defensa (STC 187/2003 de 27 de octubre y STC 1/2006)

Así pues , entendemos que una vez introducida de manera contradictoria dicha declaración en el plenario, debe considerarse como válida como prueba de cargo la declaración prestada por el coimputado en fase sumarial aunque se haya acogido a su derecho a no declarar en el acto del plenario , y en este sentido establece el tribunal constitucional entre otras muchas en la sentencia 220/09 de 21 de diciembre en su fundamento jurídico octavo lo siguiente :

“8. 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) 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, 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.

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 la defensa del 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 lo demás, y desde la perspectiva constitucional que nos compete, lo único que resulta relevante es que tales declaraciones sumariales inculcatorias 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), encontrándose el órgano judicial ante pruebas de cargo válidas en las que podía sustentar la condena (por todas, sstc 2/2002, de 14 de enero, fj 6; 155/2002, de 22 de julio, fj 10; 38/2003, de 27 de febrero, fj 7; 142/2006, de 8 de mayo, fj 3; 29/2008, de 20 de febrero, fj 5).

En efecto, al igual que sucedió en los casos de las sentencias citadas -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 inmediación, 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 inculcatorio 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".

5.2.c) Criterio de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla .

“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, nº 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 imputado, 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 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 (RTC 2002, 155) (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 [RTC 1988, 176] ; 122/1995, de 18 de julio [RTC 1995, 122] ; y 76/1999, de 26 de abril [RTC 1999, 76]), 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 (RCL 1999, 1190, 1572) 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 (RCL 1977, 893) (STC 10/1992, de 16 de enero [RTC 1992, 10] , y 64/1994, de 28 de febrero [RTC 1994, 64]). Al contenido de esta última facultad se refirieron las SSTC 2/2002, de 14 de enero (RTC 2002, 2) , F. 4, y 57/2002, de 11 de marzo (RTC 2002, 57) , 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 nº 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 (LEG 1882, 16) , pero no del defensor de Jose Francisco . Fue en la citada indagatoria cuando implicó a Jose 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 Jose Francisco .

Queda claro que este letrado nunca pudo interrogar a Marta . Recordamos aquí que el Convenio de Roma de 4.11.1950 (RCL 1979, 2421) 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 (RCL 1977, 893) ; 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 (RJ 1997\153) y la STS 2ª 1523/1999 (RJ 1999\8713), 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 (RJ 1998\9791) en que, sobre la base doctrinal de la STEDH de 20-9-1993, recaída en el caso Saïdi c/ 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 sometándolo 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, nº 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 intermediación, 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 C. ante el Juzgado de Instrucción nº 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 y 4) En el acto de la audiencia Miguel C., 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 C. 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 C. prestada ante el Juzgado de Instrucción nº 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 C., 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 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 inculpatoria 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.”

5.2.d.- Criterio de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla .

En la jurisdicción de adultos la cuestión a dilucidar era la posición procesal del menor de edad ya condenado y el valor de las declaraciones prestadas por el mismo en fase de instrucción .En su sentencia la Sección 7ª de la Audiencia Provincial de Sevilla establecía en su fundamento jurídico segundo al analizar la cuestión de inconstitucionalidad de la acusación particular que : “En cuanto a la posición procesal del partícipe en el mismo delito que ya ha sido juzgado con anterioridad ha sido resuelta por el acuerdo jurisdiccional ya citado. También se refiere a ella la ya mencionada sentencia del T.C. de 4 de julio de 2011 que establece:

"Por otra parte, en relación con la suficiencia de las declaraciones de los imputados para enervar la presunción de inocencia, hemos resaltado (entre otras, SSTC 34/2006, de 13 de febrero, FJ 2 y 102/2008, de 28 de julio, FJ 3) que éstas no poseen solidez plena como prueba de cargo suficiente cuándo, siendo únicas, no están mínimamente corroboradas por algún hecho, dato o circunstancia externa, y ello porque el imputado, a diferencia del testigo, no tiene la obligación de decir la verdad sino que, por el contrario, le asiste el derecho a guardar silencio total o parcialmente y no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad (SSTC 147/2004, de 13 de

septiembre, FJ 2; 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1; 170/2006, de 5 de junio, FJ 4, de 3 de julio, FJ 4). Esta exigencia de refuerzo, por otra parte, no está prefijada en términos generales, sino que se deja a la casuística la determinación de los casos en que puede estimarse que existe esa mínima corroboración, por lo que ha de atenderse a las circunstancias presentes en cada supuesto particular. Según esta doctrina, además, esa mínima corroboración ha de recaer, precisamente, sobre la participación del acusado en los hechos punibles que el órgano judicial hubiera considerado probados (SSTC 340/2005, de 20 de diciembre, FJ 2 y 277/2006, de 25 de septiembre, FJ 2), resultando que los elementos de corroboración han de hallarse expuestos en las resoluciones judiciales recurridas como fundamentos probatorios de la condena (SSTC 91/2008, de 21 de julio, FJ 3 y 102/2008, de 28 de julio, FJ 3).

Sin que se pueda afirmar que en el presente caso no resulta de aplicación la referida doctrina sobre la necesidad de esta corroboración de la declaración del coimputado por el hecho de que D. Luis, cuyo testimonio incriminatorio se pondera como elemento de prueba para la condena del recurrente, no haya sido enjuiciado en esta causa al haber sido ya condenado por Sentencia firme en un procedimiento anterior.

En efecto, nuestra doctrina ha venido considerando la declaración de un coimputado en la causa como “una prueba sospechosa” (entre otras, SSTC 30/2005, de 14 de febrero, FJ 4 y 102/2008, de 28 de julio, FJ 3), que despierta una “desconfianza intrínseca” (STC 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 5), por lo que hemos venido disponiendo una serie de cautelas, como ya hemos dicho, para que esta declaración alcance virtualidad probatoria, en concreto “un plus probatorio consistente en la necesidad de una corroboración mínima de la misma” (STC 142/2006, de 8 de mayo, FJ 3). De esta forma, la problemática de este tipo de declaraciones ha sido abordada por este Tribunal Constitucional desde el trascendental aspecto de su credibilidad y eficacia probatoria como prueba de cargo para desvirtuar el derecho constitucional a la presunción de inocencia, cuidando de garantizar los derechos del acusado que podría ser condenado en base al contenido de las mismas.

Desde esta perspectiva, la cuestión nuclear que ha de resolverse, conforme con los valores y principios constitucionales a cuya preservación se dirige la anterior doctrina, no es tanto si la persona citada a declarar por el Tribunal ha sido o no parte en la causa que entonces se enjuicia, sino si ésta fue o no partícipe en los hechos, pues es evidente que la coparticipación en el delito (por los sentimientos e intereses que pueden haber surgido desde su comisión) es un dato relevante a tener en cuenta para ponderar la credibilidad de su testimonio. En consecuencia, aun cuando una mera concepción formal de la condición de coimputado conllevaría que la exigencia de la mínima corroboración de su declaración sólo fuese aplicable a quien fuese juzgado simultáneamente en el mismo proceso, esto es, a quien tiene la condición formal de coacusado, hemos de extender esta garantía de la mínima corroboración de la declaración incriminatoria también a los supuestos en los que tal declaración se presta por quien fue acusado de los mismos hechos en un proceso distinto y que, por esta razón, comparece como testigo en un proceso posterior en el que se juzga a otra persona por su participación en la totalidad o parte de estos hechos, como ocurre en el caso sometido a nuestra consideración.”

