

**AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA
SECCIÓN SÉPTIMA**

SENTENCIA N° 1 /2012

Rollo n° 725-2011 (sentencia sumario)

Sumario n° 1-2011

Juzgado de Instrucción n° 4 de Sevilla.

Magistrados:

Javier González Fernández. Presidente.

Juan Romeo Laguna. Ponente.

Esperanza Jiménez Mantecón.

Siglas que se utilizan: CE (Constitución); CP (Código Penal vigente de 1.995);
LECR (Ley de Enjuiciamiento Criminal); STS (Sentencia del Tribunal Supremo).

Sevilla a 13 de enero de 2012

ANTECEDENTES PROCESALES

Primero.- Han sido partes:

1. El Ministerio Fiscal. Representado por el SR. Ilmo. Fiscal D. Luis Martín Robredo.
2. El acusado D. Miguel Carcaño Delgado, con DNI xxxx, natural de Sevilla, nacido el día 14 de abril de 1989, hijo de xxxx y xxxx, sin antecedentes penales, en prisión por esta causa, insolvente, representado por la Señora Procuradora D^a

Marta Arredondo Pazos y defendido por la Señora Letrada D^a Paloma Pérez Sendino.

3. D. Francisco Javier Delgado Moreno, con DNI xxxx, natural de Sevilla, nacido el día 27 de junio de 1968, hijo de xxxx y xxxx, con domicilio en Sevilla, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, insolvente, representado por el SR. Procurador D. José Tristán Jiménez y defendido por el SR. Letrado D. José Manuel Carrión Durán.
4. D. Samuel Benítez Pérez con DNI xxxx, natural de Sevilla, nacido el día 13 de noviembre de 1989, hijo de xxxx y xxxx, con domicilio en Sevilla, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, insolvente, representado por el SR. Procurador D. Julio Paneque Caballero y defendido por el SR. Letrado D. Manuel Caballero Casado.
5. D^a M^a García Mendaro con DNI xxxx, natural de Sevilla, nacida el día 24 de abril de 1977, hija de xxxx y xxx, con domicilio en Sevilla, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, insolvente, representada por el SR. Procurador D^a. Manuela Luque Tudela y defendida por el SR. Letrado D. José Antonio Salazar Murillo.
6. Y como acusadores particulares D^a Eva M^a Casanueva Núñez y D. Antonio Abad del Castillo Márquez, defendidos por el Letrado D. José María Calero Martínez, y representados por la Señora Procuradora D^a. M^a del Carmen Rodríguez Casas.

Segundo.- El juicio oral tuvo lugar los días 17, 18, 19, 24, 25, 26 de octubre, 2, 3, 7, 8, 9, 14, 15, 16, 21, 22, 23, 28, y 29 de noviembre de 2011, practicándose

con el resultado que constan en autos las siguientes pruebas: interrogatorio de los acusados, documental reproducida, testifical xxxxxxxxxx.

Tercero.- El Ministerio Fiscal formuló conclusiones definitivas en los siguientes términos: “SEGUNDA: Los hechos relatados son constitutivos de los siguientes delitos: Delito de asesinato de los artículos 138 y 139-1 del Código Penal, Dos delitos de agresión sexual de los artículos. 178, 179 y 180-1 incisos 2° y 5° del C. Penal, Delito de encubrimiento del artículo. 451 apartado 2° o 3° del C. Penal, Delito de amenazas condicionales del artículo 169-1 inciso 1° del C. Penal de un Delito contra la integridad moral del artículo. 173-1 del C. Penal. TERCERA: El acusado D. MIGUEL CARCAÑO es autor del delito de asesinato y de los dos delitos de agresión sexual, del segundo de ellos como cooperador necesario y del delito contra la integridad moral. El acusado D. RANCISCO JAVIER DELGADO es autor del delito de encubrimiento, del delito de amenazas condicionales y del delito contra la integridad moral. Los acusados D^a MARÍA GARCÍA Y D. SAMUEL BENITEZ son autores del delito de encubrimiento y del delito contra la integridad moral. CUARTA: No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal. QUINTA: Procede imponer al procesado D. MIGUEL CARCAÑO por el delito de asesinato la pena de VEINTE AÑOS DE PRISIÓN. Inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Por cada uno de los dos delitos de agresión sexual la pena de QUINCE AÑOS DE PRISIÓN. Inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena. Por el delito contra la integridad moral la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN. Inhabilitación del derecho a sufragio pasivo. Prohibición de residencia en el lugar donde lo hagan los padres y las hermanas de Marta del Castillo por espacio de 55 años, así como de aproximarse a menos de 500 metros y de comunicarse por cualquier medio con ellos por el mismo espacio de tiempo. Será de aplicación el límite máximo de cumplimiento de penas previsto en el art. 76-1 apartado A del Código Penal. Procede imponer al procesado D. FRANCISCO IAVIER DELGADO POR EL

DELITO DE ENCUBRIMIENTO la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN. Inhabilitación Del derecho a sufragio pasivo. Por el delito de amenazas condicionales la pena de TRES ANOS DE PRISIÓN e Inhabilitación del derecho a sufragio pasivo durante el mismo tiempo. Por el delito contra la integridad moral la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN, Inhabilitación para el derecho de sufragio Pasivo, Prohibición de aproximarse a los padres y hermanas de Marta del Castillo a menos de 500 metros y de comunicarse con ellos por cualquier medio por espacio de 6 años. Procede imponer al procesado D. SAMUEL BENITEZ por el delito de encubrimiento la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN e Inhabilitación del derecho a sufragio pasivo. Por el delito contra la integridad moral la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN e Inhabilitación del derecho a sufragio pasivo. Prohibición de aproximarse a los padres y hermanas de Marta del Castillo a menos de 500 metros y de comunicarse con ellos por cualquier medio por espacio de 6 años. Procede imponer a la procesada D^a MARÍA GARCÍA por el delito de encubrimiento la pena de TRES AÑOS DE PRISIÓN e Inhabilitación para el derecho de sufragio pasivo. Por el delito contra la integridad moral la pena de DOS AÑOS DE PRISIÓN. E Inhabilitación del derecho a sufragio pasivo. Prohibición de aproximarse a los padres y hermanas de Marta del Castillo a menos de 500 metros y de comunicarse con ellos por cualquier medio por espacio de 6 años.

Los procesados indemnizarán solidariamente a los padres de Marta del Castillo D. Antonio Abad del Castillo y D^a Eva Casanueva en 160.000 €, A L. en 30.000 €, y a M. en 30.000 €, por el daño moral derivado de la muerte de su hija y hermanas respectivamente, así como por el incremento del dolor y el ultraje a sus mas íntimos sentimientos derivados de la imposibilidad de haber dado sepultura al cuerpo de Marta. Los procesados indemnizaran solidariamente al Ministerio del Interior en 616.319,27 €, importe de las labores de búsqueda del cuerpo de la menor Marta del Castillo, en el río Guadalquivir, vertedero de Alcalá de Guadaira

y localidad de Camas, si bien en el informe apuntó la posibilidad que dichas cantidades engrosaran las costas procesales. Costas.

Cuarto.- El SR. letrado de la acusación particular en el mismo tramite consideró que los hechos eran constitutivos de los delitos por los que acusaba el Ministerio Fiscal, si bien el delito contra la integridad moral consideraba que concurría en concurso ideal con el delito de encubrimiento –solo en relación con la conducta delictiva del menor ya juzgado respecto al acusado D. Francisco Javier Delgado- más un delito de profanación de cadáveres también en concurso ideal con el delito de encubrimiento, que imputaba a los acusados D. Samuel Benítez Pérez, D. Francisco Javier Delgado Moreno y D^a María García Mendaro. Sin apreciar circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, solicitaba para D. Miguel Carcaño Delgado las mismas penas que el Ministerio Fiscal, más cinco meses de prisión por el delito de profanación de cadáveres, si bien la pena de prohibición de residencia la limitaba a diez años y se refería a la ciudad de Sevilla, elevando la indemnización por daño moral a 480.000 euros para la familia nuclear de la víctima, la fallecida D^a. Marta del Castillo Casanueva; para D. Samuel Benítez Pérez las mismas penas que el SR. Fiscal, si bien limitaba la prohibición de residencia a cinco años y solicitaba una indemnización para la familia nuclear de la víctima de 100.000 euros; para el acusado D. Francisco Javier Delgado Moreno solicitaba las mismas penas que el Ministerio Fiscal, a excepción de la pena para el delito de amenazas condicionales para el que solicitaba la pena de cinco años de prisión, si bien limitaba la prohibición de residencia a cinco años y la indemnización por daño moral para la familia nuclear de la víctima la fijaba en 100.000 euros; para la acusada D^a M^a García Mendaro solicitaba las mismas penas que el Ministerio fiscal, si bien limitaba la prohibición de residencia a cinco años y la indemnización por daño moral para la familia nuclear de la víctima la fijaba en 100.000 euros.

Quinto.- La defensa del acusado D. Miguel Carcaño Delgado en el mismo trámite consideró que los hechos eran constitutivos de un delito de homicidio por imprudencia del artículo 142 del C.-P. imputable a su defendido, y solicitó sin apreciar circunstancias modificativas de su responsabilidad la pena de tres años de prisión e indemnización a favor de la familia de la víctima en 160.000 euros.

Las demás defensas solicitaron la libre absolución de sus respectivos defendidos con declaración de las costas causadas de oficio.

HECHOS PROBADOS

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 pie 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 María 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 Guadaira. 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 €.

Octavo.- D^a Marta del Castillo Casanueva era de estado civil soltera. Vivía con sus padres D^a Eva María Casanueva Núñez y D. Antonio Abad del Castillo Márquez, así como con sus dos hermanas, M. nacida el 20 de diciembre de 1997 y L. nacida el 13 de diciembre de 1995.

Noveno.- El acusado D. Miguel Carcaño Delgado carece de antecedentes penales y permanece privado de libertad por esta causa desde el 13 de febrero de 2009.

-

El acusado D. Francisco Javier Delgado Moreno carece de antecedentes penales y estuvo privado de libertad del 16 de febrero de 2009 al 20 de mayo del mismo año.

El acusado D. Samuel Benítez Pérez carece de antecedentes penales y estuvo privado de libertad del 14 de febrero al 10 de diciembre de 2009.

La acusada D^a María García Mendaro carece de antecedentes penales y estuvo privada de libertad el 14 de abril de 2009.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Cuestiones previas planteadas por las partes.

Primero.- Siguiendo el criterio aceptado por la jurisprudencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo (sentencias de 11-10-2006 y 26-1-2007) conforme al cual se entiende aplicable al Procedimiento ordinario (Sumario) por delito la posibilidad de planteamiento de las denominadas cuestiones previas que para el Procedimiento abreviado prevé actualmente el artículo 786.2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal (antes en el artículo 793-2º), este tribunal sometió a las partes tal posibilidad, cuestiones que la defensa del acusado SR. Delgado Moreno ya había anunciado en su escrito de conclusiones provisionales y posteriormente en escrito de 14 de octubre pasado.

Tan solo nos vamos a referir a las cuestiones previas planteadas relativas a la posible nulidad de las actuaciones o suspensión de la causa en cuanto al dictado de la sentencia, no a las relativas a la solicitud o petición de nuevas pruebas, sobre las que resolvió el Tribunal, según consta en el acta del juicio oral de fecha 18 de octubre del presente año y en la grabación de la sesión de dicho día.

Segundo.- 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 particularR.

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.

El segundo supuesto se contempla en la sentencia del T.C. de 4 de julio del 2011, que resuelve recurso de amparo interpuesto por aforado, que cuestiona la prueba de cargo consistente en la declaración de otros partícipes en el delito, que fueron juzgados y condenados en procedimiento distinto y anterior en el tiempo.

De igual modo se refiere a este doble enjuiciamiento el acuerdo de pleno no jurisdiccional del T.S. de 16 de diciembre de 2008, que textualmente dice en relación con la validez de la declaración en el plenario del coimputado juzgado con anterioridad que acude como testigo al juicio de otro acusado:

“La persona que ha sido juzgado 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.”

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 pergeñar 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.

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 coimputados 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.

Por las razones expuestas, se desestima y rechaza la cuestión previa planteada por la acusación particular, que se funda en razones de lege ferenda, frente a los expuestos de lege data.

Por otra parte, el enjuiciamiento próximo en el tiempo del menor en el Juzgado de Menores y de los acusados en la presente causa se hubiera podido alcanzar de no haber recurrido las acusaciones el auto de 13 de agosto de 2010 de uno de los miembros de esta Sección en funciones de Magistrado Presidente de causa de Tribunal del Jurado, por el que se acordaba que los hechos a enjuiciar deberían serlo por lo trámites del proceso ordinario por delito.

Tercero.- El SR. Letrado de la defensa del acusado D. Francisco Javier Delgado Moreno ha planteado las siguientes cuestiones previas en el escrito de conclusiones provisionales y en el escrito de 14 de octubre pasado:

1. “INCIDENTE EXCEPCIONAL DE NULIDAD DE ACTUACIONES CON CARÁCTER PREVIO AL RECURSO DE AMPARO contra los autos de fecha 15 de abril de 2011 y del pasado día 25 de abril de 2011 por la sección primera”, por los cuales se inadmitían a trámite la solicitud de abstención y el incidente de recusación interpuesto subsidiariamente para el supuesto de no optarse por la abstención y se declaraba la conclusión del sumario y la apertura de juicio oral.

Dicho incidente, se aduce, no ha sido resuelto hasta este instante con infracción del derecho a la tutela judicial efectiva sin que pueda producirse indefensión.

Para fundar su petición decía que textualmente: “Habiéndose producido la recusación previa de los miembros de la Sección Primera, debemos de insistir en que el prejuicio objetivamente determinado según el auto del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía con sede en Granada de 6 de julio de 2010, obrante en las actuaciones, hace inhábil a dicha Sección para proceder a manifestarse sobre la apertura del Juicio Oral contra mi representado.”. y continuaba :“El auto de procesamiento y el auto de apertura de juicio oral se adoptan tras comprobar si de la instrucción resulta suficientemente acreditada la existencia de un hecho punible, si se ha determinado su presunto autor mediante un juicio de imputación formal y provisional, si existe o no un potencial soporte probatorio, o por el contrario que (el hecho no presente tipicidad, o que concurren determinadas causas de exención de la responsabilidad penal además de la falta de otros presupuestos. (Francisco Ortega Pérez. "El Juicio de Acusación "Atelier Libros Jurídicos. 2007'. Página 176.)“.

En primer lugar, hay que poner de manifiesto que sí se ha resuelto sobre el incidente de nulidad interpuesto contra los autos de 15 y 25 de abril de 2011. Efectivamente, en providencia de 23 de mayo de 2011 se acordó inadmitir a trámite el incidente de nulidad y estar a lo acordado en los autos referidos.

La resolución de este incidente de nulidad por medio de providencia “sucintamente motivada”, como es el caso, se recoge en el artículo 241 de la L.O.P.J.

Es más, la alusión que se hace a que el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía ha aceptado la recusación de los Magistrados de la Sección Primera no se ajusta a la realidad, puesto que esa recusación se refiere a la posibilidad de que alguno de ellos fuera el Magistrado Presidente de un eventual juicio de la presente causa por los tramites de la Ley del Jurado, no para tramitar la fase intermedia de un procedimiento ordinario, como es el caso, y resolver el recurso de apelación interpuesto contra el auto de procesamiento.

Conforme a las normas de reparto, instauradas precisamente para evitar la contaminación de las distintas secciones penales de esta Audiencia, de suerte que ninguna de ellas pudiera enjuiciar y sentenciar delitos tramitados por el proceso ordinario por haber resuelto recursos relativos y referentes a la fase de instrucción o haber tramitado la fase intermedia de dicho proceso, correspondió a la Sección Primera esa competencia.

Por otra parte, las referencias que se hacen al “juicio de acusación”, que se dice debe ser ponderado por tribunal distinto al que resuelve los recursos de apelación contra las resoluciones judiciales del Juez Instructor, son disquisiciones de lege ferenda, no contempladas por la L.E.CR.

2. “NULIDAD DE ACTUACIONES. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA SIN QUE PUEDA PRODUCIRSE INDEFENSIÓN. VULNERACIÓN DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. PROCESAMIENTO BASADO EN UNA ÚNICA DECLARACIÓN DE UN COIMPUTADO NO CORROBORADA POR NINGÚN ELEMENTO EXTERNO”.

Para fundar esta cuestión previa dice textualmente el SR. Letrado Carrión “El auto de procesamiento dictado y confirmado por la Sección Primera expresamente manifiesta que el único testimonio de que dispone contra mi representado es la del menor coimputado FRANCISCO JAVIER GARCÍA MARÍN. Dicho testimonio, al ser el único elemento que sirve para procesar a mi representado, debe de ser valorado con las 'reservas que a este respecto establecen tanto el Tribunal Supremo, -entre otras en la (j Sentencia 84/2010, de 18 de febrero, RJ 3500/2010-, como el Tribunal Constitucional.”

En primer lugar, hay que resaltar que el procesamiento de D. Francisco Javier Delgado, a pesar de lo que asevera el SR. Letrado de su defensa, no se basa en exclusiva en la declaración del menor implicado en los hechos que nos ocupan, sino que se funda igualmente en otros indicios que refiere el auto de procesamiento. Se recurrió dicho auto de procesamiento y se confirmó por la Sección I que era, por lo dicho, plenamente competente para hacerlo. La Sección I de la Audiencia Provincial valoró la existencia de indicios racionales y suficientes para mantener tal pronunciamiento judicial, cuya intensidad o aptitud para enervar el principio de presunción de inocencia se ha de ponderar en el juicio oral, tras la práctica de la prueba obtenida con las debidas garantías que determinaran la inocencia o culpabilidad del procesado.

Por otra parte, las manifestaciones incriminatorias del menor fueron realizadas antes de que fuera parte el SR. Delgado en la presente causa. Sobre este punto volveremos al resolver cuestión previa planteada en escrito de 14 de octubre pasado.

3. “INDEFENSIÓN. VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. VULNERACIÓN DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD DE ARMAS.- NULIDAD PRUEBA INTERVENCIÓN CONVERSACIONES TELEFÓNICAS.-“

Esta cuestión la parte la desarrolla en tres apartados. A saber la solicitud de copias de CDS, la falta de inclusión en el listado de determinadas llamadas realizadas o recibidas de los teléfonos intervenidos y vulneración del principio de igualdad de armas.