En suma, tanto el T.S. como el T.C. han situado la posición procesal del copartícipe juzgado en otro tribunal en el juicio oral de otro coimputado como la de testigo como los requisitos o parámetros exigibles para que puedan ser consideradas prueba de cargo sus manifestaciones.”

6º.- EFICACIA DE LA SENTENCIA FIRME DICTADA EN EL PROCEDIMIENTO DE MENORES RESPECTO AL ULTERIOR ENJUICIAMIENTO EN EL PROCEDIMIENTO ORDINARIO RESPECTO DE LOS MAYORES DE EDAD Y VICEVERSA.

Respecto a esta crucial cuestión debemos recordar que la jurisprudencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de forma reiterada, ha venido señalando que lo resulto y probado en un proceso penal no vincula a los jueces y tribunales que enjuicien posteriormente los mismos hechos, salvo el efecto negativo de la cosa juzgada que impide volver a enjuiciar a una persona por los mismos hechos.

En este sentido la STS de 4 de julio de 2006, resume la doctrina jurisprudencial sentada por la Sala Segunda del Tribunal Supremo sobre la eficacia en un procedimiento penal de las sentencias dictadas en otros procedimientos en los siguientes términos: “*Esta Sala viene declarando que no vincula el contenido de otra sentencia dictada en el mismo u otro orden jurisdiccional, dejando a salvo los supuestos de cosa juzgada. En efecto, los testimonios o certificaciones judiciales ajenas, acreditan que se ha dictado determinada sentencia o resolución, pero de ninguna manera hacen fe del acierto de lo resulto ni de la veracidad de lo en ellas contenido, de modo que lo resulto por un Tribunal, excepto en los supuestos de cosa juzgada material, no vincula ni condiciona a otro, el cual con soberano criterio y plena libertad de decisión puede aceptar como definitivo lo ya resuelto, o por el contrario llegar a conclusiones distintas, y en tales supuestos no puede extrapolarse las valoraciones o apreciaciones de los jueces, pues de lo contrario se incurriría en una interferencia en la apreciación racional y en conciencia de la prueba*”.

Sin embargo esta absoluta falta de eficacia de la resolución previa sobre la posterior que postula el Tribunal Supremo , no aparece acogida en los mismos términos por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional que recoge en numerosas sentencias , entre otras STC 231/2006 que “ *aunque es verdad que unas mismas pruebas pueden conducir a considerar como probados o no probados los mismos hechos por los Tribunales de Justicia , también lo es que , no es posible separarse luego de ellos sin acreditar razones ni fundamento que justifiquen tal apartamiento , porque en la realidad jurídica no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron , cuando la contradicción no deriva de haberse abordado unos mismos hechos desde perspectivas jurídicas diversas , ya que es claro que unos hechos idénticos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado “ .*

Por tanto conforme a la jurisprudencia constitucional que ha quedado expuesta la existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios con relación a unos mismos hechos lesiona el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva recogida en el art. 24-1º CE , siempre y cuando en las resoluciones discrepantes no se expresen los motivos que justifiquen dicha contradicción , sin embargo , en el caso que nos ocupa , los criterios establecidos en las distintas instancias fueron los siguientes :

6.1º.-SENTENCIA DE LA SECCIÓN SÉPTIMA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA .

En este punto , la sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla establecía en su fundamento de derecho cuarto que “ Finalmente debe hacerse referencia a la sentencia dicta en la Jurisdicción de Menores contra el sr. García Marín para afirmar lo siguiente : 1) como es consolidado criterio de la jurisprudencia emanada de la Sala Segunda del Tribunal Supremo , su declaración de Hechos Probados no vincula a este Tribunal ,que es soberano y responsable a la hora de valorar en conciencia y conforme a la lógica y experiencia humana las probanzas a su presencia practicadas , y 2) las posibles contradicciones entre dicha sentencia y la presente pueden explicarse por el dato de que , siendo , como dijimos , el principal pivote probatorio en nuestro juicio las declaraciones del principal encausado , el Sr. Carcaño , el mismo se negó a declarar ante el juez de menores”

Sin embargo , la propia resolución que analizamos entra luego en contradicción con tan categórica afirmación al decir :“Antes de entrar a calificar los hechos declarados probados, a los que se refieren los fundamentos jurídicos vigésimo segundo a vigésimo sexto, hay que resaltar que tanto la acusación pública como la particular acusan a D. Miguel Carcaño como cooperador necesario de un delito de agresión sexual de los artículos. 178, 179 y 180-1 incisos 2º y 5º del C. Penal, por entender que tuvo una participación decisiva en el delito de agresión sexual, cometido por el entonces menor D. Francisco Javier, sin tener en cuenta que el Juzgado de Menores en sentencia de 23 de marzo de 2011 absolvió al entonces menor del delito de agresión sexual por el que venía acusado por ambas acusaciones, confirmada por la sentencia de la Sección Tercera de esta Audiencia de 20 de octubre de 2011, que no nos consta recurrida por las acusaciones. No alcanzan los miembros de este tribunal las razones que asisten a las acusaciones para mantener esta acusación contra D. Miguel Carcaño Moreno como cooperador de un delito del que ha sido absuelto el presunto autor material, es decir D. Francisco Javier García Marín, en sentencia firme, como es el caso, en otra jurisdicción. Por ello, de plano procede absolver a D. Miguel Carcaño de esa autoría a título de cooperador necesario.”

6.2º. SENTENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

La sentencia del Tribunal Supremo analiza esta cuestión en la segunda parte de su fundamento de derecho cuarto :

“Decíamos además en las SSTs núm. 630/2002, de 16 de abril, 888/2003, de 20 de junio, y 71/2004, de 2 de febrero, por citar algunas, que las sentencias dictadas en materia penal sólo producen los efectos de la cosa juzgada negativa, en cuanto impiden juzgar a los ya juzgados por el mismo hecho. En el proceso penal no existe lo que en el ámbito civil se denomina «prejudicialidad positiva» o «eficacia positiva» de la cosa juzgada material, gozando el tribunal de plena libertad para valorar las pruebas producidas en su presencia y aplicar la calificación jurídica correspondiente. Una sentencia de esta Sala fechada el 21/09/1999 lo razonaba ya con total claridad al destacar que "cada proceso tiene su propia prueba, y lo resuelto en uno no puede vincular en otro proceso penal diferente, porque en materia penal no hay eficacia positiva de la cosa juzgada material, sólo eficacia negativa en cuanto que una sentencia firme anterior impide volver a juzgar a una persona por el mismo hecho". En igual sentido se había pronunciado ya la STS de 13/12/2001, exponiendo que "nada impide que en un

juicio posterior celebrado ante Magistrados distintos puedan calificarse los mismos hechos de forma diferente al primero si se entiende que ésta fue errónea o incompleta, siempre que la acusación así lo sostenga, y haya existido debate contradictorio sobre dicha cuestión jurídica".

También las recientes SSTS núm. 846/2012, de 5 de noviembre, y 608/2012, de 20 de junio, se han encargado de subrayar que, a diferencia de otras ramas del derecho en las que puede existir una eficacia de cosa juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene su propio objeto y su propia prueba, y conforme a este contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (salvo en materia de cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. LECrim, con los límites del art. 10.1 LOPJ). La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es, pues, la preclusiva o negativa, que simplemente consiste en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona, pues una de las garantías del acusado es su derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es una manifestación de principio «non bis in idem» y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, en relación a su vez con los arts. 10.2 CE y 14.7 PIDCP.

Con carácter general, las cuestiones meramente fácticas están sujetas a la libre valoración del Tribunal que conoce de las mismas, como reflejo necesario de la apreciación de las pruebas producidas en el proceso, lo que significa que no puede darse en estos casos una cuestión prejudicial devolutiva que equivaldría a abdicar dicha potestad, de la misma forma que tampoco se da la otra faz de la moneda, la prejudicialidad positiva. El único límite está establecido por la aplicación de la cosa juzgada, ex art. 666.2 LECrim (STS núm. 867/2003, de 22 de septiembre). En la misma línea, recuerdan las SSTS núm. 827/2011, de 25 de octubre, y 381/2007, de 24 de abril, que los datos fácticos de resoluciones precedentes, aunque lo sean de la jurisdicción penal, carecen de virtualidad suficiente como para que, en proceso distinto y por jueces diferentes, se haya de estar o pasar por los hechos antes declarados probados, no pudiendo, por ello, sobreponerse éstos a las apreciaciones de los jueces posteriores, a menos que se diera entre las dos resoluciones la identidad de la cosa juzgada. Ello no impide que, como después abordaremos con mayor detenimiento al examinar los motivos por tutela judicial efectiva, para marcar esa distancia relevante respecto del contenido de la sentencia que le precedió deba el tribunal que decide con posterioridad incorporar a su decisión un «plus» de motivación por el que justifique adecuadamente las razones que marcan la diferencia o que, incluso, llevan a estimar que la anterior decisión resultaba errónea o incompleta.

Por último, también la queja relativa a la pérdida de imparcialidad del segundo Tribunal ha de ser rechazada. Y no sólo por ser meramente especulativa, sino también por contraria a la esencia misma del motivo, que no es otra que la ostensible separación fáctica de la sentencia impugnada respecto de la previa declaración de hechos probados en menores. Esa separación, si algo viene a demostrar, es que la Sala de procedencia no se había forjado ninguna idea preconcebida sobre los hechos, que partiera de la previa decisión tomada por la jurisdicción de menores.

4. Cuestión diferente es que, desde una perspectiva colateral a la legalidad vigente, sea sostenible que unos mismos hechos puedan ser declarados probados y no probados por dos tribunales pertenecientes al mismo orden jurisdiccional cuando existe íntima conexión entre ellos y cuando el diferente enjuiciamiento, separado además en el tiempo, aboca a la postre en diferencias significativas en la resultancia fáctica.

Como indica la acusación recurrente, en varias ocasiones ha señalado nuestro Tribunal Constitucional que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Tal doctrina arrancaba con la STC núm. 2/1981, de 30 de enero, a la que han seguido otras muchas (SSTC núm. 77/1983, de 3 de octubre, 24/1984, de 23 de febrero, 158/1985, de 26 de noviembre, ó 70/1989, de 20 de abril), aseverando en todas ellas dicho Tribunal que "[e]n la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica, relevante para el Derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o, por decirlo en los términos del fundamento sexto de nuestra sentencia de 3 de octubre de 1983 , «es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado», pues a ello se oponen no sólo principios elementales de la lógica jurídica y extrajurídica, sino el principio de seguridad jurídica constitucionalizado en el artículo 9.3. Ante situaciones hipotéticamente de esta índole el Tribunal Constitucional no siempre tendrá competencia para intervenir sin más; por el contrario, habrá que comprobar, y así lo haremos en este caso, en primer término, si en verdad se produce entre las resoluciones enfrentadas una estricta identidad en los hechos y, en segundo lugar, si hay en juego algún derecho fundamental afectado por la contradicción fáctica, pues la invocación del solo principio de seguridad jurídica no es, obviamente, base para conocer en amparo".

Merece también ser destacado el siguiente pasaje de la STC núm. 158/1985, de 26 de noviembre (FJ.

4): "(...) si el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, no es menos cierto que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (STC núm. 77/1983, de 3 de octubre), y que esta negación del principio de contradicción vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Española . Con gran claridad lo ha expresado la STC núm. 62/1984, de 21 de mayo , que hace superfluos más comentarios sobre el tema: « (...) a los más elementales criterios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales

en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9 núm. 3 de la CE. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el art. 24.1 de la CE, pues no resulta compatible la efectividad

de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios. Frente a éstos, por tanto, ha de reconocerse la posibilidad de emprender la vía de amparo constitucional, en el supuesto de que ningún otro instrumento procesal ante la jurisdicción ordinaria hubiera servido para reparar la contradicción». Doctrina que, con toda evidencia, es aplicable al caso presente, donde esa contradicción existe, según todas las apariencias, y donde no aparece cauce procesal alguno dentro de la justicia ordinaria para resolverla. No se oculta a este Tribunal Constitucional la dificultad que ofrece arbitrar medios para resolver contradicciones entre resoluciones judiciales como las aquí denunciadas, teniendo en cuenta la ya recordada independencia de los órganos jurisdiccionales. Sería, sin duda, de desear que el legislador previese este tipo de conflictos, estableciendo mecanismos para su solución dentro de la justicia ordinaria. Pero mientras esto no ocurra, y no haya otra vía más que la del recurso de amparo para garantizar el derecho vulnerado, este Tribunal ha de buscar los medios de asegurar ese derecho, que, de otro modo, quedaría sin protección".

Sin olvidar que en su mayoría se trata de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, recaídos en amparo, sobre cuestiones laborales, civiles o contencioso-administrativas, y que sólo algunos de ellos abordan directamente una cuestión penal, no puede sino reconocerse en nuestro caso ciertos efectos procesales y materiales indeseados ante el desdoblamiento en dos jurisdicciones penales de unos mismos hechos, máxime cuando, habiendo transcurrido su investigación paralelamente, se llega a la fase de enjuiciamiento en momentos diferentes. En casos como éste, ello es, por otro lado, lógica consecuencia de la celeridad que el Legislador imprime al procedimiento de menores y la mayor lentitud que, de contrario, deriva como inevitable consecuencia del cúmulo reforzado de garantías del que está revestido el sumario, cuya principal razón de ser estriba en la gravedad de las penas imponibles.

Algunos de los aquí implicados pudieron acogerse en el Juzgado a su derecho a no declarar, al estar abierta causa penal contra ellos en la jurisdicción de adultos. En cambio, otro de ellos -menor al tiempo de los hechos pero mayor de edad cuando vino a desarrollarse el juicio de adultos- hubo de declarar en este segundo juicio bajo el estatuto de testigo, al haber recaído sentencia firme respecto del mismo en la jurisdicción de menores (Acuerdo plenario de 16/12/2008, antes citado). Quizá el mayor de los inconvenientes que deriva de esta situación es la duplicidad de actuaciones y diligencias de prueba, que provoca como efecto colateral la repetición de testimonios, con pérdida general de calidad en las pruebas que, sometidas al principio de inmediación, hayan de reiterarse ante una y otra jurisdicción y que, en el caso de las víctimas, incrementa además la victimización secundaria. La separación temporal entre los enjuiciamientos de ambas jurisdicciones, junto con la enorme repercusión social y mediática del presente procedimiento, han hecho que estas disfunciones en la prueba y en sus resultados cobren en este caso particular relevancia pública."

7.-RESOLUCIONES CONTRADICTORIAS RECAIDAS EN LOS DIVERSOS PROCEDIMIENTOS E INSTANCIAS.