A,- Solicitud de copia de los CDS.

Se asevera que “Esta parte solicitó copia de los CD que contenían las conversaciones telefónicas en las que participaba su representado con otras personas así como otras que fueron de interés. Dicha solicitud fue desestimada por el SR. Instructor y sólo han podido ser oídas en la sede judicial”.

La parte lo que pidió en 2009 no fueron copias de los CDS (pese a lo que dice) sino transcripción literal de todas las conversaciones en escrito de 15 de septiembre de dicho año (folio 4019), petición que se desestimó por auto de 6 de octubre del mismo año 2009 (folio 4211), sin que recurriese esta decisión judicial.

Con posterioridad sí pide la copia de los cedos en escrito formulando recurso de reforma y subsidiario apelación (folio 5792, tomo 25) de 4 de febrero de 2011

contra el auto de procesamiento. Por auto de 23 de febrero de 2011 se desestima tanto el recurso de reforma como la petición de la entrega de los cedés, si bien se reitera por el Ilmo. SR. Magistrado Instructor que están a su disposición. Por fin, a este Tribunal no ha solicitado copia de los CDS.

Bajo este título también asegura la parte “lo que agrava tal solicitud de nulidad de las escuchas es la carencia de transcripción de todas las conversaciones llevadas a cabo lo cual habría facilitado el ejercicio de tal derecho puesto que las conversaciones intervenidas, en cualquier caso, deben ser auditadas en un contexto y no de forma aislada, circunstancia que no se consigue con la transcripción parcial de las mismas.”

Parece que el SR. Letrado al efectuar estas afirmaciones, ha olvidado el contenido de reiterada jurisprudencia del T.S. sobre las transcripciones de las conversaciones grabadas y obtenidas en las intervenciones telefónicas.

Efectivamente la Jurisprudencia del T.S. y del T.C. no obliga a la transcripción de todas las conversaciones. Así sienta la Sentencia del T.S. de 30 de junio de 2011:

“Así se ha pronunciado esta Sala en SS. 28.1.2004, 2.2.2004, 18.4.2006 y 7.2.2007, precisando que: "Desde luego es cierta la necesidad de conocer el resultado de las conversaciones, pero ni la sentencia del Tribunal Constitucional dice, ni esta Sala ha exigido, que deba oír las conversaciones directamente el juez o leer su transcripción. Lo esencial es que aquel efectúe el juicio de ponderación y de proporcionalidad en base a los datos que la policía le facilite, si los estima suficientes.”

En igual sentido la Sentencia 27 de junio de 2011 del mismo Tribunal dice:

“Y, en tercer lugar, que "se ha practicado prueba documental que ha permitido acreditar el contenido de las conversaciones realizadas desde las líneas telefónicas móviles

utilizadas por Aureliano y Higinio con otras personas procesadas, entre ellas con Teofilo, conversaciones correctamente aportadas a las actuaciones, donde constan unidos los discos que contienen los originales de las mismas, y donde aparecen documentadas por medio de transcripción de parte de ellas cotejada por diligencia del Secretario Judicial a los folios 1717 y 44 a 56 “

Es decir, no se requiere la transcripción total de todas las conversaciones mantenidas en los teléfonos intervenidos.

Y añade la sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 3-10-2007:

“no puede aseverar el recurrente que la decisión de prolongar la medida de investigación adoptada por la Autoridad Judicial no se haya tomado sin conocimiento por ésta de los resultados de la intervención ya practicada, por más que en las actuaciones no figure una diligencia de que la Juez o la Secretaria Judicial hayan escuchado las grabaciones remitidas, o leído las transcripciones de éstas, porque no toda acción realizada por el Juez, y mucho menos cuando éstas tienen naturaleza de internas o íntimas en el ejercicio de su función jurisdiccional como son las propias del estudio del proceso instruido, tienen necesariamente que aparecer acreditados por la correspondiente diligencia que de fé ello”

B.- Falta de inclusión en el listado de determinadas llamadas realizadas o recibidas de los teléfonos intervenidos.

En cuanto a este apartado, estimamos que queda contestado con el contenido de la jurisprudencia citada en el apartado anterior. En todo caso, las transcripciones no son condición de validez de las intervenciones telefónicas (como la parte reconoce) y si acaso afectará a su valor probatorio, lo que se debe dilucidar en el plenario, al igual que lo relativo a lo incompleto de los listados de llamadas.

C.- Vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. Vulneración del principio de igualdad de armas.

Alega el SR. Letrado de la defensa del SR., Delgado que“es preciso vigilar que el principio de igualdad de armas se verifique en el procedimiento. Dicha igualdad de armas no se manifiesta adecuadamente cuando el Ministerio Fiscal tiene en su poder las grabaciones de las cintas o cedes donde constan las mismas”.

No ha habido vulneración del principio de igualdad de armas, ni afectado el derecho de defensa, ya que el Ministerio Fiscal, a quién corresponde la instrucción en el expediente en el proceso de menores, por tal condición tiene en su poder las copias (artículos 16 y 23 LO 5/2000 de Responsabilidad Penal del Menor).

Por otra parte, el SR. Letrado ha tenido en todo momento la posibilidad de consultar todos y cada uno de los CDS, en el que se contienen todas y cada una de las conversaciones mantenidas en los teléfonos intervenidos.

4. NULIDAD DE LAS DECLARACIONES DEL MENOR - INCRIMINATORIAS PARA EL SR. DELGADO- Y DE LAS DILIGENCIAS DE RECONSTRUCCIÓN DE HECHOS EN LAS QUE NO INTERVINO EL SR. LETRADO DEL ACUSADO D. FRANCISCO JAVIER DELGADO.

Sostiene este apartado que deben ser declaradas nulas las declaraciones del menor de los días 16, 17 y 18 de febrero de 2009, la primera prestada en el GRUME, la segunda en la Fiscalía de Menores y la tercera en el Juzgado de Instrucción, puesto que no se permitió estar presente en las mismas, así como en las diligencias de reconstrucción de hechos, practicadas los días 16, 17 y 18 de febrero de 2009, al SR. Letrado de la defensa del SR. Delgado, quién se encontraba detenido en las dependencias policiales desde el 16 de febrero, mientras que estas diligencias se practicaban.

No procede estimar la nulidad de esas diligencias. Es cierto que en las mismas no tuvo la oportunidad de intervenir el SR. Letrado de la defensa del SR. Delgado, pero no es lo menos que el SR. Delgado no era parte del proceso, pues aun no se había incorporado al mismo en calidad de imputado. Los días 16, 17 y 18 citados estaba detenido en dependencias de la Policía, que no había puesto a este acusado a disposición del Juzgado de Instrucción nº 4 de Sevilla, que instruía la causa. Por ello, la declaración del menor de edad como testigo en el Juzgado de instrucción en la presente causa, la que nos interesa, tuvo lugar en momento en el que el SR. Delgado no era parte – ver folios 1295, 1316, ,1386, 1280 y siguientes, 1289 1290, 1400 a 1405 y 1406 a 1414.

5. NULIDAD DE LAS GRABACIONES TELEFÓNICAS.

Funda esta nueva petición el SR. Letrado Carrión en su escrito de 14 de octubre de 2011 en el hecho de que no ha sido citado en momento alguno para la audición de las escuchas de las conversaciones mantenidas en los teléfonos intervenidos.

Sorprende sobremanera esta alegación, puesto que al folio 4740 de las actuaciones consta diligencia del siguiente tenor: “En Sevilla, siendo las 17’30 horas del día once de diciembre de 2009. Ante mi,, Secretario del Juzgado de Instrucción 4 de esta ciudad, se procede a la audición de las conversaciones recogidas en la pieza separada de documentos que constituyen el soporte a papel de los CDS en los que se recogen las conversaciones intervenidas en las actuaciones. Están presentes los letrados José Antonio Salazar, Manuel Carrión Durán y el SR. Letrado Manuel Caballero Casado”

Procede, por tanto, de plano desestimar esta cuestión previa.

Valoración de la prueba

Cuarto.- Decía Tomas y Valiente, en su trabajo sobre la presunción de inocencia, titulado “LA CONSTITUCIÓN DE 1978 Y LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA COMO DERECHO FUNDAMENTAL” publicado en el número 20 de la Revista Española de Derecho Constitucional de 1987:

“El inciso final del artículo 24.2 de la Constitución declara que todos tienen derecho a la presunción de inocencia. Esta norma debe ser interpretada, en virtud de la remisión del artículo 10.2 CE, de conformidad, entre otras, con el artículo 11 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con el 6.2 del Convenio de Roma y con el 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York.

Por vez primera en nuestra historia, la presunción de inocencia es un derecho de rango constitucional. Digámoslo con palabras de la muy importante sentencia de la Sala 1.a del Tribunal Constitucional de 28 de julio de 1981: «Una vez consagrada constitucionalmente, la presunción de inocencia ha dejado de ser un principio general del Derecho que ha de informar la actividad judicial (in dubio pro reo) para convertirse en un derecho fundamental que vincula a todos los poderes públicos y que es de aplicación inmediata» (sentencia del T.C 31/1981).

En cuanto tal derecho fundamental debe ser tutelado por todos los jueces y tribunales integrantes del poder judicial y goza de la protección extraordinaria del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (artículo 53 CE y arts. 41 y 44 de la LOTC). Su contenido esencial no es disponible por el legislador, que en todo caso ha de respetarlo (art. 53.1 CE), razón por la cual importa definir en qué consiste, como en efecto lo ha hecho el Tribunal Constitucional a través de la jurisprudencia que vamos a analizar.

Sin querer formular aquí el régimen de los derechos fundamentales, sí conviene recordar, para que se pueda apreciar la importancia de la transformación operada de lo que era un principio al actual derecho a la presunción de inocencia, que éste sólo puede ser desarrollado por medio de ley orgánica (art. 81 CE), que goza de la máxima rigidez ante una posible reforma constitucional (art. 168.1 CE) y que tanto la presunción de inocencia como todos los otros derechos fundamentales no sólo son derechos públicos

subjetivos de cada individuo, sino además «elementos esenciales de un ordenamiento objetivo de la comunidad nacional en cuanto ésta se configure como marco de una convivencia humana, justa y pacífica» (STC 25/81, fundamento jurídico 5).

Desde su primera sentencia al respecto, el Tribunal ha señalado que teniendo la presunción de inocencia el carácter de presunción *iuris tantum* sólo puede quedar desvirtuada merced a una «mínima actividad probatoria» (STC 31/81, fundamento jurídico 3). Ello implica que no puede imputarse al acusado «la carga de probar su inocencia, pues, en efecto, ésta es la que inicialmente se presume como cierta hasta que se demuestre lo contrario» (STC 124/83, fundamento jurídico 1), de donde se infiere que la «actividad probatoria» o «carga probatoria corresponde a los acusadores y que toda acusación debe ir acompañada de probanzas de los hechos en que consiste» (STC 77/83, fundamento jurídico 2). La prueba producida ha de ser tal «que de alguna forma pueda entenderse de cargo» (STC 31/81, fundamento jurídico 3); ha de haberse practicado en el juicio (STC 31/81, fundamento jurídico 3), para de ese modo hacer posible la contradicción (STC 101/85, fundamentos jurídicos 6 y 7, y STC 173/85, fundamento jurídico 2); y ha de haberse producido con las debidas garantías procesales (STC 31/81, fundamento jurídico 2).

«Para condenar hace falta la certeza de la culpabilidad obtenida de la valoración de la prueba» (STC 55/82, fundamento jurídico 2). Como es la inocencia la que «se presume cierta», si el juez no tiene «certeza de la autoría» debe absolver, porque sólo la certeza desvirtúa la presunción de inocencia. Sólo desde el convencimiento firme se puede condenar, no desde la duda.

Es en este punto donde el derecho fundamental a la presunción de inocencia conserva la proscripción de la duda como base para condenar, pero desde un planteamiento y con una construcción muy distintos. No se trata ahora, cómo en la retórica y la ética del Antiguo Régimen, de una opción entre virtudes (es preferible la benignidad al rigor, la piedad y la misericordia a la severidad), ni de que al retrato del buen juez le acomode mejor la indulgencia que la inflexibilidad, la tendencia a absolver que la inclinación a condenar. Tampoco nos encontramos ante un mecanismo o criterio que, partiendo de una benignidad objetivada en una regla hermenéutica, establezca el beneficio de la duda en favor del acusado (*favor rei*), pero sin base normativa en el ordenamiento ni control *a posteriori* en caso de vulneración.

La consagración de la presunción de inocencia como derecho fundamental proscribe la condena en la duda porque establece el hecho inicialmente cierto de que todo hombre es inocente. La interdicción de la condena dubitativa (esto es, de la formulada por el juez que no tenga certeza de la culpabilidad del acusado) forma parte del contenido esencial del derecho a la presunción de inocencia del que constituye el núcleo (STC 124/83, fundamento jurídico 1; STC 24/84, fundamento jurídico 3; STC 55/82, fundamento jurídico 2). «Se trata, pues, de una presunción iuris tantum que puede ser destruida por pruebas en contra, pero sólo por pruebas, esto es, no por impresiones o apariencias no contrastadas en juicio con arreglo a las normas que regulan la actividad probatoria y con todas las garantías inherentes a un proceso público» (STC 173/85, fundamento jurídico 1).”

En esta misma línea e inspirada en la misma idea de la certeza interina de la presunción de inocencia, sentó la sentencia del T.S. de 22 de abril de 1999:

“cuando se trata de este tipo de denuncias por abusos sexuales de menores, existe lamentablemente una acusada presión social, derivada de la natural repugnancia que provoca la naturaleza de los hechos objeto de acusación, que invierte el principio constitucional y convierte al acusado en culpable en tanto no acredite suficientemente lo contrario. Pero, precisamente por ello, es en este tipo de acusaciones donde el derecho constitucional a un juicio con todas las garantías, el derecho de defensa, la presunción de inocencia y la interdicción de la indefensión adquieren su máxima virtualidad, y cuando los Tribunales de Justicia, que no deben ser influidos por las presiones mediáticas o sociales, están obligados a tutelar de manera más efectiva los derechos fundamentales del acusado. De cualquier acusado, con independencia de la naturaleza del delito objeto de acusación”.

Los miembros de este Tribunal entienden que en la decisión de este caso tan mediático es menester tener en cuenta tanto las sabias palabras del malogrado Tomás y Valiente como la jurisprudencia del T.S. que nos advierten de los peligros intelectuales a los que puede llevar los juicios con la trascendencia social como el que nos ocupa, peligros que solo se pueden soslayar teniendo como norte la tutela de los derechos fundamentales de los acusados, en especial la presunción de inocencia, que solo cede ante las pruebas de cargo practicadas en el juicio oral.

Por las mismas razones tampoco carece de interés recordar que el ejercicio de la Jurisdicción es ante todo un acto de razón que no de voluntad, inspiración

sobrenatural, deseo, oportunidad, prejuicio o mero sentimiento. La tarea decisoria de todo tribunal penal no es un “totum revolutum” en que al mismo tiempo actúan sin ánimo de concierto razones, opiniones, impresiones, deseos, prejuicios y ánimos de venganza, por legítimos que puedan parecer aisladamente considerados. Es ante todo, insistimos, un acto de lógica o razón.

Estando constituido el objeto de todo proceso por hechos, la primera tarea de un tribunal penal es determinar si conforme a las pruebas practicadas puede afirmarse sin ningún género de duda razonable que los que se dicen cometidos por los acusados lo fueron realmente, de forma que su derecho fundamental a la presunción de inocencia quede del todo destruido o enervado, para a continuación dilucidar si tienen o no encaje en alguna conducta sancionada como delito por el legislador.

Solo tras ello podrán ser tenidos en cuenta los factores emocionales de toda índole que puedan concurrir en el caso, ya sea para apreciar la concurrencia de circunstancias modificativas, para graduar la pena o, incluso, para la fijación del importe de las responsabilidades civiles.

Pues bien, es en ese primer nivel o primera línea de la actuación jurisdiccional donde despliega toda su eficacia la presunción de inocencia que a todo acusado protege y que se erige frente a todo interés de parte acusadora que carezca de insuficiente sustento por legítimo que pueda considerarse. Una vez afirmada la destrucción de la presunción de inocencia del acusado será cuando prevalezcan los derechos de las víctimas.

En todo caso, quienes se consideren víctimas o perjudicados por un delito tienen reconocido en el ordenamiento jurídico español el derecho a ejercer la acción penal, y la civil del delito derivada, personándose como acusador particular

en el proceso para desde ese momento poder influir legítimamente en todas las fases de su desarrollo, desde la instrucción hasta la fase de recursos, como forma de obtener una más plena satisfacción de su derecho fundamental a una tutela judicial efectiva. Derecho éste que tal como desde antiguo lo interpreta el Tribunal Constitucional equivale al derecho a obtener una respuesta motivada o razonada de los tribunales, no al derecho a que le den a uno la razón. Por ello, desde la perspectiva de lo que se acaba de decir más arriba resultaría inexplicable que quien haga uso de aquel derecho a ejercer la acción penal en el proceso, al mismo tiempo se dedique sistemáticamente a discutir fuera del mismo ante los medios de comunicación las decisiones judiciales que no le satisficieren cada vez que no se le diera la razón, en una actitud inadecuada conforme a los parámetros consagrados en el artículo 11 de la Ley Orgánica del Poder Judicial en cuanto en su apartado primero proclama que “En todo tipo de procedimiento se respetarán las reglas de la buena fe” y que no podría interpretarse sino como un intento de presionar a los jueces y tribunales que en sus diferentes fases hayan tenido a su cargo la llevanza del proceso.

Así las cosas, como pieza maestra o clave de bóveda que es de un Estado de Derecho que se precie, como es el español, la destrucción de la presunción de inocencia del acusado solamente podrá ser declarada a través de un juicio lógico e intelectual, que no emocional; a través de un análisis racional de las pruebas contrastándolas en su conjunto, sin una opinión preconcebida que pueda llevar a análisis sesgados o parciales de las practicadas en un intento de hacer encajar el conjunto en aquélla, esto es, en un prejuicio. Esto último podría comprenderse, que no justificarse, en una parte del proceso, pero nunca en un tribunal, so pena de poder incurrir en el delito más odioso que un juez puede cometer, la prevaricación.