En este apartado me voy a limitar a copiar los hechos probados, calificación y fallo de las distintas resoluciones recaídas en el presente asunto, por entender que son claramente evidenciadoras de que el principal problema que llevamos poniendo de manifiesto desde la Fiscalía desde hace años en nuestra Memoria, esto es, la posibilidad de resoluciones contradictorias sobre unos mismos hechos, es real y provoca disfunciones que deben ser resueltas.

7.1.- HECHOS PROBADOS

7.1.a).-Calificación del Fiscal

El escrito de alegaciones del Fiscal recogía los siguientes hechos, que coincidían con los recogidos en el auto de procesamiento dictado por el Juez de Instrucción y con la calificación que hizo el compañero en el procedimiento de adultos:

“**PRIMERA:** Sobre las 17.45 horas del día 24 de enero de 2009 el menor FRANCISCO JAVIER GARCIA MARIN (14/5/93) se dirigió al domicilio de su amiga Marta del Castillo Casanueva sito en la calle Argantonio nº 3 de Sevilla, ya que habían quedado previamente en verse a través del "messenger". Cuando llegó llamo al porterillo y el padre de la menor le dijo que Marta se había ido a la calle, por lo que Francisco Javier se dirigió a una plaza situada en la barriada de Santa María de Ordaz dónde habían quedado con unas amigas comunes. Al

llegar se encontró allí con Marta y Miguel Carcaño, mayor de edad y contra el que no se sigue el presente procedimiento, y otros amigos. Todos ellos estuvieron juntos hasta las 19.45 horas en que se separaron, Marta y Miguel se fueron en el ciclomotor de este al barrio de Triana para visitar la imagen del Cristo de las Tres Caídas que se encuentra en una capilla situada en la calle Pureza y el menor se dirigió al Polideportivo de San Pablo dónde iba a verse con un amigo que lo había llamado poco antes, quedando antes de separarse en verse posteriormente en el piso que tenía Miguel con su hermano en la calle León XIII nº 78 bajo c de Sevilla .

El menor se dirigió al polideportivo de San Pablo dónde había quedado con unos amigos, llegando sobre las 19.30 horas estando en compañía de estos una media hora, separándose a continuación.

El menor circulando con su bicicleta llegó sobre las 20.30 horas al domicilio sito en la calle León XIII nº 78 de Sevilla dónde había quedado con Miguel y con Marta. Una vez allí y en el salón de la vivienda, y tras ingerir el menor y Miguel alguna bebida alcohólica, que no consta que afectaran a sus facultades de intelecto y voluntad, surgió en ambos la idea de mantener relaciones sexuales con Marta, proponiéndole Miguel que se acostara con él a lo que esta se negó tajantemente, momento en que Miguel comenzó a golpearla hasta hacerla sangrar uniéndose a esta acción el menor encartado.

Tras esto, el menor y Miguel llevaron agarrada en contra de su voluntad a la menor Marta, quien aturdida sangraba por el rostro, hasta el dormitorio de Miguel y una vez allí el menor cogió una navaja tipo mariposa de unos 8 cm. de hoja que el mismo le había regalado tiempo atrás a Miguel y que este guardaba en un cajón de su dormitorio, conminando con ella a Marta para que mantuviera con los dos relaciones sexuales. En esta situación, tras desnudarla de cintura para abajo y meterle un calcetín en la boca para evitar que gritara, la tumbaron sobre la cama, colocándose el menor en el hueco existente entre la cama y la pared, sujetando a Marta que estaba tendida bocaarriba en la cama por los brazos a la vez que la amenazaba con la navaja, inmovilizándola mientras Miguel la penetraba vaginalmente contra su voluntad y, una vez terminada esta acción, Miguel ocupó la posición del menor inmovilizando a Marta y amenazándola con la misma navaja y el menor la penetró también vaginalmente en contra de su voluntad. Tras terminar el menor con esta acción entre el menor encartado y Miguel, colocaron a Marta en el suelo, al lado de la mesa del ordenador, y mientras Miguel le sujetaba las manos detrás de la espalda con cinta aislante para privarle así de toda posibilidad de defensa, el menor cogió una alargadera de cable que había bajo la mesa del ordenador y, con ánimo de causarle la muerte, la lió alrededor del cuello de Marta procediendo a apretar el cuello con la alargadera hasta causarle la muerte por asfixia, quedando la menor inerte tendida en el suelo.

Después de esto ambos se marcharon del domicilio volviendo con posterioridad en hora no determinada para, en compañía de otros individuos mayores de edad penal contra los que no se sigue el presente procedimiento ,sacar el cuerpo de Marta del domicilio y llevarla a un lugar no determinado donde dieron al cuerpo de Marta un destino desconocido.

Desde entonces y hasta el día de hoy, los inculpados, de forma contumaz y premeditada, se han negado a decir que destino dieron al cuerpo de la menor Marta del Castillo Casanueva, llegando incluso a ofrecer distintas versiones todas ellas erráticas sobre este extremo, a sabiendas de que esta forma los familiares de Marta no podrían dar sepultura a su cuerpo .

Esta actitud del menor encartado y los otros imputados mayores de edad penal ha provocado en el padre y la madre de la víctima un desmesurado sufrimiento y que el proceso de duelo o sentimiento subjetivo derivado de la muerte de su hija no haya podido evolucionar y desarrollarse por su discurrir natural ,desde una fase más temprana de intensa desesperación hasta la fase de asunción de la realidad de la pérdida y de reorganización de sus vida y la de sus hijas . Se ha producido en consecuencia una situación de estancamiento de esa evolución , con episodios depresivos y patológicos precisados de tratamiento médico , y además fases de

involución o retroceso ante las reiteradas mendacidades del menor y del resto de los imputados sobre el destino o paradero del cuerpo de su hija ,generándose una situación de angustia permanente en los familiares de las víctimas coincidente con las inútiles labores de búsqueda del cuerpo de la menor.

7.1.b).-Sentencia del Juez de Menores

“UNICO- 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 F.J. (nacido en fecha de xxxx) acudió en bicicleta al domicilio de su amiga M. sito en la calle xxxx 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 portero recibiendo como respuesta que M. 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 M. 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 M. 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 F. J. 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; M. y la persona mayor de edad se dirigieron al domicilio de la calle León XIII número 78 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 M. 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 León XIII. El menor acusado acudió a su domicilio sito en la Avenida xxxx 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 xxxx propiedad de la madre del menor acusado; ambos se dirigieron a bordo del mencionado vehículo al domicilio de la calle León XIII.

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 M. 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 M. 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 M., 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 León XIII sacaron a peso del interior del citado domicilio el cuerpo de M. mientras que la persona mayor de edad que había acabado con la vida de M. sacaba una silla de ruedas al exterior del inmueble y; tan pronto como las condiciones del inmueble lo permitieron, colocaron el cuerpo de M. 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 M. 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 M.; tras dejar la silla de ruedas; se montó en su ciclomotor y siguió al vehículo llevando el cuerpo de M. 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 F.J. penetrara vaginalmente a M. ni que ayudara a otra persona mayor de edad a que ésta penetrara vaginalmente a M. e igualmente tampoco ha quedado debidamente acreditado o probado que el menor acusado participara en la muerte de M.”

7.1.c- Sentencia de la Sección 3º de la Audiencia Provincial de Sevilla

Se mantienen los hechos probados de la sentencia dictada en primera instancia , añadiendo las cantidades correspondientes a los gastos ocasionados por la búsqueda del cuerpo de la menor en el río , a efectos de luego establecer la indemnización correspondiente en el fallo de la sentencia .

“Se dan por reproducidos los de la resolución recurrida, si bien, se añade la frase que literalmente dice: El menor Francisco Javier G. M. 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 del C. 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.”

7.1.d- Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla

En esta Sentencia , se modifican sustancialmente los hechos declarados en las resoluciones recaídas en el procedimiento de menores , al no contemplar la participación de tres de los mayores de edad y cambiar toda la secuencia horaria de los hechos .

“**Primero.-** El procesado D. Miguel Carcaño Delgado, ya reseñado, sobre las 17,30 horas del día 24 de enero de 2009 se dirigió al domicilio de la menor D^a Marta del Castillo Casanueva, nacida el 19 de julio de 1991, sito en la calle Argantonio nº 3 de esta capital, con la que mantenía desde hacia tiempo una relación de amistad.

Tras estar en una plaza situada en la barriada de Santa María de Ordaz, punto de encuentro habitual de la menor con sus amigos, en la que entre otros se hallaba D. Francisco Javier García Marín sobre las 19,15 hora D^a Marta del Castillo y D. Miguel Carcaño se dirigieron en el ciclomotor del segundo al barrio de Triana, en el que había quedado la menor con un amigo.

Después de hablar con el amigo, D^a Marta y D. Miguel sobre las 19’55 horas se dirigieron en el ciclomotor a una vivienda situada en la calle León XIII, 78, bajo C de Sevilla, en la que residía habitualmente el también procesado D. Francisco Javier Delgado Moreno, ya reseñado, hermano de D. Miguel, donde este último pernoctaba solo de forma esporádica, ya que desde octubre de 2008 residía en una vivienda de la localidad de Camas en compañía de su novia y de los familiares de esta última.

D^a Marta y D. Miguel llegaron al referido domicilio y en el mismo se encontraba D. Francisco Javier Delgado, quien se ausentó en torno a las 20,40 horas.

Segundo.- Una vez solos en la vivienda de la calle León XIII D^a Marta del Castillo y D. Miguel Carcaño por razones de la relación sentimental que mantuvieron en su día comenzaron a discutir en el dormitorio de D. Miguel. En el transcurso de esa discusión verbal y estando de pié frente a frente D. Miguel cogió de repente un cenicero de una mesa, situada a su izquierda, y con un movimiento rápido y brusco con gran fuerza golpeó en la sien izquierda de D^a Marta del Castillo, quién cayó al suelo, boca arriba con la cabeza y cara ensangrentadas, debajo de la mesa el ordenador falleciendo de inmediato. El cenicero era de cristal grueso y cilíndrico.

D. Miguel tiró el cenicero ensangrentado en la colcha-sabana de la cama y comprobó que D^a Marta del Castillo estaba muerta colocándola en una de sus muñecas el tensiómetro. En ese momento se presentó en la vivienda ya citada, en la que había quedado con anterioridad con D. Miguel y D^a Marta el Castillo, el entonces menor de edad D. Francisco Javier García Marín, ya juzgado en la Jurisdicción de Menores y condenado por delito de encubrimiento en sentencia de 23 de marzo de 2009 confirmada por la Sección III de esta Audiencia el 20 de octubre del mismo año.

Tras hablar y discutir durante un rato qué hacer ante esta situación, D. Miguel y D. Francisco Javier García decidieron hacer desaparecer el cadáver de D^a Marta, así como todos sus efectos personales.

Entre los dos y con ayuda de al menos de un tercero desconocido colocaron el cuerpo inerte de D^a Marta del Castillo en una silla de ruedas, que usaba la madre fallecida de D. Miguel, y de esa manera lo sacaron de la vivienda haciendo desaparecer el cadáver en lugar que se desconoce. Sobre las 22’15 horas del indicado día se separaron y mientras que el menor regresó a su barriada de Sevilla, D. Miguel se fue a Camas, al domicilio de su novia al que llegó a las 22’50 horas.

Tercero.- La acusada D^a María García Mendaro, ya reseñada y a la sazón novia de D. Francisco Javier Delgado Moreno, llegó a la vivienda mencionada sobre las 00’15 horas del día 25 de enero de 2009, estudiando en el salón hasta las 02’01 horas de la madrugada, hora en la que se durmió en el dormitorio que compartía con el acusado D. Francisco Javier, cuando pernoctaba en el mismo. A las 04’00 horas se despertó por la llamada telefónica efectuada por D. Francisco Javier Delgado para que le abriera la puerta del domicilio.

Cuarto.- D. Francisco Javier Delgado Moreno, salió de su domicilio a las 20’40 y se dirigió a casa de D^a Rosa M^a, su exmujer, para estar con ella y su hija común hasta que fue recogido a las 23’30 horas por D^a Maria García Mendaro, quién le llevó al bar de su propiedad Dseda, en el que estuvo trabajando hasta las 03’10 horas del día 25, desde donde se fue a un establecimiento de copas en la calle Albaida, regresando a su casa a las 4 horas.

Ya en su domicilio y a partir de las 04’22 horas D. Francisco Javier Delgado Moreno comenzó a recibir llamadas a su teléfono móvil, llamadas que preguntaban sobre el paradero de D^a Marta del Castillo, afirmando los interlocutores que su hermano D. Miguel Carcaño era la última persona con la que estuvo antes de desconocerse su paradero. Por ello, D. Francisco Javier llamó por teléfono a su hermano D. Miguel pidiéndole explicaciones sobre estas llamadas y requiriéndole que fuera a la calle León XIII de inmediato.

Quinto.- Sobre las 05’00 horas de la mañana de ese día llegó a la vivienda de León XIII D. Miguel Carcaño, quién dijo a su hermano que había dejado a la menor mencionada sobre las 21’30 horas del día anterior cerca del portal de su domicilio. Sobre las 05’20 horas se personaron en el piso varias personas, entre ellas D^a Susana García y el también acusado D. Samuel Benítez Pérez, ya reseñado, preguntando por D^a Marta el Castillo.

El acusado D. Samuel Benítez Pérez estuvo en Montequinto, barriada de Dos Hermanas desde las 12 de la mañana el día 24 de enero a las 02'00 horas del día 25 de enero de 2009.

Sexto.- A lo largo del proceso, D. Miguel Carcaño de forma reiterada se ha negado a decir qué destino ha dado al cuerpo de D^a Marta del Castillo llegando a ofrecer varias versiones, es decir, en primer lugar que tiraron el cadáver de la menor al río, en segundo lugar que lo tiraron al interior de un contenedor de basuras, cercano a la calle León XIII y, en tercer lugar, que ayudó a introducir el cadáver en un coche desconociendo que se hizo con el mismo. De este modo los familiares de D^a Marta del Castillo no han podido dar sepultura a su cuerpo causando si cabe mayor dolor por la muerte de la menor a sus padres y hermanas.

Séptimo.- En función de las versiones que daba D. Miguel sobre el lugar en el que hicieron desaparecer el cadáver de D^a. Marta del Castillo, se desarrollaron intensas labores de búsqueda en una extensa zona del río Guadalquivir, en un vertedero de basura situado en Alcalá de Guadaíra. Igualmente, a tenor de una manifestación de la menor novia a la sazón de D. Miguel Carcaño, también se buscó el cuerpo de D^a Marta del Castillo unos terrenos ubicados en el término municipal de Camas.