Hacerlo de otra manera haría de imposible cumplimiento el deber de motivación de sus resoluciones que el artículo 120 de la Constitución impone a

Jueces y tribunales; deber que constituye a su vez la garantía de que el tribunal no actúa arbitrariamente o sin fundamento racional a la hora de ejercer el “ius puniendi” del Estado.

Estas son, sintéticamente expuestas, las exigencias que nuestra Constitución impone a todo tribunal. Garantías propias de un Estado de Derecho que el tribunal que suscribe esta sentencia acata, además, gustosamente por absoluta, total y plena convicción y asunción de los valores que la Constitución española de 1978 encarna.

Y, repetimos, no hemos considerado ocioso recordar algo que a estas alturas parecería obvio, visto el eco que el caso enjuiciado ha tenido en la prensa y su correlativa influencia en la opinión pública, a la que pretendemos que llegue de la forma más clara posible el proceso mental de este tribunal a la hora de adoptar las decisiones que va a tomar en esta sentencia.

En ese sentido, si este tribunal autorizó la difusión pública de las sesiones del juicio -permitiendo la grabación desde la perspectiva que tendría el ciudadano mejor situado en la sala de vistas (auto de 3 de octubre de 2011), puesto que siendo la publicidad de los juicios una de las garantías del proceso su destinatario no son los medios de comunicación, sino los ciudadanos-, fue entre otras razones porque ello permitiría a la ciudadanía aquilatar la enjundia de las pruebas practicadas y así estar en condiciones de apreciar si es o no razonable la valoración que de las pruebas practicadas a su presencia va a hacer este tribunal a continuación.

Así las cosas, para decidir sobre los hechos objeto de acusación, contamos con las siguientes pruebas: interrogatorio de acusados, declaraciones testificales, periciales y documental, si bien todas ellas pivotan sobre la declaración del

acusado D. Miguel Carcaño Delgado, que se ha confesado autor de la muerte de la menor D^a Marta del Castillo, pero dando seis versiones sobre los hechos.

Con tal material probatorio hemos de tratar de esclarecer lo realmente ocurrido, en lo que único cierto es la desaparición de D^a Marta del Castillo, porque la gran paradoja de este juicio es que para intentar demostrar la causa y forma de tal desaparición se dispone fundamentalmente de las manifestaciones del principal encausado, el SR. Carcaño, con seis versiones distintas, como se acaba de decir.

Por ello, es menester partir de esas declaraciones y comprobar cual de ellas es avalada por las demás pruebas, en especial por las únicas objetivas de que se dispone, las pruebas periciales respecto a los restos de ADN, hallados en el cuarto o dormitorio de este acusado en el calle León XIII, y la situación de los móviles de este acusado y otras personas, sobre todo de los demás acusados, en la noche del día 24 y madrugada del día 25 de enero del año 2009. Pruebas periciales que, además, son meramente indiciarias, y que, como ocurre con los listados de llamadas, no han sido tenidos en cuenta en su totalidad por las dos acusaciones, ya que se centraron en lo que denominaron “apagón de los móviles” sin destacar aspectos tan importantes como la ubicación de los interlocutores, cuya trascendencia tendremos oportunidad de razonar.

Finalmente, debe hacerse referencia la sentencia dictada 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 2^a 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, tal 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.

Quinto.- Analicemos las declaraciones del acusado D. Miguel Carcaño.

1. En la primera declaración del día 26 de enero de 2009 aseveró que estuvo con D^a Marta en la tarde del día 24 de ese mes y año; que por la tarde habló con D. Francisco Javier García Marín, conocido por el Cuco, que quedaron D^a Marta, él y “Cuco” en verse por la noche, que estuvo en su casa de León XIII con D^a Marta del Castillo y la dejó sobre las 21’30 en su casa, regresando a su domicilio en Camas sobre las 22’30; que sobre las 00 horas le llamó D. Samuel preguntándole por D^a Marta del Castillo diciéndole que la había dejado en su casa a la hora ya indicada, y sobre las 1’15 horas le llamó la madre de D^a Marta del Castillo culpándole de la desaparición de su hija.

2. En la segunda declaración del día 26 mencionado mantiene en esencia la anterior declaración, si bien añade que sobre las 4’20 horas le llama su hermano, el también acusado D. Francisco Javier Delgado Moreno, y le dice que fuera a la casa de León XIII ya que le están llamando y preguntando por D^a Marta del Castillo, que llegó a esa vivienda sobre las 5’20 contando a su hermano que había estado con D^a Marta por la tarde y que le había dejado en su casa sobre las 21’30 horas, regresando a Camas.

3. En la declaración de 13 de febrero de 2009 (folios 927 a 930), una vez que la Policía le puso de manifiesto que en la chaqueta que vestía el día 24 de enero de 2009 había restos de sangre de D^a Marta del Castillo, confesó que había dado muerte a la menor en el interior de la vivienda de León XIII 78 de Sevilla; que la golpeó con un cenicero pesado con el anagrama de la discoteca “Nocturnidad y alevosía”; que tras comprobar que no respiraba salió de la casa y llamó al también

acusado D. Samuel Benítez para que fuera a su casa; que D. Samuel se presentó sobre las 21´30 horas; que al ver el cuerpo de D^a Marta del Castillo le dijo “que has hecho, estás loco”; que entre ambos decidieron tirar el cuerpo de D^a Marta del Castillo al río, trasportando el cuerpo inerte en la moto del SR. Carcaño colocándolo en medio de los dos. En esta declaración afirmó que también tiró al río el cenicero con el que golpeó a D^a Marta del Castillo y que “Cuco” no había tenido intervención alguna en los hechos y reconoció que la noche del 24 de enero de 2009 vestía la chaqueta marca “D foto”, que, según el informe pericial que se dirá, contenía sangre de D^a Marta del Castillo.

4. En la declaración del día 14 de febrero de 2009 (folios 1012 a 1015), 20 horas después de la anterior, textualmente dijo:

“Que no recuerda bien la hora en la que llegó Samuel, que pudo ser entre las 21´30 y 21´45. Que entró Samuel y se produjo la conversación a la que ha hecho alusión en la anterior declaración. Samuel le dijo que fuera a por la moto. Cuando fue a por la moto, observó un vehículo estacionado junto a su moto. En él estaba Cuco en el asiento de copiloto. El coche era un Volkswagen Polo de la madre de Cuco, de un color claro. Que a Marta la sacaron de la casa Cuco y Samuel cogiéndola por debajo de las axilas. Que la metieron en la parte de detrás del coche. ... Que Samuel y Cuco pararon el coche y una vez que pasaron dos motos, sacaron a Marta. Que el dicente les ayudó a arrojar el cuerpo. Que el dicente tiró el cenicero. Que no ataron nada al cuerpo ni la tiraron con una silla de ruedas. Que Samuel y Cuco tomaron dirección a Sevilla y el dicente a Camas a casa de su novia. Que pudieron separarse alrededor de las 22´15 o 22´30, sin poder precisarlo.”

Es decir, introdujo en la desaparición del cuerpo de la menor a “Cuco” y al coche Volkswagen Polo, propiedad de la madre de “Cuco” y mantuvo que tiró el cenicero al río.

5. En la declaración de 15 de febrero de 2009 (folios 1019 y 1020), matizó respecto a la anterior de 14 del mismo mes y año que llamó a D. Samuel sobre las 20'40 horas, que desconocía porque apareció el "Cuco", que él no le llamó, que D. Samuel y el "Cuco" metieron el cuerpo de D^a Marta del Castillo en la parte trasera del coche de la madre del segundo, que él no limpió la sangre que había en su dormitorio.

6. En la declaración de 16 de febrero de 2009 (folios 1202 a 1207), la primera judicial que prestó, en primer lugar ratificó sus declaraciones anteriores realizadas en sede policial, ratificación que sorprende porque ya había dado tres versiones distintas sobre los hechos por los que viene acusado.

Después asumió la versión mantenida los días 14 y 15 de ese mes y tras decir que discutía verbalmente con Marta añadió:

"sin mas, cogió un cenicero y golpeó con él a Marta, a la altura de la sien izquierda de la cabeza... Tras golpearla una sola vez, Marta cayó al suelo y el dicente echó el cenicero a la cama y se tiró al suelo y comenzó a hablar con Marta sin que ella le respondiera. Todo esto ocurrió en el dormitorio que el declarante tiene en esa vivienda, es " su cuarto ", al ver que Marta no respondía, vio que no respiraba, no se le movía el pecho, y el dicente puso el oído en el pecho de Marta y vio que no le latía el corazón. Muy nervioso salió de inmediato, pasados dos o tres minutos del golpe, a llamar a Samuel desde un teléfono publico próximo que ya ha identificado en su declaración policial.

En cuanto a la concreción de la sucesión horaria de los hechos, recuerda que llamó a Samuel poco antes de las 21 horas, seguramente, a las 20.55 horas, ya que recuerda que cuando regresó al domicilio tras llamar a Samuel, recibió el teléfono móvil de Marta una llamada de una amiga llamada Cristina y el dicente cogió el móvil de Marta y vio la procedencia de la llamada, no la contestó y volvió a introducir el móvil en un bolsillo del pantalón de Marta y cuando vio esa llamada del móvil eran las 21 horas. Permaneció junto a Marta cogiéndole

la mano, sentado a su lado, viendo que no se movía y así estuvo calcula que una media hora y serian las 21.25 o 21.30 horas, cuando Samuel llamó al porterillo y el dicente le abrió. El declarante no había dicho a Samuel cuál era el motivo de que le pidiera con urgencia que viniera a su casa y no sabe por qué llegó también Cuco y no sabe por qué decidieron ambos dos venir en el vehículo Polo de la madre de Cuco.... No es cierto que utilizaran una silla de ruedas para sacar a Marta del domicilio. No se explica que alguien diga haberle visto junto a una silla de ruedas... No es cierto que su hermano Francisco Javier estuviera allí y llegara a amenazar a los amigos del dicente para que guardaran silencio sobre lo ocurrido, bajo amenaza de algún mal... No es cierto que el dicente llamara primero a su hermano, sino que al que llamó fue a Samuel después de ocurridos los hechos, porque con su hermano no tiene esa confianza y sin embargo, siempre ha acudido a Samuel cuando le ha necesitado por haberse metido en algún lío. No llamó a su hermano y si a Samuel sobre las 21 horas y escuchó que donde estaba Samuel, había otras personas, escuchó jaleo pero no sabe si Samuel estaba en la calle o en algún recinto. No es cierto que la policía le dijera en sus primeras declaraciones que el dicente hubiera sido delatado por Samuel, Solo en la tercera declaración se lo dijeron que tanto Samuel como Cuco le habían implicado y el dicente se puso más nervioso y ya se perdía en sus declaraciones. Sin embargo, la policía no le dijo esto ni en la primera ni en la segunda declaración.”.

Es decir, mantiene en esta declaración la participación en la desaparición de la menor de D. Samuel Benítez y D. Francisco Javier García Marín, que entre los tres la tiraron al río Guadalquivir y que él tiró el cenicero, que transportaron el cadáver de D^a Marta del Castillo en el coche de la madre del Cuco, que él llamó a D. Samuel, no a D. Francisco García Marín -Cuco-, que su hermano no participó en los hechos y no entendía como el SR. García Marín decía que su hermano estaba presente y decidió qué hacer con el cuerpo de la menor fallecida. También manifestó que no mantuvo relaciones sexuales con D^a Marta del Castillo el 24 de enero de 2009.

7. En la declaración de 10 de marzo de 2009 (folios 1824 a 1827), una vez que la Policía Científica había remitido parte de los resultados de los estudios de ADN recogidos en la inspección ocular de 13 de febrero de 2009, insistió que había matado a D^a Marta del Castillo con un cenicero que guardó en el cofre de su moto y que no se explicaba la presencia de ADN del SR. García Marín en el suelo de su cuarto, si bien el mismo había dormido varias veces en el mismo, ni tampoco la diversidad de restos biológicos de D^a Marta del Castillo en su dormitorio, sin embargo manifestó que tras golpear a D^a Marta con el cenicero ésta cayó al suelo y él dejó el cenicero encima de la cama. Y añadió:

“No es cierto que Roció viera el pantalón que el dicente manchó con la sangre de Marta, después de que el dicente lo hubiera lavado estando el pantalón chorreando, ni es cierto que el dicente lo ocultara después en ese estado, es decir, chorreando, entre la ropa sucia de la bañera. No sabe si Roció llegó a ver la mancha en su pantalón.

No se explica que Roció haya podido declarar en ese sentido, ni que la ventana del dormitorio estuviera abierta al día siguiente. El dicente no la abrió ni salió en toda la noche del domicilio de Camas, hasta que fue a trabajar. Nada es verdad de lo que al parecer, ha dicho Roció.

No es cierto que la llamada de Cristina al teléfono de Marta, una vez que estaba ésta inerte tras haber sido golpeada, se produjera a las 20.30 horas. Era mas tarde y ya su hermano se había ido del domicilio.

No es cierto que el dicente, insiste, se personara sobre la 1.30 horas del día 25 en León XIII y no se explica la razón de que unos vecinos declaren haberle visto.

Insiste en que Marta está en el río porque allí fue arrojada.

No es cierto todo lo que dice Cuco, en cuanto al escenario en el domicilio, una vez que el mismo se personó allí y ayudó a sacar a Marta.

No es cierto que tuvieran a Marta en el salón, ni que le envolvieran en una manta, ni que estuviera allí su hermano amenazando a Cuco.

Insiste en que el cuerpo de Marta fue sacado en volandas, en la forma que ya describió, por Samuel y Cuco, desde su dormitorio hasta el coche que estaba aparcado en una esquina próxima. Eso fue lo que sucedió y por eso lo manifiesta.

El no decidió sacar a Marta, ni decidió llevarla hasta el río para arrojarla desde un puente. Esto lo decidieron entre Samuel y Cuco.

Preguntado como es posible que sostenga que salió de la casa antes que Samuel y Cuco y en definitiva, que salió de la casa dejando allí a Marta después de haberla golpeado, y como es posible que no volviera a entrar a dicho domicilio después de que salieran del mismo Samuel y Cuco llevando a Marta, sin preocuparse el dicente de limpiar los restos y huellas que hubiera podido dejar la agresión a Marta, manifiesta que lo cierto es que él salió por delante de Cuco, de Samuel y por consiguiente de Marta y no volvió a entrar para limpiar, para borrar huellas o para preocuparse de los restos que allí hubieran podido quedar, de forma que salió y no volvió a entrar hasta que ya de madrugada, una vez estaban allí su hermano y la actual pareja de éste, fue llamado a su trabajo por su hermano para que allí se personara.”

8. En la declaración de 16 de marzo de 2009 (folios 1935 a 1932) transmutó su versión de los hechos, manifestando, tras haber realizado la reconstrucción de los hechos conforme a lo declarado por el mismo hasta ese día, que:

“en la mañana del día de hoy, tras haber practicado la diligencia judicialmente acordada, no ha podido ya seguir ocultando la verdad de lo que sucedió y quiere manifestar voluntariamente sobre los hechos objeto de este procedimiento.

La tarde del día 24 de enero, después de haber estado con Ángel, el chico de Triana, Marta y el dicente habían quedado con " Javi ", esto es, con el "Cuco", en el domicilio de León XIII. Marta y el dicente fueron directamente desde Triana al domicilio de León XIII y llegarían en torno a las 20.15 o 20.20 horas... Su hermano salió del domicilio sobre las 20.30 horas. Antes de que llegara Cuco, el dicente y Marta estuvieron bebiendo Bacardy con coca-cola y se hicieron un porro. Sobre las 20.40 horas, cuando se acababa de ir su hermano, llegó Cuco...En el salón, en presencia de Cuco, Marta y el dicente se estuvieron liando y entonces se fueron ambos al dormitorio del dicente, quedando Cuco en el salón.

Una vez en el dormitorio, mantuvo relaciones sexuales Marta... En los roces y juegos preliminares, anduvieron ambos por la habitación quitándose la ropa y después pasaron a la cama sobre la que mantuvieron una relación, ... Salieron al salón y el dicente se empezó a encontrar mal... Cuco intentó besar a Marta estando ambos en el sofá o sofás del salón y ella se echó para atrás impidiéndoselo, estando ambos de pié frente al televisor, dando Marta la espalda a la ventana y en ese momento fue cuando Cuco le dio dos puñetazos al menor en la cara que provocaron que Marta sangrara cree que por el labio superior y estuviera a punto de caer, quedando casi de rodillas apoyada sobre el sofá que está frente a la ventana y da la espalda a la entrada del salón. En ese momento el dicente, estando prácticamente Marta de rodillas, se acercó para mediar y separar a Cuco y fue cuando Cuco sacó una navaja de mariposa y se la puso al cuello al dicente, diciéndole que se apartara, que no se metiera. El dicente quedó paralizado, estaba muy afectado por las pastillas y físicamente se sintió incapaz de hacer frente a Cuco. Fue entonces cuando Cuco cogió a Marta del pelo y prácticamente arrastrándola, si bien no arrastrándola físicamente, pero si por la fuerza tirándole del pelo, llevó a Marta hasta el dormitorio. El dicente quedó en el salón y escuchó gritar a Marta, y escuchó gritos de Marta que eran ahogados por algo que tenía en la boca. El dicente entonces se acercó desde el salón hasta el dormitorio, cuya puerta estaba abierta. Vio que Cuco seguía golpeando a Marta, seguía dándole.-golpes en la cara y vio como tenía Marta algo en la boca, parecía que era un calcetín. Sentada Marta en la cama, Cuco le quitó los

pantalones o calzonas, la tendió sobre la cama, le quitó las bragas y con la navaja se la puso al cuello y la violó. Vio como Cuco penetraba a Marta. El dicente estaba en la puerta paralizado y está muy arrepentido de no haber evitado esta situación... Tras esa penetración sin saber el dicente si Cuco eyaculó o no dentro de Marta, Cuco tiró a Marta al suelo. Antes de esto, Cuco la puso de rodillas en el suelo y le ató a la espalda ambas manos utilizando para amarrar sus muñecas cinta aislante de color negro que Cuco cogió de un pequeño cajón de un mueblecito que tiene en su dormitorio, junto a la mesa del ordenador... Cuco echó al suelo a Marta...Cuco cogió una alargadera de cable que el dicente tenía en el suelo bajo la mesa de escritorio... y lo enrolló al cuello de Marta, estando ella aún de rodillas. Tiró entonces Cuco del cable hasta lograr echar a Marta al suelo, quedando la misma en posición decúbito superior, esto es, mirando hacia arriba, boca arriba. Cuco se tiró sobre ella y comenzó a tirar del cable. El dicente paralizado en la puerta vio temblores o espasmos en la pierna de Marta, Cuco fue al cuarto de baño donde tenían un tensiómetro desde la enfermedad de su madre. Lo llevó al dormitorio y midió el pulso a Marta y Cuco vio que no daba tensión, que Marta estaba muerta... Marta tenía sangre en la boca. Su cabeza quedó junto a la mesa de escritorio del fondo, en la posición que ya describió el dicente en la reconstrucción, de los hechos, practicada a presencia judicial. El dicente quedó allí mientras Cuco salió y dijo que volvería indicándole al dicente que no se moviera. Volvió rápido y no sabe cuanto tardó Samuel en llegar, pero no mucho, aunque no lo sabe con certeza, cree que Cuco aquella tarde había prestado a Samuel el coche de su madre... Entre los tres, y utilizando bolsas de basura grandes que el dicente tenía de las utilizadas en su trabajo en la empresa de limpieza, ocultaron con dos bolsas el cuerpo de Marta... En bolsas también de basura más pequeñas, ocultaron por separado las pertenencias de Marta, sus pantalones, un pañuelo rosa que ella había llevado, una chaqueta de pana, sus llaves, el móvil, el D.N.I. y no sabe si llevaba algo mas. Montaron el cuerpo de Marta oculta con las bolsas en una silla de ruedas que tenían allí de las utilizadas por su madre. Sacaron a Marta de la casa con la silla y arrojaron su cuerpo al interior de un contenedor de basura que había situado frente a la cabina de teléfonos que esta mañana ha señalado a la policía, La echaron al contenedor entre los tres y las bolsas con las pertenencias de Marta, las tiraron a otro contenedor distinto situado justo al lado, pegado al

anterior. En el contenedor de al lado, echaron dos o tres bolsas en las que iban las pertenencias de Marta y también la alargadera con la que Cuco había estrangulado a Marta.”