Los gastos que tales labores de búsqueda han ocasionado al Ministerio del Interior ascienden a 616.319,27 _.

7.1.e)- Sentencia del Tribunal Supremo

El Supremo hace una peculiar declaración de hechos probados .

“ÚNICO.- Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluyendo los hechos probados, salvo los extremos que pudiesen verse afectados como consecuencia de la nulidad parcial de la misma que referiremos en la parte dispositiva de la presente.

En cuanto a los efectos y alcance de la estimación de los motivos referentes a la tutela judicial efectiva, es cierto que las acusaciones han interesado la nulidad del juicio y su nueva celebración ante un Tribunal distinto. Sin embargo, no hemos declarado la nulidad del juicio de instancia porque no se ha estimado infracción procesal-constitucional alguna que lo justificase. Lo que declara el Tribunal Supremo como infracción de la tutela judicial efectiva se contrae a una valoración arbitraria e ilógica de los elementos probatorios regularmente obtenidos y practicados en la instancia atinentes a la fijación de la hora de la salida del cadáver del domicilio donde se cometió el asesinato, de forma que debe ser el mismo Tribunal el que debe volver a valorar dichos elementos a la luz de los razonamientos contenidos especialmente en el apartado cuarto del fundamento decimoprimer y en el decimosegundo de la sentencia de casación al objeto de reexaminar la posible participación como encubridor del acusado Primitivo Imanol , con libertad de criterio y respeto por las reglas de la lógica. Por lo que hace a la absolución de los otros dos acusados de encubrimiento, tal declaración debe quedar firme, puesto que la excusa absoluta mencionada en nuestra primera sentencia (fundamento decimotercero) es una cuestión jurídica que impediría su reconsideración, incluso modificando la hora de salida del cadáver, y en el caso de Isabel Joaquina porque la modificación del horario no alteraría la prueba de cargo insuficiente acerca de su participación en los hechos objeto del encubrimiento, aún admitiendo su presencia en el domicilio, como también se ha razonado ya en el fundamento últimamente citado.”

Mencionar que esta sentencia tiene dos votos particulares que se inclinan por ratificar íntegramente los hechos declarados probados por la Audiencia.

7.2 CALIFICACIÓN Y FALLOS

7.2.a) Calificación del Fiscal

“ SEGUNDA: Los hechos anteriormente descritos pudieran ser en principio constitutivos de:

- un delito de asesinato del art.138 y 139.1º del Código Penal.
- dos delitos de agresión sexual de los arts.178, 179 y 180.1.1º, 2º y 5º del Código Penal
- un delito contra la integridad moral del artículo 173.1º del Código Penal.

QUINTA: Procede imponer al menor la medida de 6 años de internamiento en centro cerrado seguidos de 3 años de libertad vigilada como media adecuada a la gravedad de los hechos y circunstancias del menor de conformidad con lo establecido en los arts. 7, 9,10 y 11.2 LORPM.”

7.2.b) Sentencia del Juez de Menores

El fallo de la sentencia del Juez de Menores estableció“Que debo imponer e impongo al menor F.J. 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 periodo de

tiempo de cumplimiento de las medidas cautelares impuestas al menor a determinar en fase de ejecución de la presente sentencia.”

7.2.c) Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla .

La audiencia confirmo plenamente la sentencia del Juez de Menores respecto de la calificación jurídico penal y la medida impuesta.

7.2.d) Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla

“Absolvemos a D. Samuel Benítez Pérez de los delitos de encubrimiento, contra la integridad moral y profanación de cadáveres por los que venía acusado.

Absolvemos a D. Francisco Javier Delgado Moreno de los delitos de encubrimiento, amenazas, contra la integridad moral y profanación de cadáveres por los que venía acusado.

Absolvemos a D^a. María García Mendaro de los delitos de encubrimiento, contra la integridad moral y profanación de cadáveres por los que venía acusada.

Absolvemos a D. Miguel Carcaño Delgado de los dos delitos de agresión sexual, de los delitos contra la integridad moral y profanación de cadáveres por los que venía acusado.

Condenamos a D. Miguel Carcaño Delgado como autor responsable de un delito de asesinato, definido y circunstanciado, a las penas de veinte años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo, y la prohibición de residir en la misma localidad o ciudad donde lo hagan los padres y las hermanas de D^a Marta del Castillo por espacio de 30 años,

así como de aproximarse a menos de 500 metros y de comunicarse por cualquier medio con ellos por el mismo espacio de tiempo, así como al pago de 1/7 parte de las costas causadas,

incluidas las generadas por la acusación particular, declarando de oficio el resto de las costas causadas.”

7.2.e) Sentencia del Tribunal Supremo .

“Que manteniendo el resto de los pronunciamientos contenidos en el Fallo dictado por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, en fecha 13/01/2012, debemos condenar al procesado **Miguel Carcaño** como autor de un delito contra la integridad moral, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias, a la pena de **UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN**, con la accesorio de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Este acusado deberá responder en concepto de costas de los gastos ocasionados en la búsqueda del cadáver de la víctima del delito de asesinato, debiendo satisfacer igualmente las costas correspondientes al delito contra la integridad moral.

Se declara la nulidad parcial de la sentencia y su reenvío al mismo Tribunal que la dictó a los efectos de que dicte un nuevo pronunciamiento referido exclusivamente a los extremos señalados en el fundamento jurídico único precedente.”

7.3.- PRONUNCIAMIENTOS EN MATERIA CIVIL

7.3.a) Sentencia del Juez de Menores

“ **SEPTIMO-** Por aplicación del artículo 39 de la LORRPM en la misma sentencia en la que se resuelve sobre la responsabilidad penal ha de resolverse sobre la responsabilidad civil derivada del delito o falta conforme a las normas existentes en el Código Penal.

Respecto a la responsabilidad civil interesada por la acusación particular no procede efectuar pronunciamiento alguno de condena civil en la presente resolución dado que el menor no es declarado responsable de ninguno de los delitos que se le imputan por parte de la acusación particular.

Asimismo debe señalarse que el Ministerio Fiscal en su escrito de alegaciones interesa que se condene al menor acusado y a sus padres de forma conjunta y solidaria a indemnizar al Ministerio del Interior la cantidad de 616.319,27 euros como cantidad a que han ascendido los gastos originados al mismo por las labores de búsqueda del cuerpo de M. tanto en el río Guadalquivir, como en vertedero de basura ubicado en la localidad de Alcalá de Guadaira y como en unos terrenos ubicados en una zona de la localidad de Camas.

No obstante entiende este juzgador 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 (En el mismo sentido puede citarse la sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de fecha 19-10-2007 o la sentencia del TSJ de Galicia de fecha 11-11-2009). 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.”

7.3.b) Criterio del Fiscal

Aparece ampliamente expuesto en su escrito de interposición del recurso de apelación contra la Sentencia dictada por el juez de Menores en el siguiente sentido : “QUINTA.- Impugnamos también 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. En realidad se le debió de condenar al pago de la responsabilidad civil que se solicitaba por el Ministerio Fiscal.

No son convincentes desde el punto de vista jurídico ninguna de las dos las razones dadas por el Juzgador en orden a denegar tal petición.. No podemos quedar impasibles sin intentar cuando menos este tipo de condena para un sujeto que oculta persistentemente el lugar donde fue aherrojado el cuerpo de Marta y que con su actitud pasiva ha ocasionado al Estado y al común de los españoles tan enorme gasto.

Es cierto (Fdto 5º) que tal comportamiento no es circunstancia típica agravatoria y que ha sido valorada por el Juez al individualizar la medida de reforma impuesta al menor. Pero creemos que ello no es suficiente. También reconocemos que estamos ante un caso extraordinario y nada frecuente por lo que no es de extrañar esté ausente jurisprudencia del TS al respecto.

Y es que, 1º) por más que el encubrimiento sea un delito autónomo en que el bien jurídico es la Administración de Justicia o Poder judicial que tiene confiada en exclusiva la obligación de condenar a los delincuentes y cuya acción se obstaculiza, nada empece para que la Administración pública, presidida por el Poder ejecutivo, en su obligación de colaborar con la Justicia como dice el art. 118 de la CE, haya resultado sumamente perjudicada al tener que buscar infructuosamente el cuerpo del delito. Según el art. 113 del CP, “la indemnización de perjuicios comprenderá no sólo los causados al agraviado sino también los que se hubieren irrogado a terceros”. Y tercero es el Estado o más bien la Administración pública por la actitud persistente y continuada del reo en el delito de “encubrimiento” por el que ha sido condenado, estando obligado “moralmente” como dice la Sentencia impugnada, por respeto a la familia y la sociedad, a revelar lo que se hizo con el cuerpo de Marta diciendo la verdad.

2º No vale decir que tras el CP de 1995, los encubridores no son responsables ex art. 116, 2 del CP. De tal responsabilidad “en cascada” es lógico estén excluidos los encubridores desde el momento en que el CP de 1995, a diferencia de los anteriores, considera el encubrimiento como un delito autónomo y no una forma de participación. Sin embargo no por ello hemos dejado de aplicar el art. 116, apartado primero del vigente CP, que tajantemente afirma que “toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños y perjuicios”. Si el reo es pues “autor” de un delito autónomo de encubrimiento, y de este delito, debido al persistente silencio del reo, derivan en relación de causa a efecto o en nexo de causalidad los gastos causados al Estado

en la búsqueda del cuerpo de Marta, consentidos a ciencia y paciencia del menor, se ha de condenar a su pago en la forma pedida conforme a ley por el Ministerio Fiscal.

-Por otro camino creemos obligación nuestra intentar que la Sala condene al menor Francisco Javier y solidariamente a sus representantes legales al pago de lo gastado por el Ministerio del Interior en la búsqueda y localización del cuerpo de Marta. Se trata a nuestro juicio de que el fallo omita indebidamente la condena en costas.

Puede incluso que las partes acusadoras no hayan pedido “expresamente” la condena en costas. Pero tal condena es obligada. La norma más clara al respecto se contiene en el art. 123 del CP vigente a cuyo tenor “las costas procesales se entienden impuestas por la ley a los responsables criminales de todo o falta”. Obsérvese que dice que es la ley la que impone las costas; no el principio dispositivo, sino el oficio del Tribunal por tanto, sin necesidad de expresa petición de parte, a diferencia de lo que sucede en la vía civil.

Las costas a tenor del art. 124 del CP comprende “las indemnizaciones ocasionadas en las actuaciones judiciales” y con más claridad el art. 126, 1, 2º al hablar de la imputación y preferencia de pagos por las responsabilidades civiles, entre ellas las costas, se refiere a “la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieren hecho por su cuenta en la causa”.

La misma tónica sigue la LECR, si bien el art. 239 se exprese con algo de menor contundencia que el art. 123 del CP (“en las sentencias que pongan término a la causa deberá resolverse sobre el pago de las costas procesales” sin exigir por cierto petición de parte). Lo mismo sucede en el art. 240 si se le compara con el art. 123 del CP.

Habremos sin embargo de insistir en que el art. 241, 4º de la LECR comprende entre las costas las indemnizaciones a testigos y “los demás gastos que se hubiesen ocasionado en la instrucción de la causa”. Gasto pues tan enorme como el realizado por el Ministerio del Interior no puede quedar en el aire. Puede que en casos corrientes, pequeños gastos que podríamos llamar normales no se incluyan en las tasaciones de costas; pero este gasto desproporcionado no puede pasar desapercibido.

No hace falta decir que si hemos traído a colación todo este articulado y aparato legal en materia de costas es porque la Disposición final primera de la Ley Orgánica que regula la responsabilidad penal de los menores, pese al silencio al respecto del art. 39, ordena la supletoriedad del CP y leyes especiales en el plano sustantivo y de la LECR en el ámbito del procedimiento. “.

6.3.c) Sentencia de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Sevilla .

Pues bien, expuestas ambas tesis este Tribunal entiende que el menor acusado Francisco Javier G. M. y sus padres como responsables solidarios deberán abonar la suma de 85.115,98 euros por gastos de búsqueda del cuerpo de Marta del Castillo 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 G. M., 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 al 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 del Castillo, 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 Guadaíra (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 lo dispuesto 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 de forma parcial “

7.3.d) Sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Sevilla .

“**Trigésimo cuarto.**- Conforme al artículo 109 y concordantes del Código Penal, el acusado deberá indemnizar a la familia nuclear de la víctima por los daños morales causados con los hechos cometidos.(.....) No procede conceder al Estado indemnización alguna en concepto de responsabilidad civil por los gastos causados al mismo por las labores de búsqueda

el cadáver de la menor. El artículo 113 del C.P. se refiere a los perjuicios causados a los agraviados directamente por el hecho delictivo, extendiéndose también a sus familiares o a terceros.

Ahora bien, la jurisprudencia del T.S. se ha encargado de delimitar estos conceptos extensivos de la responsabilidad civil. Así sienta la sentencia del T.S de 9 de junio de 1999:

“Terceros son solamente aquellos que han sido directamente perjudicados por el hecho delictivo y no los titulares de una acción de repetición, ni los que están enlazados con la víctima por relaciones contractuales que se ven afectadas por el hecho punible. En realidad los efectos obligacionales no se derivan del delito, sino de la sentencia condenatoria.

Existen supuestos en los que el Estado tiene directamente la condición de agraviado por el hecho delictivo, como sucede en los delitos de malversación de caudales públicos, pero en otros muchos casos como en el presente, el perjuicio sufrido por el Estado tiene un carácter meramente circunstancial e indirecto.”

Pues bien, en el presente caso los gastos realizados por el Estado en la búsqueda del cadáver de D^a Marta del Castillo no se derivan del delito de asesinato por el que se condena a D. Miguel Carcaño, sino que directamente son consecuencia de la investigación de dicho delito y de los demás imputados a los acusados, investigación que constituye, por otra parte, obligación de la Policía, conforme se infiere del artículo 4 de Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad.

Así las cosas, estos gastos no pueden ser incluidos en la responsabilidad civil derivada del delito de asesinato a título de perjuicio a tercero, sin perjuicio de que esos gastos puedan ser incluidos en su día en las costas al amparo de lo dispuesto en el artículo 241.4 de la L.E.CR. y concordantes.”

7.3.e) Sentencia del Tribunal Supremo .

“**DECIMOQUINTO.**- El último motivo de este recurso lo es asimismo por infracción de ley, estando vinculado a la responsabilidad civil derivada de las infructuosas labores de búsqueda del cuerpo de la fallecida. Se interesa por ello la aplicación del art. 113 CP.

Fundamenta el Ministerio Fiscal esta queja en el contenido del inciso 7º del relato fáctico. Cuestiona que, dados estos hechos, la Audiencia rechace que proceda indemnizar al Estado sobre la base de entender que la investigación del delito es tarea que constituye una obligación de la Policía derivada del art. 4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, dejando no obstante abierta la puerta a una posible valoración como costas en fase de ejecución de condena (FJ. 34 de la sentencia).