Es decir, en esta declaración modificó el modo de dar muerte a D^a Marta del Castillo, incluso materialmente atribuyó su autoría al SR. Marín; dijo que él mantuvo relaciones sexuales consentidas mientras que el SR. Marín la violó amenazándola con una navaja, y mantuvo la participación de D. Samuel en la desaparición del cadáver, si bien ya no dijo que lo tiraron al río, sino que los tres lo tiraron un contenedor de basura cercano a su casa de la calle León XIII, usando la silla de ruedas que había en su casa. Añadió:

“Se trata de la silla de ruedas de tubulares azules que fue intervenida por la policía. Es cierto que el vecino del bajo A se cruzó con él, cuando el dicente llevaba la silla. No pudo ver que ese vecino fuera con una chica. Además de las circunstancias de aquel momento, el dicente estaba bajo efecto de las pastillas y no recuerda haberla visto. No sabe si el dicente estaba o no mirándose al espejo, cuando pasó el vecino o hizo el gesto para disimular. Serían las 22.30 horas mas o menos cuando salió el vecino y le vio e insiste en que cree que iba solo. El dicente entró en la casa y se dispuso a limpiar los restos o huellas. Miró en el salón y no vio que hubiese nada manchado. En el dormitorio, concretamente en el suelo, vio sangre. Fregó el suelo con lejía y amoniacal utilizando una fregona. No sabe si era la misma fregona que luego intervino el Juzgado o fue cambiada después de los hechos. La silla de ruedas, sí fue la intervenida... Cuando llegó al domicilio de Camas sobre las 22.50 horas, estaban allí Rocío, la hermana de ésta llamada Mónica y la abuela. El dicente saludó en el salón y se entró al dormitorio y allí entró Rocío...Recibió una llamada de Estefanía, novia de Samuel, en la que ella le dijo que llamara a Samuel, porque él quería hablar con el dicente. El dicente desde su teléfono móvil llamó a Samuel y éste le dijo que aunque " el enano ", refiriéndose al Cuco, la había liado, ellos tenían que ayudarlo porque eran amigos. Samuel le dijo que contara a la policía que había dejado a Marta a las 21.30 horas. Fue en ese momento cuando se lo dijo. También le dijo Samuel que le habían llamado los padres de Marta y que se disponía Samuel a venir desde Montequinto donde estaba hasta Sevilla. Serían en torno a las 00.10 horas del día 25... El dicente no volvió a salir del domicilio. Se inventó lo del cenicero de propaganda con la peculiar inscripción que consta, dado que tenía en casa uno similar. Su hermano nada tuvo que ver y nada sabía de los hechos”

9. Al inicio de la declaración prestada el día siguiente, el 17 de marzo de 2009 (folios 1987 a 1992), manifestó:

“Que ha solicitado voluntaria y libremente volver a declarar a presencia judicial, tras la diligencia de reconstrucción de hechos, practicada en la tarde

del día de hoy. Tiene miedo por su seguridad en prisión, después de los hechos que va a relatar y pide que se adopten medidas para garantizar su seguridad. Como dijo en la última declaración prestada el pasado día 16 de Marzo, en la tarde del día 24 de Enero, los amigos comunes se iban a ir al bar " Capote " y por esta razón, Marta, Cuco y él, quedaron en verse en León XIII."

Y manifestó que tanto él como el SR. García Marín agredieron físicamente y sexualmente a D^a Marta del Castillo, que entre ambos la estrangularon, que él le colocó el tensiómetro y comprobó que no respiraba, que entre ambos la tiraron al contenedor usando la silla de ruedas que utilizaba su madre, que la alargadera usada para estrangular a la menor la tiró D. Francisco Javier García Marín en una papelería pública de una calle perpendicular a León XIII. Y añadió:

"Samuel nunca estuvo allí el día de los hechos y ninguna participación tuvo en el mismo. Tampoco la tuvo su hermano, el cual se marchó a las 20.25 o 20.30 horas. En realidad el dicente no llevaba reloj ni estuvo pendiente de las horas. Solo sabe la hora en que se marchó su hermano, porque entonces aún no había empezado a fumar y solo sabe la hora a la que llegó a Camas, 22.50 horas. Entre ambas franjas, no puede situar el tiempo en que acontecieron cada uno de los hechos que ha relatado."

10. En la declaración de 9 de septiembre de 2009 (folios 3988 a 3902) , una vez alzado el secreto sumarial, y tras una visita a la Prisión de Morón de la Frontera de D^a Soledad Gómez Cortés, de nuevo modificó su versión, regresando a la versión mantenida en sus declaraciones tercera, cuarta y quinta, en el sentido de que mató a D^a Marta del Castillo con un cenicero en la casa de calle León XIII, que llegó D. Francisco Javier García Marín, con el que había quedado previamente, quién avisó a D. Samuel Benítez que llegó en un Opel Astra rojo, no en el Polo Blanco de la madre de "Cuco", sobre las 21'30 o 21'35, que tras colocar el cuerpo de D^a Marta del Castillo en la silla rueda, los tres lo introdujeron en el interior del ese coche rojo, y cuando volvía al piso le vio el vecino, que no agredieron

sexualmente a D^a Marta del Castillo, que D. Samuel y D. Francisco Javier Marín se fueron en el coche con el cadáver, mientras que él regresó al piso para limpiarlo, que llamó a D. Samuel sobre las 00 horas y le comentó que todavía estaba el cadáver en el coche y que estaba en Montequinto, que un familiar de D. Samuel llamado Miguel a la semana de ocurrir los hechos se personó en su trabajo y le dijo que para el caso de que fuera detenido no involucrara a D. Samuel, ya que en ese caso tomaría represalias contra R. y su madre D^a. Soledad.

Tras la introducción sorprendente de estas amenazas a los ocho meses de acontecer los hechos, añadió que ese familiar de D. Samuel también le amenazó el día de diligencia de careo, sin especificar cuál, con las palabras “recuerda lo que te dije” y:

Preguntado como es posible entonces que instantes después, a presencia judicial, y en la Diligencia de Careo con Samuel se mostrara firme y contundente frente al mismo manteniendo en todo momento su implicación en los hechos, el imputado presente no sabe contestar a esta pregunta y afirma simplemente que cada vez que sale a practicar diligencias, se pone muy nervioso... Preguntado como es posible que ofreciera detalles sobre el acto de la agresión sexual, sobre su forma de ejecución, sobre la forma de vencer la resistencia de la menor y sobre el discurrir del estrangulamiento y signos inmediatos de muerte que apreció con sus ojos en el cuerpo de la menor, como temblores en una pierna y otros que reflejan su declaración, manifiesta que el día que hizo esta declaración estaba bajo efectos de heroína que había tomado en el centro penitenciario.

Preguntado como es posible que la noche que realizó su última declaración a presencia judicial admitiendo la violación y posterior estrangulamiento por parte de ambos tras haber estado durante todo el día en presencia del Juzgado y sin que ofreciera síntomas de estar bajo efecto o influencia de drogas o de tener mermadas sus capacidades y diga ahora que describió la descripción del estrangulamiento al estar influenciado por drogas, manifiesta que tenía sentimiento de culpa y no quería dejarle todo el " marrón " al pequeño."... A preguntas de la defensa de Samuel Benítez, manifiesta: que éste llegó al domicilio sobre las 21.30 horas aproximadamente y el dicente lo perdió de vista

sobre las 22.15 horas... A preguntas del SR. Letrado de Francisco Javier Delgado, manifiesta: que no ha recibido en prisión ninguna visita de su hermano y no ha mantenido con él en prisión ninguna comunicación por vía postal o telefónica. No ha contactado en forma alguna con su hermano, desde que el dicente está privado de libertad... A preguntas de la defensa de María García Mendaro, manifiesta: que sobre las 22.50 horas regresó a Camas y no regresó a León XIII hasta que sobre las 4.45 horas lo hizo llamado por su hermano. Vio allí solo algunos segundos a María García Mendaro en el dormitorio de matrimonio y sabía que iba a estar allí porque su hermano le había dicho que cuando regresara a casa después de trabajar estaría con María.”

11. En la indagatoria mantuvo la versión ofrecida el 9 de septiembre de 2009.

12. En el plenario, mantuvo la versión del día 9 de septiembre de 2009, si bien matizó que D. Francisco Javier García Marín quedó con él y D^a Marta del Castillo en su casa de León XIII para verse sobre las 20 horas; que él y D^a Marta del Castillo llegaron a su casa sobre las 20’20; que estaba su hermano, quién se fue de la casa unos cinco o diez minutos después, que antes de llegar D. Francisco Javier -el Cuco – discutió con D^a Marta sobre sus relaciones anteriores, así como porque ella quería reanudar las mismas y que dejara a su novia Rocío, y sin pensarlo le golpeó en la sien izquierda con un cenicero, que D^a Marta cayó al suelo y sangraba por la cabeza, que llegó D. Francisco Javier – Cuco- y le dijo que llamará a D. Samuel, que mientras estaba solo colocó el tensiómetro a D^a Marta del Castillo y comprobó que estaba muerta, que D. Samuel llegó al cuarto de hora de ser llamado por Cuco, sobre las 9’15 horas de la tarde, en un coche granate, que cogieron el cuerpo de la menor lo colocaron en la silla de ruedas y lo metieron en el coche, en el que se fueron D. Francisco Javier y D. Samuel, mientras que el regresó al piso para limpiarlo. En el portal se encontró con un vecino cuando eran las 22 0 22’15 horas, que D. Samuel le llamó sobre las 00 horas y le comentó que habían tirado el cuerpo al río, sin especificar el sitio. Que implicó a D. Francisco Javier Marín en

una violación porque el SR. Marín había implicado en los hechos a su hermano D. Francisco Javier Delgado, que el 17 de marzo de 2009 manifestó que él también había agredido sexualmente a Marta del Castillo, porque tenía todo perdido “que si me juzgaba un Jurado Popular lo tenía todo perdido”.

Tras ello se leyó su declaración de 17 de marzo de 2009 y la reconstrucción de hechos de ese mismo día y no dio una explicación convincente sobre la riqueza de detalles que ofreció en ambas sobre esa versión de los hechos, insistiendo que pretendía dañar al SR. García Marín por involucrar a su hermano a pesar de que no tenía nada que ver en los hechos. Que tras limpiar el piso y ordenarlo se fue a Camas, donde llegó a las 22'50; que cenó se acostó y no salió hasta las 4 de la mañana que salió a trabajar; que no es cierto que volviera sobre las dos de la madrugada a la calle León XIII para quitar pruebas de los hechos; que sobre las 4'30 horas le llama su hermano para que fuera a León XIII para que le explicara que pasaba con D^a Marta del Castillo, pues le estaban llamando familiares y amigos sobre su paradero, su hermano le dijo que llamará a D^a Marta y así lo hizo, como lo hizo después en su casa para justificarse en casa, es decir ante su hermano. Que ha dado tantas versiones del lugar donde estaba el cuerpo de D^a Marta del Castillo porque le presionaban y cómo él no lo sabía, lo hacía para buscar una salida.

A preguntas de la defensa del SR. Delgado insistió que hizo la declaración del día 17 de marzo de 2009 porque había consumido heroína en la prisión.

En definitiva en el plenario, si bien mantuvo la versión del día 9 de septiembre de 2009 en esencia, lo cierto es que modificó el contenido de su declaración en relación con la conversación telefónica mantenida con D. Samuel a las 00 horas, pues en el juicio oral no dice que D. Samuel le dijera que el cadáver de D^a Marta del Castillo aún estaba en el coche, sino que ya lo habían tirado al río.

Sexto.- Una vez expuestas las distintas versiones de D. Miguel Carcaño, procede para comprobar su veracidad contrastarlas con las llamadas telefónicas, la situación geográfica de las mismas, así como con las pruebas periciales de ADN.

Examinadas las llamadas de su móvil 650829174, se comprueba que llamó a las 17'53 del día 24 de enero de 2009 a D. Francisco Javier García Marín, situándose la llamada en la antena BTS de la calle Arroyo, lo que confirma que estaba con D^a Marta del Castillo en su barrio; a las 00'11 del día siguiente llama a D. Samuel ; a la 01'00 y 01'37 llama la madre de D^a Marta del Castillo al móvil de D. Miguel Carcaño, a las 04'22 D. Francisco Javier Delgado llama a D. Miguel, a las 04'36 este llama al móvil de D^a Marta, al cual llama de nuevo a las 05'22. En todas estas ocasiones el móvil de D. Miguel se encuentra situado en la zona de la BTS de Camas (ver folio 1631), a excepción de la última que se encuentra en la BTS de Macarena, es decir en la casa de León XIII.

Como se observa no hay ninguna llamada a D. Samuel a las 21 o 21'30 horas del día 24 de enero de 2009.

Examinadas las llamadas recibidas y enviadas, incluso perdidas del móvil de D. Samuel, no se detecta llamada alguna a esa hora, a no ser la recibida a las 21'24 horas desde una cabina telefónica de la calle Carretera de Carmona, situada a más de un kilómetro de la Calle León XIII, y que efectuó D. Francisco Javier García Marín, como veremos, por lo que se descarta de estos datos que D. Miguel llamara a D. Samuel sobre las 21 o 21'30 horas, como mantiene en algunas de las versiones en las que asevera que D. Samuel participó en las labores de desaparición del cadáver de D^a Marta del Castillo. Por último, respecto a las llamadas de móvil destacar que el móvil de D. Miguel estuvo inactivo, es decir no recibió ni efectuó

llamadas desde 01'37 a 4'22 del 25 de enero de 2009, hora en la que le llamó D. Francisco Javier Delgado.

En cuanto a los restos biológicos es de destacar que, como ya detallaremos más adelante, todos ellos, a excepción de los hallados en una alargadera intervenida en el cuarto de los acusados D^a. María García Mendaro y D. Francisco Javier Delgado, se hallan en el interior del dormitorio de D. Miguel Carcaño de la vivienda de la calle de León XIII; que ninguno de estos restos biológicos correspondía al acusado D. Samuel Benítez; uno correspondía a D. Francisco Javier García Marín y que todos los demás de varón correspondían a D. Miguel Carcaño.

Séptimo.- D. Samuel Benítez Pérez ha declarado:

1. El 26 de enero de 2009, en sede policial y en calidad de testigo, manifestó:

“Sobre las 10:22 horas de la mañana, del pasado día 24 del presente, cogió el autobús de línea desde el Prado de San Sebastián y se dirigió a la barriada de Montequinto, para pasar el día con su novia Estefanía, y volver en el mismo medio a las 02:24 horas del día 25.

Que mientras se encontraba en dicha barriada de Montequinto, a las 23:00 horas, recibió una llamada por teléfono de la prima de Marta, siendo esta Alejandra, la cual le preguntó por el paradero de su prima, respondiéndole él que no sabía nada.

Que a las 00:10 horas le llama su amigo Miguel desde un teléfono que no tiene identificado como el suyo propio, siendo este el 605 829 174, para explicarle que todo el mundo le llamaba preguntándole por Marta, y que él no sabía donde se encontraba actualmente, que la había dejado en la esquina de su casa, junto a una cristalería, sobre las 21:30 horas, para después marcharse con su novia R.a Camas.

Que a sobre las 03: 25 aproximadamente, llegó a su domicilio de la calle Avellana, cuando recibió nuevamente una llamada de Alejandra, la prima de Marta, con la cual quedó para ir a buscar a su prima que todavía no había regresado a su casa.

Que sobre las 04:15 se encuentra con Alejandra, su madre, un amigo llamado Gabi y el padre de éste, con los cuales estuvieron buscando a Marta, para momentos posteriores dirigirse a casa de Miguel, donde siendo las 05:30 aproximadamente, encuentran el ciclomotor de éste, aparcado en la puerta de su domicilio, situado en la calle León III, 78.

Que una vez en el lugar, la madre de Alejandra en unión del padre de Carlos (alias "Karliche"), procedieron a entrar a domicilio donde hallaron a Miguel y a su hermano Javier, con los cuales estos adultos se entrevistaron, respondiéndole Miguel nuevamente que había dejado a Marta en la esquina de su casa, junto a una cristalería, sobre las 21:30 horas."

Es decir, negó totalmente su participación en los hechos.

2. En la declaración prestada a las dos de la madrugada del día 14 de febrero de 2009, ya detenido en la Policía, manifestó:

"Que el día 24 de enero durante la madrugada y sin poder precisar la hora, Miguel llamó por teléfono al dicente. Lo hizo desde un número que él no reconocía como suyo. El dicente en ese momento se encontraba en Montequinto. Miguel le dijo en esa conversación "Que tenia algo importante que decirle", a lo que el dicente le preguntó que "¿qué era?". Miguel le contestó que por teléfono no podía decírselo, que fuese hasta Sevilla, a su domicilio.

Tras esta conversación, recibe una llamada de Alejandra, la cual informa al dicente que Marta no había aparecido en su casa y la estaban buscando. Se desplaza hasta Sevilla en autobús, de Montequinto al Prado, para terminar el trayecto hasta León XIII andando, ya que a esas horas no había autobuses urbanos. Llegó al domicilio de Miguel siendo todavía madrugada del domingo sin poder precisar horas. Tras entrar en la vivienda, el declarante vio a Marta,

que se encontraba tirada en el suelo del salón. Recuerda que había algo de sangre, concretamente sobre el lado izquierdo de la cara de Marta. Después de ver a Marta y siempre dentro de la vivienda, Miguel le contó lo que había sucedido.

Le dijo que había tenido un forcejeo con Marta porque ella le había amenazado con contar algo de él a su actual novia Roció, si bien no recuerda con precisión concretamente el qué.

Tras estos hechos el dicente y Miguel decidieron salir de la vivienda para lo cual cogieron a Marta en brazos y la montaron en la moto de Miguel. Este se sentó delante, sentaron a Marta entre los dos y el dicente detrás... No recuerda con mayor precisión el recorrido si bien sabe que llegaron al Charco de la Pava, para llegar al Puente que se encuentra dirección Camas (Sevilla).

Llegados al centro del puente, Miguel tiró el cenicero el cual portaba entre su ropa, aunque no sabe en que bolsillo. Después se bajaron de la moto, Miguel cogió a Marta por los brazos mientras el declarante lo hizo por las piernas, y la tiraron al río. Cuando finalizaron, el dicente se enfadó con Miguel, por lo que éste cogió la moto y se marchó. El declarante por su parte se marchó andando en dirección a su casa. Como le volvió a llamar Alejandra, no volvió a su vivienda sino que se fue a la calle Betis, porque allí estaban sus compañeros y amigos buscando a Marta, y se unió al dispositivo de búsqueda.”.

En esta versión se autoinculpa sin involucrar al menor “Cuco” y sitúa los hechos en los que participa de madrugada, sin poder especificar horas, tras recibir una llamada de D. Miguel Carcaño, aseverando que cogió un autobús de inmediato y que del Prado de San Sebastián a la casa de D. Miguel en León XIII fue andando, a pesar de que hay unos tres kilómetros de distancia entre una y otra.

3. En la declaración prestada a las 1,30 horas del día 16 de febrero de 2009, detenido y también ante la Policía, una vez que ya había declarado D. Francisco

Javier García Marín manifestando que había participado en la desaparición del cuerpo de D^a Marta del Castillo con él, manifestó:

“Que la noche del día 24 al 25 de enero, cuando se encontraba en Montequinto sobre las 21’00 le llamo Miguel CARCAÑO, observándolo extraño, pidiéndole que tenía que verlo para decirle una cosa importante, de igual forma momentos posteriores recibe una llamada de Cuco, diciéndole que tenía que hablar con el declarante y que se viniera para Sevilla. Cogió el autobús en Montequinto y se bajó en la parada que hay en el Prado de San Sebastián. El tiempo que tardó el autobús en el recorrido fue de unos veinte minutos como mucho. Desde el Prado de San Sebastián coge camino para su casa que es cerca de donde vive Miguel, no puede recordar si antes estuvo en casa de Cuco o quedó con él en el punte (sic), el declarante vive en la calle Avellana número 15... Cuando entró en la casa vio a Marta que estaba en el salón boca arriba, observó que no respiraba y vio que tenía un golpe en la cara y un poco sangre también en la cara. El cuarto de Francisco Javier, hermano de Miguel tenía la luz encendida y la puerta cerrada. Pudo comprobar que la luz estaba encendida porque la puerta no llega arriba del todo, ya que le falta un trozo de madera de la época en la que la madre vivía.

A continuación el declarante sale hacia fuera, concretamente hacía el pasillo que hay antes de entrar en la casa. No puede recordar con claridad esos momentos pero cree que estaban liando a Marta en una manta oscura que pudiera ser de color marrón, aunque no puede recordar quienes eran los que la estaban liando. Recuerda que la liaban con una cinta que pudiera ser adhesiva de las de uso industrial, no recuerda bien el color de la cinta. Todo lo que está relatando ocurría en el salón de la vivienda.

Después de esto, decidieron sacar a Marta envuelta en la manta, el declarante cree que la llevaba cogida por los pies y por la parte de la cabeza la llevaba Miguel. Cree recordar que sacaron a Marta en la silla de ruedas, en la eléctrica no, en la otra, que es de color oscuro. Con la silla fueron hacia fuera del portal al lugar donde estaba el coche blanco que cree que era el de Cuco, que estaba aparcado cerca de la puerta de entrada a su casa, si bien no puede precisar el lugar exacto donde estaba. Metieron a Marta en el coche en los asientos de atrás.

A continuación el declarante se subió en el asiento del volante y el Cuco se montó también en el coche en el asiento que hay al lado del conductor. Primero salió Miguel con la moto y ellos detrás en el coche, pero previamente Miguel les dijo que se fueran para al río...

Una vez en el puente y hacia la mitad del mismo, pararon el coche y Miguel paró la moto cerca. Mientras estuvieron parados en el puente no pasó nadie. A continuación Miguel tiró el cenicero que llevaba no sabe si en la moto encima, entre la chaqueta o los pantalones. Acto seguido, entre Miguel y el declarante, sacaron a Marta por la puerta izquierda trasera y respecto del Cuco cree recordar que también ayudo. Seguidamente Miguel se fue con su moto para Camas y el declarante se fue con Cuco en el coche... Cuando llega a su casa recibe una llamada de Alejandra Portillo que le comunica que Marta no había aparecido y también le pregunta si había conseguido hablar con Miguel y el declarante le respondió que había hablado con Miguel y que éste le había dicho que había dejado a Marta en su casa y que Miguel ya estaba en Camas. Como consecuencia de esta llamada decidió ir a buscar a Alejandra para entre todos tratar de localizar a Marta.”

4. El mismo día 16 pero ya ante el SR. Magistrado Instructor declaró:

“son leídas por S.Sa las dos declaraciones que en calidad de imputado, con asistencia letrada, tiene prestadas ante la policía los días 14 y 16 de Febrero respectivamente.

Manifiesta que hizo esas declaraciones pero no se ajustan a la verdad de lo ocurrido, por lo que a su conducta se refiere. Si hizo estas declaraciones fue porque la policía le amenazó con que causarían mal a su familia si no se ajustaba a los hechos que previamente le indicaron, aduciendo que eso lo había declarado Miguel, el cual le inculpaba... Lo único cierto es que el día 24 de Enero estuvo todo el día en Montequinto y sobre las 21 horas recibió una llamada de Cuco, el cual estaba borracho, y quedaron en verse a las 5.30 horas de la madrugada, en la puerta de su casa. Sobre las 23 horas, recibió la llamada de Alejandra, informándole que Marta no había aparecido después de haber estado con Miguel, y que habían intentado infructuosamente hablar con Miguel...

En esta conversación con Miguel, éste dijo que había estado con Marta, pero que la había dejado en su casa a las 21.30 horas. Tras la conversación con Miguel, el dicente permaneció en Montequinto, hasta que sobre las 2.30 horas, cogió un autobús hasta Sevilla, pasó por casa para tomar un bocadillo y un batido, y se fue en busca de sus amigos para sumarse al dispositivo de búsqueda de Marta que los amigos habían puesto en marcha.”

Añadió en esta declaración que junto a D^a Alejandra, su madre y otras personas se personaron sobre las 05'00 o 05'30 horas del día 25 de enero de 2009 en el domicilio de León XIII nº 78 -la casa de D. Miguel Carcaño y de su hermano D. Francisco Javier Delgado-, que entraron a la vivienda D^a Susana, madre de D^a Alejandra, y otro hombre mayor de edad, quienes les dijeron que D. Miguel Carcaño les dijo que había dejado a D^a Marta del Castillo a las 21'30 horas en su casa.

Igualmente manifestó que no estuvo la tarde del día 24 en casa de D. Miguel; que no condujo el coche de la madre de D. Francisco Javier Marín ni tiró junto a éste último y D. Miguel Carcaño el cuerpo de D^a Marta del Castillo; que estuvo en Montequinto desde las 12 horas del día 24 hasta las 02'30 horas del día 25 de enero de 2009, estando en todo momento acompañado, facilitando el nombre y demás datos de identificación de las personas que le acompañaron.

Esta versión exculpatoria la ha mantenido con posterioridad en sus declaraciones de 17 de marzo de 2009, en las del careo mantenido con D. Miguel Carcaño el mismo día, la de 6 de octubre de 2009 (en la que negó que se personara en la calle León XIII a bordo de un Opel Astra rojo, vehículo en el que D. Miguel Carcaño en su versión de los hechos ofrecida el 9 de septiembre de 2009 dijo que D. Samuel se había presentado en su casa), de uno de febrero de 2001 en la que se practicaron las indagatorias de los ya procesados, y en el plenario tanto en su interrogatorio como en el careo con el SR. Carcaño.

Octavo.- En primer lugar, hay que resaltar que las dos versiones autoinculpatorias se efectuaron en la Policía sin que fueran ratificadas en el Juzgado; al contrario, fueron desmentidas de plano en sede judicial.

En ambas versiones situó el cadáver de D^a Marta del Castillo en el salón de la casa, no en el dormitorio de D. Miguel Carcaño. Si bien en la primera dijo que D. Miguel le llamó de madrugada, sin poder especificar hora del día 25 de enero de 2009, y en la segunda que le llamó sobre las 21 horas del día 24 reiterado recibiendo al momento otra llamada de “Cuco” trasladándose de inmediato a Sevilla en autobús. La memoria de su móvil no recoge ninguna llamada procedente de los móviles de D. Miguel Carcaño ni de D. Francisco Javier García Marín, solo la llamada de éste desde una cabina, como veremos y ya hemos apuntado.

Durante toda la tarde del día 24 y primeras horas de la madrugada del día 25 todas y cada una de las llamadas de ese móvil situaban a D. Samuel Benítez en Montequinto, como aseveran todos y cada uno de los testigos que dicen haber estado con él en esa franja horaria.

Por último, no se ha detectado resto biológico alguno de D. Samuel en las inspecciones realizadas en la calle León XIII Bajo C.

Noveno.- Veamos las declaraciones del SR. García Marín.

1. En la declaración prestada el 28 de enero de 2009 dijo:

“Que el día 24 del presente, vio por última vez a Marta a las 19:15 horas, en compañía de Miguel en el parque de la barriada de Santa María de Ordaz.

Que estuvieron hablando y se marchó del lugar para dirigirse a continuación al polideportivo San Pablo, haciéndolo por otra parte, Marta con Miguel en dirección, supuestamente, a la barriada de Triana.

Que antes de separarse quedó con ambos para encontrarse nuevamente en dicho polideportivo.

Que a las 21:12 horas como no aparecían y llevaba un rato esperándolos en el lugar acordado, le envió a Marta un "sms", que decía, LLAMAME QUE NO TENGO SALDO", para que le llamase esta y le confirmase si iban a iR. Que al no obtener respuesta por parte de Marta, se marchó a su casa."

2. En su declaración policial del 11 de febrero reiteró que estuvo con D^a Marta del Castillo y D. Miguel hasta las 19'15 horas, si bien añadió que mandó el SMS referido a D^a Marta del Castillo sobre las 21 horas; que llamó a su amigo D. Samuel Benítez sobre las 21'30 para quedar esa noche sobre las 2'30 hora en la que D. Samuel le dijo que volvería de Montequinto, donde se encontraba en ese momento, que le llamó desde una cabina de la plaza de Santa María de Ordaz; que en todo momento estuvo acompañado esas tarde, facilitando los nombres de las personas con las que estuvo, y añadió:

“Recuerda que sobre las 23.45 horas Alejandra le llamó por teléfono para preguntarle por Marta y si el declarante sabía algo de ella contestando que él no sabía nada desde que le dejó con Miguel y se marcharon juntos en la moto, informándole de que le llamase si sabía algo al respecto”.

3. En su declaración de 15 de febrero de 2009, ya detenido en sede policial, reiteró que llamó a D. Samuel sobre las 21'30 horas del día 24 para quedar con él para la noche y añadió:

“Unos veinte minutos después recibió una llamada de su amigo Miguel Carcaño Delgado sin percatarse del número desde el que le hizo la llamada. Miguel -que estaba muy nervioso- le dijo que necesitaba el coche. Le dijo "quillo, necesito que te traigas el coche, que es una urgencia" a lo que el dicente respondió "llámame ahora"...En ese tiempo Javier llamó a Samuel a su teléfono móvil, diciéndole que debía volver con urgencia, a lo que Samuel contestó que ya iba. Esta llamada se debió producir alrededor de las 21:50 horas. Minutos después, como habían acordado le llamó Miguel y el declarante le dijo que ya había hablado con Samuel y que ya iban los dos para allá. Acto seguido regresó a su domicilio para recoger las llaves del vehículo de su madre y aprovechando que no estaban ni su padre ni su madre, cogió las llaves del Volkswagen Polo de color blanco de gasolina que habitualmente están colgadas en un llavero que se encuentra en la puerta de su domicilio. Aproximadamente cuarenta y cinco minutos después de la llamada a Samuel éste le tocó en el telefonillo, bajó el declarante, cogieron el coche que estaba aparcado en las inmediaciones de la casa y -conduciendo Samuel- se dirigieron a casa de Miguel sita en la calle León XIII, número 78 de esta capital.

Tardaron unos quince minutos en llegar. Aparcaron el vehículo en el callejón que hay saliendo del portal a la derecha... En el salón de la casa estaba Miguel envolviendo algo con una manta gris oscura. En la sala, además de Miguel estaba Francisco Javier su hermano, de pie junto al bulto, muy nervioso de brazos cruzados. El dicente se quedó paralizado, sin atreverse a decir nada y entonces Javier dirigiéndose con fuerza a él le amenazó diciendo "que si decía algo le iba a pasar algo muy grave a su familia"... Mientras Samuel y el dicente transportaban el bulto en peso hasta el vehículo, Miguel apagaba la luz del salón y dentro se quedaba Francisco Javier. Samuel abrió la puerta trasera del copiloto y juntos introdujeron el bulto en los asientos traseros tumbado. Acto seguido salió Miguel, que tenía la moto aparcada junto a la farola. Samuel se puso al volante del vehículo y el dicente ocupó el asiento del copiloto. Miguel arrancó la moto e inició la marcha detrás del vehículo. Samuel dirigió directamente el coche al Charco de la Pava, concretamente hasta la pasarela del carril bici que une el Charco de la Pava con Camas cruzando el río...Aproximadamente en el centro del Puente pararon el vehículo orientado

hacia Camas. Inmediatamente llegó Miguel, paró la moto, le puso la pata de cabra y abrió la puerta trasera derecha. Samuel y Miguel sacaron el bulto, lo acercaron a la barandilla y lo lanzaron... Una vez lanzaron el bulto, Miguel cogió la moto y se dirigió hacia Camas. Samuel volvió a arrancar el turismo y dio la vuelta en el puente para tomar dirección Sevilla... Cuando llegaron a casa del dicente, Samuel aparcó el coche, le dio las llaves se despidieron y subió a casa. Como estaba muy agobiado, decidió dar una vuelta con la bici, serían las 23:30 horas aproximadamente.”

Conforme a esta versión llama dos veces a D. Samuel en sendas cabinas de teléfono y recibe una llamada de D. Miguel entre las 21'30 horas y las 22'30 horas.

4. En sus declaraciones como imputado ante la Fiscalía de Menores de 16 de febrero de 2009 y como “testigo-imputado” en el Juzgado de instrucción nº 4 de los de Sevilla el día 18 de febrero de 2009, ratificó la declaración del día 15 de febrero de 2009, realizada en sede policial.

5. En su declaración ante el Juzgado de Instrucción nº 4 de Sevilla de 10 de marzo de 2009 dijo, tras ser informado por el SR. Instructor, como ya se hiciera en su anterior comparecencia judicial, de que iba a declarar por hechos en virtud de los cuales estaba sometido a la Jurisdicción de Menores y privado de libertad, por lo que pese a su condición de testigo en esta causa, no se le recogía juramento o promesa de decir verdad y podía negarse a declarar cualquier pregunta:

“Preguntado por S.Sa el compareciente DICE: que rectifica todas las declaraciones que antes ha realizado en el procedimiento. La única verdad es que el dicente no tuvo participación alguna en los hechos. La primera declaración efectuada el 11 de Febrero, cuando negó toda participación en los hechos, folio 1087 Tomo II, es la correcta.

Sus declaraciones admitiendo participación en la desaparición del cuerpo de Marta, sacando su cuerpo del domicilio y llevándolo hasta el río, son todas una invención. También es una invención la inculpación que realiza hacia Francisco Javier. Si lo dijo fue porque como Francisco Javier está metido en todos los marrones de Miguel, seguro que debió estar implicado en estos hechos.

La realidad es que él estuvo toda la tarde con sus compañeros de Instituto aquel día 24 de Enero. Sí declaró como lo hizo, faltando a la verdad, fue por las continuas presiones de los funcionarios del GRUME los cuales le dijeron que si no declaraba como lo hizo iban a detener a sus padres.”

Añadió que sí eran ciertos tanto el SMS enviado a D^a Marta del Castillo como la llamada a Samuel para quedar por la noche, después de que D. Samuel regresara de Montequinto.

6. En su declaración de 17 de marzo de 2009 reiteró que no ha tenido participación alguna en los hechos y que llamó a D. Samuel para quedar por la noche desde una cabina de la plaza Santa María de Ordaz sobre las 21’30 horas.