Discrepa el Fiscal de esta decisión, al entender que esos gastos reúnen en este caso unas características especiales y representan un exceso respecto de la normal investigación de un delito, por diferentes razones: por su considerable cuantía, muy superior a lo habitual en estos casos;

porque su originación se debe al continuo cambio de las pesquisas realizadas para localizar el cadáver de Luz Marina , al hilo de la cambiante versión facilitada en este aspecto por Nazario Javier (por lo que considera que no representa una mera indagación policial y, por ello mismo, a él debe atribuírsele su coste);

por coherencia con lo decidido ante la jurisdicción de menores, que en grado de apelación condenó a Bola , y solidariamente a sus progenitores, a resarcir al menos parcialmente los gastos ocasionados al Estado, sobre la base de los arts. 61.3 LORPM y 113 CP.

1. Efectivamente, en su apartado 7º refieren los hechos probados que, en función de las diferentes versiones que a lo largo de este procedimiento ha ido aportando Nazario Javier sobre el lugar en el que hicieron desaparecer el cadáver de Luz Marina "se desarrollaron intensas labores de búsqueda en una extensa zona del río Guadalquivir, (y) en un vertedero de basura situado en Alcalá de Guadaíra". Añade este mismo inciso que, a tenor de una manifestación de la menor Rocío, novia a la sazón de Nazario Javier , también se buscó el cuerpo de Luz Marina en "unos terrenos ubicados en el término municipal de Camas".

Aunque no lo recoja expresamente el Fiscal en su recurso, el último inciso de este mismo apartado cuantifica estos costes, afirmando: "Los gastos que tales labores de búsqueda han ocasionado al Ministerio del Interior ascienden a 616.319'27 #".

La Audiencia exonera del abono de estos gastos al principal acusado y único condenado, al entender que no obedecen a su responsabilidad «ex delicto», pues son directa consecuencia de la investigación policial del ilícito cometido y de sus circunstancias. El perjuicio económico que se sigue de tales labores ha de ser, según el Tribunal de instancia, asumido por el Estado como consecuencia del art. 4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Rechaza así que el Estado pueda ostentar la condición de tercero perjudicado, si bien en una cláusula final admite que "puedan ser incluidos en su día en las costas al amparo de lo dispuesto en el artículo 241.4 de la L.E.Cr . y concordantes" (FJ. 34, «in fine»).

2. No existen previos pronunciamientos en el orden penal, particularmente por parte de esta Sala de Casación, que examinen semejante disyuntiva entre la responsabilidad civil «ex delicto» y las costas procesales ante este tipo de situaciones. Tal ausencia de jurisprudencia es destacada en el escrito del Fiscal, quien únicamente encuentra un relativo precedente, con las salvedades pertinentes, en una sentencia dictada el 11/10/2011 por el TSJ de Castilla y León, en la que ante un supuesto de delito de incendio provocado se fijó una indemnización separada de los restantes conceptos indemnizatorios por los costes generados al Servicio de Medio Ambiente de la Junta para su extinción.

Tampoco de la normativa penal cabe extraer conclusiones directas en este punto. Ni siquiera entre las recomendaciones de la Unión Europea, que por el momento se centran en el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, tratando de dar uniformidad a su tratamiento y protección en el nuevo espacio judicial europeo, y recomendando que sean indemnizadas tan pronto como sea posible, con cargo incluso a los fondos del Estado a modo de anticipo, sin perjuicio -claro está- de su ulterior repetición contra el responsable penal.

3. El art. 4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, que fundamenta la decisión de instancia, realmente se limita a señalar: "1. Todos tienen el deber de prestar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el auxilio necesario en la investigación y persecución de los delitos en los términos previstos legalmente. 2. Las personas y entidades que ejerzan funciones de vigilancia, seguridad o custodia referidas a personal y bienes o servicios de titularidad pública o privada tienen especial obligación de auxiliar o colaborar en todo momento con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad". No parece por ello que dicho precepto ofrezca suficiente justificación de la exclusión del Estado como posible perjudicado.

La laboriosa investigación realizada por las Fuerzas del orden público en este caso más parece encontrar refrendo en el art. 126 CE, así como en los arts. 547 a 550 LOPJ. Entre las funciones que corresponden específicamente a las unidades de Policía Judicial, destacamos, en particular, la de averiguar "los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta seguidamente a la autoridad judicial y fiscal, conforme a lo dispuesto en las leyes" [art. 549.a) LOPJ]. Deben asimismo prestar auxilio a las

autoridades, judicial y fiscal, en cuantas actuaciones sea necesaria su cooperación, actuando en cualquier caso bajo su dirección (art. 550.1 LOPJ) y siguiendo sus instrucciones.

Tales previsiones encuentran un desarrollo más pormenorizado en el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, dedicado a la Regulación de la Policía Judicial.

4. Por ello mismo, la indagación policial no debe entenderse fruto directo de las volubles declaraciones vertidas por Nazario Javier a través de sus declaraciones en el procedimiento, sino de las órdenes recibidas de la autoridad competente, que es quien habrá procedido al filtrado de su contenido a estos fines. De este modo, ha de convenirse con la Sala de instancia en que no es posible atribuir esos gastos a Nazario Javier a modo de responsable civil por la previa comisión del delito de asesinato. Por otra parte, la indemnización tampoco es una consecuencia necesaria del delito, que puede existir, pero que no sigue ineluctablemente al hecho punible. La responsabilidad civil nace del acto u omisión ilícita directamente porque comporta un daño civil «per se» atribuible al autor y al cómplice del hecho punible: así se desprende del art. 109 CP en cuanto a "...los daños y perjuicios por él causados" respecto del hecho descrito por la ley como delito o falta, y del art. 116 CP, " toda persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios", de forma que si no se sigue directamente el daño no puede ser atribuida a aquéllos.

La catalogación de los gastos reclamados como costas tiene mejor acomodo en nuestra legislación sustantiva y procesal. En primer lugar, el art. 124 CP, ciertamente con carácter general, se refiere a las costas que "...comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales..."; en segundo lugar, con mayor concreción, el art. 241.4 LECrim se refiere a las "...indemnizaciones correspondientes a los testigos que las hubiesen reclamado, si fueren de abono, y (a) los demás gastos que se hubiesen ocasionado en la instrucción de la causa", inciso que autoriza la inclusión de los perjuicios

económicos a los que se refiere el Ministerio Fiscal; también, al determinar la prelación en los pagos que se efectúen por el penado o el responsable civil subsidiario, el art. 126.1 CP establece a su vez que "...se imputarán por el orden siguiente: (...) 2º. A la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa".

5. La determinación de los costes que, generados para la búsqueda de Luz Marina , se ha de atribuir a Nazario Javier requerirá, no obstante, el previo desglose o división de ese «quantum» en dos grupos, diferenciando los ocasionados por las pesquisas en el río y en el vertedero de aquellos otros que corresponden a la búsqueda de su cuerpo en la localidad de Camas, dado que el relato fáctico especifica con claridad meridiana que estos últimos tienen su origen exclusivo en la versión dada por la entonces novia de Nazario Javier , y no por este mismo. Sólo respecto de los primeros habrá de resarcir el condenado al Estado.

Con estos límites, el motivo es estimado.”