7. En su declaración de 30 de junio de 2009 ante la Fiscalía de Menores en calidad de imputado manifestó:

“Leída la declaración prestada ante la policía el día 28/1/09 manifiesta que es verdad lo que dijo en esa declaración si bien quiere hacer constar que cuando dejó a sus amigos Alberto Pacheco y otros con los que había estado en el polideportivo San Pablo se fue para su casa pero en el camino se encontró con otros amigos en una pollería cerca del instituto Joaquín Turina yéndose con ellos a un parquecito cercano donde estuvo hasta las 11 ó las 12 de la noche y tras esto se fue a su casa encontrándose por el camino a su padre, Ángel Romero que le dijo que se fuera para su casa.

Que leída la declaración prestada ante la policía el día 11/2/09 manifiesta que es verdad todo lo que se redacta en ella. Que su amigo Alberto Pacheco lo

llamó sobre las 19,15 horas y el declarante se dirigió al lugar donde habían quedado llegando 10 ó 15 minutos después. Que no es cierto que el declarante sólo estuviera media hora en compañía de estos amigos. Que estuvo casi dos horas y lo sabe porque después de dejarlos fue cuando se dirigió a la cabina para llamar a Samuel. Que el declarante lo llamó desde una cabina cercana a la carretera de Carmona porque en realidad el declarante iba a casa de Samuel con el que había quedado para verse sobre las 22,30 horas y se encontró esta cabina por el camino.

Que habló con Samuel y éste le dijo que estaba de fiesta en Montequinto por lo que el declarante decidió irse a su casa. Que quedó con Samuel en verse a las 5 de la mañana pero que luego no se vieron porque el declarante se quedó dormido. Que tras hablar con Samuel el declarante decidió irse a su casa y por el camino se encontró a sus compañeros del instituto como ha contado anteriormente.”

Décimo.- Comprobadas las llamadas y mensajes de móviles de D. Francisco Javier García Marín, D. Samuel Benítez y D. Miguel Carcaño, se acredita que tan solo consta desde el móvil del primero el envío de un SMS al móvil de D^a Marta del Castillo a las 21'12 horas.

Del móvil de D. Miguel Carcaño, ya examinado, cabe en este momento recordar que efectuó una llamada a las 0'11 horas del día 25 de enero de 2009 al móvil de D. Samuel Benítez, posicionándose D. Miguel en Camas y D. Samuel en Montequinto.

En el móvil de D. Samuel se recibe a las 21'24 llamada procedente de una cabina de teléfonos sita en la calle Carretera de Carmona, realizada por “Cuco”, según mantienen estos dos acusados. Por su parte, en el móvil de Samuel se reciben llamadas de otras personas desde las 21'34 del día 24 a las 01'13 horas del día 25, situándose en todas ellas el móvil de D. Samuel en Montequinto. A partir

de las 03'35 horas de ese día se posiciona en su barrio o en la Calle Arjona, posiciones que son acordes con las declaraciones realizadas por D^a Alejandra Portillo en relación con el contenido de esas llamadas y posterior incorporación de D. Samuel a la búsqueda de D^a Marta del Castillo en esa noche.

Así las cosas, no se puede predicar que D. Samuel estuviera en la Calle León XIII en la tarde noche del día 24 ni en las primeras horas de la madrugada del día 25.

Es más, el hecho de que no estuvo esa tarde noche en la calle León XIII 78 bajo C se infiere igualmente de las declaraciones de los siguientes testigos, quienes solo han visto a D. Samuel los días 23 y 24 de enero de 2009, a excepción de D^a Estefanía que ha tenido más encuentros con el mismo:

- D. Javier Vaquero Berrocal manifestó que se encontró a D^a Estefanía Ruiz y D. Samuel sobre las 20'15 horas del día 24 reiterado en Montequinto, hablando con ellos unos 10 minutos, que él – SR. Vaquero- estaba con José M^a León;

-D^a Reyes Sierra Sánchez que declaró que es amiga de Estefanía Ruiz; que el 24 estuvo en Montequinto con D. Samuel y sus amigos hasta las 19'30 horas, a partir de las 19'30 horas dejó a D^a Estefanía Ruiz y D. Samuel, que sobre las 22'15 horas llegaron ambos -Estefanía Ruiz y D. Samuel- a una hamburguesería, llamada “Uranga”, y sobre las 23 horas todos se fueron a un Pub, llamado “Srilanka” (sic), en el que estuvieron hasta las 1'00 o 1'15 horas; que D^a Estefanía no quería llevar a D. Samuel a su casa, por lo que se quedó con él hasta que ella (Reyes) estuvo en la hamburguesería para que estuviera con D. Samuel, mientras que D^a Estefanía iba a su casa para vestirse para la noche.

-D. Carlos Navarro Gómez, novio de la anterior manifestó que el día 24 de enero vio a D. Samuel en dicha hamburguesería sobre las 22'30 horas; que después estuvieron en el Pub indicado hasta las 01'15 o 01'30 del día 25; que tras dejar a su novia en casa vio de nuevo a D. Samuel en compañía de D. Aarón y D^a Alba en Montequinto sobre la 01'40 horas, después de haber dejado a su novias en su casa (ver declaración al folio 2138 y minuto 64 de la grabación del juicio del día 7 de noviembre de 2011).

-D^a Estefanía Ruiz Martín declaró que estuvo con D. Samuel el día 24 desde las 12 horas, que estuvieron con unos amigos hasta las 19,30 horas, en la que se quedaron solos y estuvieron en un Parque de los Pinos de Montequinto, que sobre las 21 horas se encontraron con unos amigos con los que hablaron un rato, sobre las 21'30 se dirigieron a la hamburguesería citada donde ya estaba D^a Reyes Sierra y ella (Estefanía) se fue a vestir, que ya se encontraron en el Pub citado en el que estuvieron hasta las 01'15 horas y se encontraron a D^a Alba y D. Aarón, con los que estuvieron hablando una media hora o 45 minutos, que estos amigos no conocían a D. Samuel, que se fueron ellos dos solos a la parada del autobús de Sevilla, que vio como Samuel se subió al autobús, serían las dos de la mañana.

-D^a Alba María Gómez Constanzo realizó una declaración similar a la efectuada por D^a Reyes Sierra respecto a D. Samuel, si bien añadió que D. Samuel en el Pub le dijo que había quedado con "Cuco" esa misma noche en el Prado de San Sebastián ya que tenía que trabajar al día siguiente.

- D^a Estefanía Ortega Barneto declaró en similares términos que D^a Alba M^a Gómez y D^a Reyes Sierra, si bien recalcó que ella llamó al móvil de D. Miguel Carcaño, a

requerimiento de D. Samuel, y D. Miguel dijo que había estado D^a Marta del Castillo hasta las 21,30 horas y que en ese momento estaba con su novia, más tarde D. Miguel llamó a D. Samuel, si bien antes de esa llamada recibió una llamada – del padre de D^a Marta del Castillo a las 23’34- y tras ella dijo que una amiga suya había desaparecido.

- D. José M^a León Carmona declaró que es amigo de D^a Estefanía Ruiz y vio a D. Samuel el día 24 de enero, que hablaron durante 10 minutos sobre las 20’00 o 20’30.

-D. Aarón Aido Teruel manifestó que conoció a D. Samuel el día 24 de enero de 2009, lo vio con D^a Estefanía Ruiz en dos ocasiones en la primera sobre las 21 horas y la segunda sobre la 1’00 del día 25, le dijeron que venían del Pub “Srilanka” (sic), estuvieron juntos hasta las 1’45 horas, en estos dos encuentros él iba con su novia D^a. Alba Villegas Díaz.

- D^a Alba Villegas declaró que es amiga de D^a Estefanía Ruiz y que a D. Samuel le conoció el día 24 de enero de 2009, coincidiendo su declaración con la del anterior testigo, matizando que en la primera ocasión D^a Estefanía le dijo que iban a un cumpleaños, que se fueron juntos; que en la segunda ocasión sobre la 01’00 los vio cerca del Pub reiterado y que estuvieron hablando hasta las 01’45 horas aproximadamente.

De estas declaraciones se acredita sin duda alguna que D. Samuel estuvo desde la 12 horas del día 24 de enero a las 02’00 de la mañana del 25 del mismo mes de 2009 en Montequinto.

Es cierto que hay una contradicción horaria entre D^a Estefanía Ruiz y D^a Reyes Sierra respecto a la hora que la primera acompañada por D. Samuel llegó a

la Hamburguesería Uranga – 21’30 horas la primera, 22’15 horas la segunda- pero ambas mantienen que la primera llegó a esa hamburguesería acompañada por D. Samuel con el que estuvo con sus amigos hasta que volvió D^a Estefanía, por lo que no se ha acreditado que hay una franja horaria en la que D. Samuel estuviera solo en Montequinto, como afirmó el SR. Fiscal e hizo suyo el SR. Letrado de la Acusación Particular.

Es más, D^a Estefanía Ruiz ha afirmado en todo momento que D. Samuel se subió al autobús en la parada de Montequinto sobre las 02’00 horas , por lo que no compartimos la aseveración del Ministerio Fiscal en su informe en el sentido de que D. Samuel se trasladó a Sevilla en coche, circunstancia que no se ha acreditado de modo alguno.

Los testigos señalan que D. Samuel recibió varias llamadas, que quedan reflejadas en el listado que consta al folio 2833 desde las 23’34 a las 1’13 horas , llamadas del padre de D^a Marta del Castillo, del móvil de D. Miguel Carcaño y del teléfono fijo de D^a Alejandra Portillo. De este modo no es posible que D. Samuel estuviera en la calle León XIII ayudando a hacer desaparecer el cadáver de D^a Marta del Castillo en la franja horaria 21 horas a 22’30 horas del día 24, franja horaria en la que en todas las declaraciones en las que reconocen D. Miguel Carcaño y D. Francisco Javier García Marín haber participado en los hechos enjuiciados sitúan la muerte y desaparición del cuerpo de la menor tristemente fallecida.

Undécimo.- Las pruebas de cargo contra D. Samuel Benítez no son otras:

1. Las declaraciones de D. Miguel Carcaño de fechas 13, 14, 15 y 16 de febrero, 10 de marzo de 2009– en estas declaraciones el SR. Carcaño mantiene que dio muerte a D^a Marta del Castillo con un cenicero-, de 16 de marzo del mismo año, en la que D. Miguel atribuye la muerte a material a D. Francisco Javier García

Marín, y 9 de septiembre del mismo año, en la que de nuevo dice que la causa de la muerte es un golpe en la cabeza de la menor con un cenicero, sin bien en esta ocasión aparece D. Samuel en escena, como en el plenario, con un coche Opel Astra rojo.

2. Las declaraciones de D. Francisco García Marín de 15, 16 y 18 de febrero, ya analizadas, mientras que no le inculpa en las declaraciones de 28 de enero, 11 de febrero, 10 y 17 de marzo de 2009, ni en el plenario, y

3. En último lugar sus propias declaraciones policiales de 14 y 16 de febrero no ratificadas en el juzgado de instrucción ni en el juicio oral.

La jurisprudencia del T.S. admite que la declaración del coimputado tiene virtualidad para enervar la presunción de inocencia de otro coimputado, pero con matices. Así sienta la sentencia de 11 de febrero del presente año 2011:

“La jurisprudencia de esta Sala ha establecido con reiteración (SSTS. 84/2010 de 18.2 , 1290/2009 de 23.12, 1142/2009 de 24.11) que las declaraciones de coimputados son pruebas de cargo válidas para enervar la presunción de inocencia, pues se trata de declaraciones emitidas por quienes han tenido un conocimiento extraprocésal de los hechos imputados, sin que su participación en ellos suponga necesariamente la invalidez de su testimonio, aunque sea un dato a valorar al determinar su credibilidad (Cfr. STC 68/2002, de 21 de marzo y STS núm. 1330/2002, de 16 de julio , entre otras). Sin embargo, ambos Tribunales han llamado la atención acerca de la especial cautela que debe presidir la valoración de tales declaraciones a causa de la posición que el coimputado ocupa en el proceso, en el que no comparece como testigo, obligado como tal a decir la verdad y conminado con la pena correspondiente al delito de falso testimonio, sino como acusado y por ello asistido de los derechos a no declarar en su contra y a no reconocerse como culpable, por lo cual no está obligado legalmente a decir verdad, pudiendo callar total o parcialmente.

En orden a superar las reticencias que se derivan de esa especial posición del coimputado, la doctrina de esta Sala ha establecido una serie de parámetros o pautas de valoración, referidas a la comprobación, a cargo del Tribunal de instancia, de la inexistencia de motivos espurios que pudieran privar de credibilidad a tales declaraciones, como la existencia de razones de enemistad o enfrentamiento, odio o venganza, afán de autoexculpación u otras similares. A estos efectos, han de valorarse, de existir, las relaciones existentes entre quien acusa y quien es acusado.

En el examen de las características de la declaración del coimputado el Tribunal Constitucional ha afirmado que "la declaración incriminatoria del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando, siendo única, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas", lo que ha sido matizado en otras sentencias (STC 115/1998 , 68/2001, de 17 de marzo y la antes citada STC 68/2002) en el sentido de que "el umbral que da paso al campo de libre valoración judicial de la prueba practicada está conformado en este tipo de supuestos por la adición a las declaraciones del coimputado de algún dato que corrobore mínimamente su contenido. Antes de ese mínimo no puede hablarse de base probatoria suficiente o de inferencia suficientemente sólida o consistente desde la perspectiva constitucional que demarca la presunción de inocencia".

Como antes decíamos, no hay ni un solo resto biológico de D. Samuel en el interior del domicilio de León XIII 78 bajo C, ni en el Volkswagen Polo de la madre de "Cuco", que en algunas de las versiones de incriminación del SR. Carcaño se dice utilizado para transportar el cuerpo de D^a Marta del Castillo.

En suma, ni un solo dato objetivo corrobora mínimamente el contenido incriminatorio de las declaraciones de D. Miguel respecto a D. Samuel Benítez.

Es más, la sentencia del T.S. de 7 de junio de 2007, tras recordar que la declaración de coimputado necesita para enervar la presunción de inocencia una corroboración objetiva y externa a la declaración incriminatoria, añade:

“A todo ello debe añadirse que la declaración inculpatoria de Begoña no resulta fiable como imputación a la recurrente. Esta manifestación, en la que inculpa a su madre en la preparación del hecho, no es la única que realizó, pues prestó numerosas declaraciones durante la fase de instrucción, que en el motivo se cifran en diez ocasiones. Solamente en una de ellas inculpó a su madre, mientras que en otras hacía lo mismo respecto de otras personas, o bien reconocía haber actuado en solitario. Es decir, que la exigencia de un elemento de corroboración no solo se revela como imprescindible en cuanto a la posibilidad de valorar la declaración de la coimputada como prueba de cargo, sino también, en el caso, en cuanto a la posibilidad de otorgar credibilidad a una de sus múltiples versiones por encima de las demás. La dificultad se acrecienta si se tiene en cuenta que en la sentencia no se explican las razones de preferir esta versión a cualquiera de las otras, pues aunque en varias de ellas pudiera aparecer alguna participación de la recurrente, no se deriva de todas ellas el mismo grado de responsabilidad penal.

Consecuentemente, debe concluirse que respecto de la participación de la recurrente en el asesinato de Blanca no existe prueba de cargo suficiente, lo que determinará su absolución por este hecho.”

Pues bien, las declaraciones del coimputado D. Miguel Carcaño, como hemos comentado más arriba, ofrecen varias versiones de los hechos, en algunas incrimina a D. Samuel, en otras no; incluso en las versiones que incrimina a D. Samuel, ofrece variantes, así en ocasiones dice que lo ayuda solo y llevando el cadáver de D^a Marta en su propia moto (ver folio 928), en otras que ayuda a esa desaparición en compañía de “Cuco” y utiliza el coche Volkswagen Polo (1017, 1019, 1203, 1825) o una silla de ruedas para tirar el cadáver de D^a Marta del Castillo en un contenedor cercano a la casa de León XIII 78 bajo C (folio 1927), o de nuevo en un coche, pero no el Polo citado, sino un coche Opel Astra Rojo (folio 3899, 5696 y juicio oral), sin que ninguna de ellas se apoye en dato objetivo alguno.

En definitiva, las declaraciones de D. Miguel no tienen virtualidad alguna para enervar la presunción de inocencia que ampara a D. Samuel Benítez.

-
Duodécimo.- En segundo lugar, inculpaban al SR. Benítez algunas de las declaraciones del SR. García Marín, en concreto las prestadas el 15 de febrero de 2009 ante la Policía, el 16 de febrero de 2009 ante la Fiscalía de Menores y el 18 de febrero del mismo año en el Juzgado de Instrucción nº 4 en calidad de testigo, si bien con exquisito respeto a su posición de imputado en el expediente de menores no prestó juramento o promesa y fue informado de que podía negarse a contestar a todas o algunas preguntas.

En primer lugar, hemos de determinar que parámetros han de ser tenidos en cuenta para valorar esta versión inculpativa de persona implicada en los hechos enjuiciados, cuando su responsabilidad penal ya se ha ventilado en otro proceso, de forma que en el este juicio declaró como testigo, como recalca la ya citada sentencia del T.C. de 4 de julio de 2011:

“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 inculpativo 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 definitiva, las declaraciones incriminatorias de D. Francisco Javier García, testigo en la presente causa pero copartícipe en los hechos enjuiciados, necesitan de una corroboración objetiva para enervar el derecho de presunción de inocencia de otros imputados por los hechos enjuiciados.

Pues bien, respecto al acusado D. Samuel Benítez no concurre este plus probatorio. Al contrario, la versión incriminatoria sostenida en tres de las ocho declaraciones prestadas por el SR. García Marín es desmentida por datos objetivos.

Efectivamente, conforme a esta versión llama dos veces a D. Samuel en sendas cabinas de teléfono y recibe una llamada de D. Miguel entre las 21’30 horas y las 22’30 horas. Nada más lejos de la realidad, del examen de los móviles de D. Francisco Javier, D. Samuel y D. Miguel se infiere que el primero llamó al segundo en una sola ocasión, según ambos admiten, desde la cabina de teléfonos

sita en la calle carretera de Carmona, así como que no tuvo contacto telefónico alguno esa noche con el SR. Carcaño, con el que tan solo contactó por móvil a las 17'52 del día 24 de enero de 2009.

Por las razones expuestas, las declaraciones de D. Francisco Javier García Marín no tienen virtualidad alguna para enervar la presunción de inocencia que ampara a D. Samuel Benítez.

Decimotercero.- Por fin, la última prueba de cargo contra el SR. Benítez precisamente no es otra que sus declaraciones autoinculpatórias en sede policial de 14 y 16 de febrero de 2009, no ratificadas, sino repudiadas ante el SR. Ilmo. Magistrado InstructoR.

La voluntariedad en la declaración constituye el principal presupuesto de validez de la confesión y la presencia de abogado (art. 17 CE y 320 LECrim.) es una garantía instrumental al servicio del derecho del imputado a no ser sometido a coacción (art. 15 CE), y en suma, a que se respete su derecho a la defensa (art. 24.2 CE). Por tanto, solo cuando pueda afirmarse, con total seguridad, que la confesión ha sido prestada libre y voluntariamente, ésta puede hacer prueba en contra de su autoR.

El SR. Letrado del acusado D. Samuel Benítez cuestionó esa voluntariedad y deslizó que su cliente fue maltratado en las dependencias policiales, como se desprendía del hematoma de unas 48 horas de evolución que presentaba al ingresar en el centro penitenciario de Huelva a las 18'30 horas del día 17 de febrero de 2009 (folio 3565) a la altura del bíceps del antebrazo derecho, como ratificó y explicó en el juicio oral el Médico de dicho centro penitenciario.

Igualmente y en el mismo sentido, el SR. Letrado de D. Samuel afirmó en el juicio oral y con anterioridad en escrito de 17 de marzo de 2009 (folio 1577) que en su primera declaración ante el Juzgado de Instrucción su defendido solicitó ser examinado por el médico forense y no lo fue.

A pesar de lo afirmado por el SR. Letrado D. Manuel Caballero, examinadas minuciosamente tanto la instrucción de sus derechos como detenido (folio 1194), como la declaración judicial de D. Samuel (folios 1196 a 1199) no consta en las mismas que D. Samuel solicitara ser examinado por el médico forense, como bien refleja el SR. Magistrado Instructor en su auto de 3 de marzo de 2009, en el que acordó, sin que mediara petición de parte, que se remitiera oficio al Centro Penitenciario donde estuviera preso preventivo D. Samuel Benítez para que se informase si presentaba lesiones a su ingreso en prisión, oficio que provocó la remisión del parte de lesiones de D. Samuel que consta al folio 3565 ya indicado.

Del hematoma que presentaba D. Samuel no se puede concluir sin más que sus declaraciones autoinculpatorias tuvieran su origen en el maltrato policial recibido, máxime si se tiene en cuenta las manifestaciones de los Letrados que le asistieron en sede policial, de las que no se atisba maltrato alguno.

Ahora bien, sí debemos plantear si esas declaraciones pueden formar parte del acervo probatorio y para el caso que así sea el valor probatorio de esas declaraciones autoinculpatorias no suscritas en sede judicial.

Respecto al primer aspecto merece ser recordada la sentencia del T.S. de 30 de diciembre de 2009:

“En su extensa argumentación --págs. 3 a 22 de su escrito-- se alega que no existe prueba de cargo alguna capaz de sostener la condena que contra ellos se ha

pronunciado, ya que toda la fundamentación se sostiene exclusivamente en declaraciones de sus representados efectuadas en sede policial y en ningún momento ratificadas en sede judicial, ni en la instrucción ni en el Plenario, por lo que se está en presencia de declaraciones no prestadas ante autoridad judicial alguna.

El Tribunal, en los párrafos anteriores, expone y verbaliza las conclusiones del material probatorio analizado, pero omite el detalle de los concretos elementos incriminatorios que le permiten llegar a esas conclusiones, ello va a exigir de esta Sala casacional un doble estudio:

a) Sobre la validez como prueba de cargo de las declaraciones incriminatorias efectuadas exclusivamente en sede policial.

b) En su caso el estudio de tales declaraciones para verificar si contiene suficientes elementos incriminatorios como para sostener la condena.

En relación a la primera cuestión, es necesario referirse al Pleno no Jurisdiccional de Sala de 28 de noviembre de 2006 que fija la postura oficial de la Sala como último intérprete de la legalidad penal ordinaria, poniendo así fin a divergencias interpretativas existentes hasta el momento en relación a esta cuestión. El acuerdo fue el siguiente:

"...Las declaraciones válidamente prestadas ante la policía pueden ser objeto de valoración por el Tribunal, previa su incorporación al juicio oral en alguna de las formas admitidas por la jurisprudencia....".

En cumplimiento de este acuerdo, se pueden contabilizar diversas sentencias que conceden validez a las declaraciones incriminatorias en sede policial no ratificadas posteriormente en sede judicial. En tal sentido se pueden citar las SSTS 595/2008 de 29 de Septiembre, 150/2009 de 17 de febrero ó la más detallada 224/2009 de 2 de marzo. Es decir, el Tribunal sentenciador puede valorar este tipo de declaraciones. Y ello por varios motivos: 1º) Primeramente, porque carecería de sentido que una diligencia de declaración en sede policial con todas las garantías, a presencia de letrado, con lectura de derechos y ofreciendo al detenido la posibilidad de no hacerlo y declarar exclusivamente ante la autoridad judicial, no tenga valor alguno, y lo tenga en cambio, como ya hemos dicho, la declaración espontánea extrajudicial. De ser así, es obvio que la ley debería prescindir de la misma, si no ha de tener absolutamente ningún efecto. 2ª) Tampoco puede mantenerse que los funcionarios policiales están

obligados a mantenerla ante el juez, por las consecuencias derivadas de la falsedad en que incurrirían en caso contrario. De ser ello así, lo mismo sucedería en toda clase de ratificaciones o averaciones de documentos, privados, públicos o notariales, pues podría mantenerse que tal ratificación es superflua en tanto que condicionan necesariamente el contenido del documento en sí mismo considerado. Otro tanto ocurriría con la ratificación de denuncias o prestación de testificales en el juicio oral, cuando el deponente ya haya sido objeto de actividad sumarial previa. 3º) Como ya hemos apuntado, la declaración de los funcionarios policiales ante los que se produjo la declaración, no es propiamente un testimonio de referencia (pues, se objeta, estando el testigo directo, sobra el de referencia), pero es que tales funcionarios no dan cuenta de hechos ajenos, sino propios, y lo único que atestiguan es que el detenido dijo lo que expresa el acta, cuando tal persona lo niega ante el Tribunal, exponiendo las condiciones de regularidad procesal de la diligencia, de la que también podría dar cuenta si se le llamase, el propio abogado presente en la misma. 4º) Porque es muy habitual, y también lo es en este proceso, que no existan elementos objetivos de presiones o malos tratos policiales, lo que se puede acreditar (como aquí consta) por los informes médico forenses que asistieron a los detenidos, desvirtuando las razones aducidas por éstos ordinariamente para negar las afirmaciones que hicieron. 5º) Finalmente, porque los hechos que se afirman y que entran en el acervo del proceso como material inculpatario, serán corroborados por medio de otras pruebas que les presten credibilidad, como ocurre con declaraciones de funcionarios policiales encargados de la investigación policial, vestigios, datos o elementos de todo orden que produzcan la convicción judicial.

Como argumento adicional, ha de ponerse de manifiesto que, si bien el art. 297 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, afirma el valor de simple denuncia a los atestados que se practicaren y entregaren a la autoridad judicial, no es menos cierto que el párrafo segundo de dicho precepto dispone que " las demás declaraciones que prestaren (por los funcionarios policiales) deberán ser firmadas, (y) tendrán el valor de declaraciones testificales en cuanto se refieran a hechos de conocimiento propio". Es decir, como puede observarse dicha norma no concede a todo el contenido del atestado un valor simple de denuncia, como a menudo se dice, sino que distingue cuál es denuncia y cuál, no. Y esas declaraciones personales de los policías, en tanto que hechos de conocimiento propio, no tienen tal valor, sino la consideración de declaraciones testificales. De esta forma, pueden ofrecer ante el plenario con el valor de testigos, aquellos hechos que han presenciado directamente, como lo dicho ante ellos por un imputado, previamente advertido de sus derechos constitucionales a no

declarar, el que después se retracta. Del propio modo, el resto de declaraciones de otros intervinientes que obren en un atestado, que también se refieran a hechos propios del que declara, no vemos razón para concederle menos valor que a los asertos (propios igualmente) que pongan de manifiesto los mismos funcionarios de policía.

Véase a este respecto, la STS 1215/2006, de 4 de diciembre, que interpreta el Acuerdo Plenario, y en la línea con lo que aquí se mantiene declara que "saliendo al paso de las objeciones que en ocasiones se ha hecho al valor de las declaraciones testificales en el juicio oral de los policías y del letrado que presenciaron las manifestaciones en sede policial, en primer lugar, que dudar de su respectiva imparcialidad, ante la imposibilidad -que se apunta- de reconocer una actuación profesional delictiva o indebida por su parte, supone partir de una inaceptable presunción de generalizado perjurio y de una irreal incapacidad para efectuar aclaraciones, precisiones o matizaciones sobre las circunstancias por ellos percibidas de cómo tuvo lugar la declaración".

De acuerdo con lo razonado en dicha sentencia, ha de estarse por la validez formal de tales declaraciones, ya que en el juicio oral declararon no solo los policías que estuvieron presentes en esas declaraciones, sino también los letrados que asistían al SR. Benítez en las mismas, sin que ni unos ni otros hayan detectado irregularidad alguna en el desarrollo y práctica de esas declaraciones.

Ello nos permite pasar al segundo aspecto, es decir si esas declaraciones tienen la consistencia y corroboración suficiente para fundar en las mismas la condena de quién las prestó, si bien antes debemos salir al paso de la interpretación que del acuerdo Jurisdiccional, mencionado en la sentencia del T.S. de 30 de septiembre de 2009, efectuó el SR. Fiscal al pretender que esa validez se logra o consigue con la mera lectura de las declaraciones inculcatorias prestadas en sede policial, invocación que hizo no al solicitar la lectura de las declaraciones sumariales, sino al formular protesta ante su denegación.

Efectivamente, sienta la sentencia del T.S. de 2 de marzo de 2009 al referirse al dicho Acuerdo no Jurisdiccional de 26 de diciembre de 2006 ya citado:

"...Con lo que vino a reconocerse esta posibilidad probatoria que, como ya hemos dicho y repetimos aquí, no ha de suponer, de ninguna forma, que se otorgue valor al atestado policial en sí mismo, que podríamos considerar "de facto" como si se hubiera destruido o eliminado de las actuaciones y que, en modo alguno, puede introducirse mediante su lectura al amparo del artículo 730 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, pues lo que realmente se valora es la existencia de la declaración de la que nos dan cuenta quienes la escucharon directamente y comparecen ante el Tribunal para prestar su testimonio al respecto, del mismo modo que se valoraría también la referencia al contenido de unas manifestaciones que cualquier ciudadano pudiera hacer, en relación con un concreto hecho criminal, ante otras personas que, posteriormente, relatan esos dichos en un Tribunal."

Al analizar el contenido de esas declaraciones autoinculpatórias hay que recalcar que el derecho a la presunción de inocencia reconocido en el artículo 24 CE implica que toda persona acusada de un delito o falta debe ser considerada inocente hasta que se demuestre su culpabilidad con arreglo a la Ley (artículo 11 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 6.2 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, y artículo 14.2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), lo cual supone que se haya desarrollado una actividad probatoria de cargo con arreglo a las previsiones constitucionales y legales, y por lo tanto válida, cuyo contenido incriminatorio, racionalmente valorado de acuerdo con las reglas de la lógica, las máximas de experiencia y los conocimientos científicos, sea suficiente para desvirtuar aquella presunción inicial, en cuanto que permita al Tribunal alcanzar una certeza objetiva sobre los hechos ocurridos y con base en la misma declararlos probados, así como la participación del acusado en ellos, descartando, al mismo tiempo y en su caso, la versión alternativa por carencia de la necesaria racionalidad.

En un caso parecido al que nos ocupa la sentencia del T.S. de 28 de junio de 2011 declaró:

“La cuestión no se centra en la validez de la confesión realizada ante el Juez de instrucción, que en realidad no ha sido discutida, ni tampoco en la posibilidad de atender a las declaraciones sumariales o a las prestadas en el plenario, sino en la suficiencia de la confesión, en este caso, sumarial, para operar como prueba de cargo bastante para enervar la presunción de inocencia. El control casacional, en este caso, se orienta a verificar la racionalidad de la valoración de esta prueba, teniendo en cuenta los demás elementos disponibles.

La jurisprudencia se ha referido a estas exigencias en algunas ocasiones. Así, en la STS num. 577/2008, se decía que "...incorporada al Juicio Oral la declaración sumarial, deben concurrir unas exigencias en la sentencia que la valora para comprobar, desde la perspectiva del control casacional de la presunción de inocencia, la correcta valoración de la prueba y la correcta enervación del derecho a la presunción de inocencia. En primer lugar, por la falta de inmediación de aquélla, la hipotética mayor credibilidad frente a la declaración en Juicio Oral ha de apoyarse en su verosimilitud objetiva lo que significa que en ese plano debe estar corroborada por otras circunstancias periféricas u otros medios probatorios (SSTC. 153/97, de 29 de septiembre; 115/98, de 1 de junio; y SSTs. de 13 de julio de 1998 y 14 de mayo de 1999). Es decir, la credibilidad objetiva precisa de la concurrencia de hechos o indicios externos o periféricos a la declaración sumarial que la doten de objetividad bastante para hacer razonable su valoración frente a la declaración que, con observancia del principio de inmediación, se prestó en el Juicio Oral. En segundo término, y como consecuencia del anterior requisito, es necesario que el Tribunal de instancia exprese las razones por las que se inclina por versión distinta de la que ha aflorado en el Juicio Oral (Sentencias de 22 de diciembre de 1997 y 14 de mayo de 1999), pues no habiendo presenciado la declaración sumarial se hace especialmente necesario razonar la causa de concederle mayor credibilidad, a la vista de lo declarado contradictoriamente a su presencia, rectificando sus manifestaciones anteriores, y de las explicaciones dadas al respecto por el declarante". En sentido similar la STS num. 1105/2007.”

Las declaraciones autoinculpatorias de D. Samuel Benítez en sede policial no resisten ni una somera crítica, ya que, en primer lugar, son contradictoras entre sí.

Efectivamente, en la prestada en la madrugada del 14 de febrero de 2009 D. Samuel dice que D. Miguel le llama a su móvil de madrugada sin poder precisar horas, que le ayuda él solo a sacar el cuerpo inerte de D^a Marta del Castillo, que entre ambos lo cogieron en brazos y lo colocan entre ambos en el ciclomotor de D. Miguel, que lo tiran al río y él se volvió a Sevilla (ver folios 932 a 936), si bien no llegó a su casa pues le llamó D^a Alejandra Portillo y se incorporó a la búsqueda de D^a Marta del Castillo, mientras que en la prestada en segundo lugar en la madrugada del 16 de febrero de 2009 sitúa la llamada de Miguel a las 21 horas, que llega a la calle León XIII en el Volkswagen polo blanco de la madre de “Cuco” junto a esta último, que lían a D^a Marta del Castillo en una manta, la colocan en una silla de ruedas y “Cuco” y él la introducen en el Polo y entre los tres la tiran al río.

Como se observa, entre ellas concurren las contradicciones insalvables tanto respecto a la franja horaria en la que ocurren los hechos –madrugada sin precisar horas del día 25 de enero de 2009 frente a las 21 horas del día 24 de dicho mes y año-, como a las personas que ayudan a D. Miguel – él solo en la primera declaración y con el “Cuco” en la segunda- y en el modo de transportar el cuerpo de D^a Marta del Castillo de la vivienda al río- en brazos y un ciclomotor y en una silla de ruedas y un coche-.

A estas contradicciones hay que añadir que si se acoge la versión de la madrugada -siempre negada por D. Miguel- consta una llamada de D. Miguel a D. Samuel a las 00’11 horas del 25 permaneciendo el segundo en Montequinto al menos hasta las dos de la madrugada, por lo que no se trasladó de inmediato a

Sevilla como se dice en esa versión autoinculpatória, y en cuanto a la segunda versión ha quedado acreditado hasta la saciedad que D. Samuel estuvo en Montequinto desde las 12 de mediodía del día 24 de enero de 2009 hasta las dos de la madrugada el día 25 de ese mes y año.

En último lugar, cabe destacar la paradoja consistente en que las acusaciones fundan la acusación contra D. Miguel Carcaño por delitos de agresión sexual en la declaración de 17 de marzo de 2009, única en la que D. Miguel afirma que D. Samuel Benítez no tiene participación alguna en los hechos.

Por las razones expuestas, procede dictar sentencia absolutoria de D. Samuel Benítez Pérez por no haberse practicado prueba de cargo que enerve su presunción de inocencia con declaración de oficio de las costas en su parte proporcional.

Decimocuarto.- El SR. Delgado ha negado en todo momento haber participado en los hechos, dando desde su primera declaración de 26 de enero de 2009 buena cuenta de sus actos en la tarde del día 24 y madrugada del día 25, ambos de enero de dicho año.

Ha explicado que el día 24 en su trabajo como vigilante de seguridad realizó el turno de ocho de la mañana a quince horas, en el Centro de Salud Polígono Norte; que una vez que acabó con su jornada laboral comió con un amigo con el que permaneció hasta las diecisiete treinta horas aproximadamente, llegando al lugar su pareja María, tomando un café con ambos y comentando la hora para quedar después y llevarle al bar Dseda, del que era socio y trabajaba los fines de semana; que después se dirigió a su domicilio sito en la calle León XIII N° 78 donde llegó sobre las 17'45 horas y se acostó, que despertó sobre las 19'30 horas, se duchó y cuando se estaba afeitando a las 20'30 aproximadamente llegó a la vivienda su hermano D. Miguel, al quién preguntó si venía solo, a lo que éste le

contestó que no, que venía con D^a Marta, sin que en ningún momento el declarante fuera consciente de quién era D^a Marta del Castillo por no conocerla en persona; que abandonó su casa entre las 20:40 y 20:45 y se dirigió a la calle Tharsis donde llegó sobre las 21 horas y después de telefonar a la madre de su hija, D^a Rosa M^a se reunió con ella y con la niña en dicha vivienda; que permaneció en el domicilio de su exmujer hasta las 23:30 horas, momento en el que le recogió D^a María García Mendaro, su pareja, quién le llevó en su coche, un Renault modelo Megane con matrícula de Cádiz, a la calle Juan Antonio Cabestany donde el declarante junto a otros dos socios posee el bar ya citado; que esa noche estuvo a cargo del mismo desde las 23:50 horas que le hizo el relevo a uno de sus socios, llamado D. Rubén Mayorga Guardia, hasta las 03.10 horas aproximadamente, hora en la que cogió un taxi y acudió al bar Mínimo sito en la C/ Albaida, con la intención de tomar una copa, siendo esto algo habitual, pero que esa noche sabiendo que su novia estaba en casa esperando y que no tenía llaves de su domicilio procuró no entretenerse demasiado de manera que sobre las 04:00 horas ya estaba en su domicilio; que una vez en la puerta de su casa telefoneó a su pareja, D^a María, para que esta le abriera la puerta, acostándose ambos a continuación; a las 04:31 horas tuvo la primera noticia a través de una llamada a su móvil de una tal Susana, de que una amiga de su hermano había desaparecido, para posteriormente recibir otra en el mismo sentido de un tal José López, por lo que alertado de las informaciones que le estaban dando y con la intención de esclarecer que implicación podía tener su hermano en el asunto decidió llamarle varias veces hasta que pudo hablar con él y le "ordenó" que se dirigiera a su casa para hablar con él, aunque para ello tuviera que poner cualquier excusa para salir del trabajo; que cuando llegó su hermano D. Miguel a su domicilio, el declarante le preguntó que es lo que había hecho durante la tarde del sábado y qué sabía en relación a la niña que había desaparecido, a lo que su hermano contestó que esa tarde había quedado con su grupo de amigos y que en un momento dado D^a Marta le pidió que la llevase hasta el puente de Triana porque ella había quedado con alguien; también le dijo que después pasaron por la

casa de León XIII, como el SR. Delgado pudo comprobar ,y que la dejó en su casa en la calle Argantorio nº 3 de Sevilla, junto a la cristalería Tartesos, aproximadamente sobre las 21'30 horas, tras lo cual le dijo, se fue a la casa de su novia la menor R. en Camas.

El acusado D. Francisco Javier Delgado ha mantenido de modo monocrorde esta versión de los hechos a lo largo del tiempo y de la causa, versión que viene corroborada por datos objetivos y prueba testifical.

Así, la localización de sus llamadas, recibidas y enviadas, de su móvil avalan el lugar en que se hallaba en todo momento, conforme a su monolítica versión.

Efectivamente, consultados los listados de esas llamadas se observa que el día 24 llamó a su compañera D^a M^a García Mendaro desde su domicilio en León XIII, bajo C, a las 20'30, 20'34 y 20'41, a las 21'01 llama a D^a Rosa M^a, su exmujer, situándose en un lugar próximo al domicilio de esta última, sito en la calle Tharsis, y el día 25 a las 00'01 llama desde el bar a un número de persona no identificada, a las 02'01 le llama D^a María García Mendaro y la llamada le sitúa en la BTS de Luis Montoto, junto a su bar; a las 04'02 llama a D^a María García Mendaro, a las 04'28 le llama D^a Susana –quién participaba en dispositivo de búsqueda de D^a Marta del Castillo-, a las 04'47 llama D. José López – quién estaba en el mismo dispositivo que D^a Susana- encontrándose en estas cuatro últimas llamada en su casa de León XIII; ante estas llamadas llama a su hermano D. Miguel a las 04'35, 04'52 y 04'55 ubicándose esas llamadas también en León XIII. Conviene ahora recordar que el hermano de D. Francisco Javier, D. Miguel Carcaño, llamó al móvil de D^a Marta del Castillo, a las 04'36 y 05'22, así como que en la primera ocasión estaba en Camas y en la segunda en la calle León XIII, explicando en el juicio que hizo esas llamadas al móvil de D^a Marta del Castillo para justificarse en casa, es decir ante su hermano D. Francisco Javier que estaba

preocupado por el paradero de D^a Marta del Castillo, porque su hermano cuando le llamó pidiéndole explicaciones del paradero de D^a Marta del Castillo ante las llamadas recibidas de desconocidos a esas horas de la madrugada le dijo “llámala”, según ha declarado la acusada D^a María García Mendaro.

D^a Rosa M^a Samas ha corroborado en todo momento (ver declaraciones a los folios 1318, 1319, 1604 a 1608, acta y grabación del juicio oral del día tres de noviembre de 2011) que su exmarido el día 24 le llamó por teléfono sobre las 21 horas, que cuando llegó a su casa sobre las 21'15 horas él ya estaba en su casa, que cenaron juntos en su domicilio con su hija común, que salió de la misma sobre las 23'30 horas y que sabía que comenzaba a trabajar en el bar citado a las 00 horas.

Su compañera sentimental ha dicho en todo momento que sobre las 23'30 horas del día 24 de enero de 2009 le recogió, que le llevó en su coche al bar Dseda donde le dejó.

El socio del reiterado bar, D. Rubén Salvador Mayorga, en todo momento ha manifestado que entre las 23'45 del día 24 de enero y las 00 horas del día 25 de enero de 2009 le relevó en el bar D. Francisco Javier Delgado Moreno (ver folios 2082 y 2083, acta y grabación del juicio oral del día 7 de noviembre de 2011).

Que a las 02'01 el SR. Delgado estaba en el bar se acredita por la llamada que realizó al mismo su novia, la señora García Mendaro, que le sitúa en el bar. Las llamadas a partir de las 04'00 horas demuestran que a partir de esa hora se encontraba en su domicilio de León XIII, como también se infiere de las declaraciones de D^a Susana García García que se presentó en dicho domicilio sobre las 05'20 horas preguntando tanto al SR. Delgado como a su hermano D. Miguel sobre el paradero de D^a Marta del Castillo (ver folios 2777, 2778, 3509 y 3510, acta y grabación del juicio oral del día 8 de noviembre de 2011).

Si bien las acusaciones no colocan al SR. Delgado en la escena del crimen antes de la muerte de D^a Marta del Castillo, sino horas después sin precisar más, la Policía, por ejemplo en la diligencia informe de 18 de febrero de 2009 (ver folios 1307 y siguientes de las actuaciones) deslizó que el SR. Delgado estaba en el interior de su domicilio cuando su hermano D. Miguel Carcaño acabó con la vida de D^a Marta del Castillo. Textualmente decía esa diligencia informe “Con estas premisas previas se puede deducir que Miguel ya había atacado antes de las 20’45 horas a Marta del Castillo Casanueva, ya que su teléfono lo recoge de su bolsillo una vez ésta muerta inconsciente o imposibilitada de contestar, y devolviéndolo al mismo sitio. Y que por tanto, su hermano Francisco Javier se encontraba en la vivienda cuando los hechos sucedieron, habida cuenta, de que según las horas a las que este realiza tres llamadas a su novia antes referidas, siendo la primera de ellas a las 20’30 horas por fuerza tenía que encontrarse en el domicilio, cuando se produjo el ataque a Marta Castillo (ver último párrafo del folio 1311 y primer párrafo del 1312)

Basó la Policía, en concreto el GRUME, tal inferencia en el hecho de que D. Miguel Carcaño en sus primeras versiones autoinculpatorias manifestó que tras matar a Marta del Castillo el 24 de enero de 2009 salió de la casa de León XIII para llamar desde una cabina a D. Samuel, y al regresar a la casa observó que D^a Cristina del Moral Incógnito estaba llamando al móvil de Marta, comprobándose del listado de llamadas que esa llamada al móvil de D^a Marta del Castillo se efectuó a las 20’28, mientras que constan tres llamadas en el móvil de D. Francisco Javier Delgado entre las 20’30 y 20’41 horas de ese día que le posicionan en su domicilio de León XIII.

Pues bien, como hemos indicado más arriba esas declaraciones del SR. Carcaño son desmentidas por un hecho objetivo, cual es que se ha acreditado que no llamó a D. Samuel a esa hora, sino a las 00'11 del día 25, tras una llamada que hizo D. Samuel usando el móvil de D^a Estefanía Ortega.

Para colmo en otras versiones D. Miguel mantuvo que quién salió del domicilio, tras morir D^a Marta del Castillo, fue D. Francisco Javier García Marín (Cuco).

En suma, tras la prueba practicada no se puede sostener que el SR. Delgado estaba en su domicilio cuando su hermano acabó con la vida de D^a Marta del Castillo, con base en esa llamada de D^a Cristina del Moral.

Decimoquinto. - Las pruebas de cargo en las que descansan las acusaciones para mantener la participación en los hechos de D. Francisco Javier Delgado, no son otras que a) las declaraciones inculpativas de D. Francisco Javier García Marín, que dicen vienen corroboradas por las manifestaciones de D^a. R. Pérez, novia a la sazón de D. Miguel Carcaño, b) las declaraciones del taxista D. José Antras Barneto y de su esposa D^a. Elena Navarro-Casas, prueba no propuesta por las partes en su escrito de conclusiones y que se admitió por este tribunal en auto de 18 de noviembre de 2011 (ver folios 947 a 950 del rollo), c) las manifestaciones del socio de D. Francisco Javier Delgado, SR. Sutil y la documentación que el mismo aportó del bar Dseda y d) las conversaciones telefónicas que mantuvo con su hermano D. Miguel Carcaño a partir del día 30 de enero hasta su detención el 13 de febrero de 2009.

Ya hemos valorado las declaraciones inculpativas del SR. García Marín para con el SR. Delgado en el fundamento duodécimo de esta resolución. Cabe añadir que tampoco tiene respecto al SR. Delgado corroboración objetiva alguna;

al contrario, el SR. García Marín sitúa en esas declaraciones la participación del SR. Delgado entre las 22'00 y las 23'15 horas, franja horaria en la que el SR. Delgado estaba con su exesposa D^a Rosa M^a Samas, como esta ha mantenido de modo monocrorde a lo largo de la causa, persistencia que no se puede predicar de las volátiles manifestaciones de D. Francisco Javier García Marín.

Es más, la falta de credibilidad de sus manifestaciones de naturaleza inculminatoria se refuerza si se observa que en las que mantuvo la participación en los hechos del SR. Delgado dijo que el cuerpo inerte de D^a Marta del Castillo estaba en el salón, que él no estuvo en el cuarto de D. Miguel Carcaño, que del salón sacaron D. Samuel y él el cuerpo de D^a Marta del Castillo, en clara contradicción con el único resto biológico del SR. Marín hallado en la casa del bajo C del n^o 78 de la calle León XIII que se encuentra en el dormitorio de D. Miguel Carcaño, y con la ausencia de prueba alguna sobre la participación de D. Samuel en los hechos, entre otras razones porque en esa franja horaria ha quedado probado hasta la saciedad que se hallaba en Montequinto (ver declaraciones de 15 de febrero de 2009 ante la Policía, de 16 de febrero de 2009 ante la Fiscalía de Menores y de 18 de febrero del mismo año en el Juzgado de Instrucción n^o 4 en calidad de testigo).

Decimosexto.- Las manifestaciones de la menor de edad R. tampoco brillan por ser coherentes y monocordes en relación con los hechos. Vamos a examinarlas:

1. En la realizada en sede policial el 26 de enero de 2009 manifestó que el 24 de ese mes y año era novia de D. Miguel Carcaño, quién vivía en su casa junto a sus padres y hermanos, que esa tarde no salió con D. Miguel, quién no estaba en casa cuando regresó a las 17 horas, que su novio regresó sobre las 22.20 horas del mismo día, que cenaron, hablaron y se acostaron, que durante la noche Miguel recibió varias llamadas de teléfono de sus amigos, que fue en ese momento en el

que se enteraron de que D^a Marta había desaparecido, que D. Miguel sobre las 4 horas se despertó para ir al trabajo.

2. En la declaración ante la Policía el 5 de febrero de 2009 ratificó la anterior, si bien matizó que D. Miguel llegó a las 22'50, que estaba segura de la hora porque la miró cuando llegó su novio porque estaba preocupada pero al entrar Miguel por la puerta le preguntó que hora era y le dijo que las 22:20 horas; que sobre la 01'00 horas se metieron en el cuarto, que sobre las 00:15 horas, empezó D. Miguel a recibir llamadas al móvil, y habló con D. Samuel y con D^a Estefanía y lo llamó la madre de D^a Marta, la chica desaparecida; que se quedarían dormidos sobre la 01:10, y escuchó el teléfono de D. Miguel muchas veces; que a las 04:00 horas, la abuela le llamó para que se levantara para ir a trabajar, que después de entrar la abuela en la habitación le llamó su hermano, preguntándole por D^a Marta del Castillo; que la familia de Marta el Castillo le estaba llamando a esas horas.

3. En la declaración de 9 de marzo de 2009 declaró que quería modificar sus declaraciones anteriores en el sentido de que cuando llegó D. Miguel a su casa a las 22'50 horas no traía el chaquetón que se había llevado por la tarde, que ella se dio cuenta a la altura del muslo una mancha de sangre ya oscura, que la lavó en el baño, que al despertarse el día 25 se dio cuenta que la ventana de su cuarto estaba abierta y ella la había dejado cerrada, por lo que pensó que D. Miguel pudo haber salido durante la madrugada y volver a entrar sin que ella se diera cuenta; que el día 25 de enero habló con D. Miguel de nuevo y le preguntó si él le había hecho algo a D^a Marta, que ella le había visto el día anterior una mancha de sangre en el pantalón y que la ventana de su dormitorio se la había encontrado abierta esta mañana, que entonces D. Miguel le confesó que había estado con D^a Marta la tarde del día anterior y que tras discutir ambos le había dado un fuerte golpe; que llamó a D. Samuel para que lo ayudase a deshacerse del cadáver y que su hermano D.

Francisco Javier, que estaba en el domicilio les dio la idea de tirarla al río Guadalquivir.

4. En su primera declaración ante el SR. Instructor de 13 de marzo de dos mil nueve se afirmó y ratificó en sus declaraciones anteriores prestadas ante la Policía y matizó y aclaró que la ventana de su dormitorio no da a la calle ni tiene altura respecto de la calle, puesto que da directamente a una terraza y desde esa terraza puede accederse a la caja de escalera del bloque a través de otra ventana, que siempre permanecía abierta. Que por la forma en que D. Miguel le contó todo, por la forma de mirarla, sintió miedo. Tuvo miedo de que D. Miguel pudiera hacerle algo, sobretodo a su hermana pequeña de 11 años de edad, que nunca mencionó D. Miguel al menor " Cuco ", que en su segunda declaración ante la policía, los funcionarios de policía , le dijeron que ella mentía, puesto que D. Miguel salió aquella noche de la casa y ella lo negó. Sin embargo, luego estuvo pensando y reparó en que había visto abierta la ventana a la mañana siguiente, que D. Miguel le contó que D. Francisco Javier Delgado había sugerido tirar a D^a Marta al río, una vez que D. Samuel ya estaba en el domicilio.

5. El 13 de septiembre de 2009 en el GRUME manifestó:

“Que viene para contar todo lo que sabe sobre la desaparición de Marta Del Castillo, y esto que va a contar es la verdad.

Que sobre las 22,50 horas vio llegar a Miguel con su moto y aparcar justo debajo del balcón, llevaba puesto unos pantalones blancos, un chaleco de Jean de mangas largas, una chaqueta tipo militar y unos botines Nike de color azul.

Que Miguel subió a la casa y ella lo esperó en su habitación, que cuando éste entró en la habitación puso el casco y la bandolera que llevaba encima de la peinadora, y comenzaron a hablar sobre la pelea que habían tenido el día antes.

Que hablaron sobre unos veinte minutos y arreglaron lo suyo... mientras que él se cambiaba antes de ella salir de la habitación vio como Miguel escondía en el armario una navaja pequeña plateada con una funda negra que cubría la hoja, nunca le había visto a Miguel una navaja, ella se fue a hacer de comer (recuerda que hizo tortilla).

No sabe que hizo Miguel con la ropa que se quitó ni le observó nada extraño.

PREGUNTADA para que DIGA, si volvió a ver esa navaja DICE, Que no la volvió a ver más.

Que unos minutos antes de empezar a cenar, sonó el móvil de Miguel, le llamaba Samuel, y lo sabe porque él mismo se lo dijo. Pudo oír de esa conversación de boca de Miguel: "la he dejado en la puerta de su casa "Que durante la cena recibió Miguel dos llamadas más, aunque éste no habló delante de ella, lo hizo en su habitación. Que ella le preguntó en ambas ocasiones quien le había llamado y Miguel le dijo que había sido Estefanía y después la madre de Marta.

Preguntada para que diga, si Miguel Carcaño realizó alguna llamada delante de ella, DICE Que delante de ella no, que no sabe si cuando se metió en su habitación el llamó o no.

Que después de cenar se marcharon a su habitación y después de hablar otra vez sobre la pelea que habían tenido, se pusieron a dormir. Cree que se acostaron sobre las 00:50 horas.

Que serían aproximadamente las 01:20 o 01:30 horas de la madrugada cuando oye bajar de la litera a Miguel (esa noche ella estaba durmiendo junto a Miguel en la parte alta de la litera de su cuarto y abajo su hermana pequeña) y comienza a buscar en el ropero la ropa del trabajo, encontrándola y poniéndosela. Que ella en ese momento se estaba haciendo la dormida. Que cuando Miguel estaba vestido recibió otra llamada, no sabiendo decir quien era aunque escuchó a Miguel decía no se nada".

Que entonces Miguel deja el móvil encima del escritorio y empieza a subirse en la mesita de noche con la intención de salir por la ventana. Que en ese momento ella le chistó y éste se dio cuenta de que ella estaba despierta manifestándole: "¿tú que haces despierta?, a lo que ella contestó ¿dónde vas?, Miguel le dijo que iba a su casa de León XIII a resolver un problema junto a su hermano. Que le preguntó por el problema y Miguel le respondió diciéndole: 'voy a mi casa a arreglar un asunto con mi hermano", a lo que ella le preguntó: ¿Qué Asunto?, contestando Miguel: un asunto que tiene que resolver, quitar pruebas antes de que nadie las vea" a lo que ella le pregunto: ¿Qué pruebas? Y contestó Miguel: "charco de sangre", y ella le preguntó ¿por que sangre? Y Miguel contestó: que estuvo discutiendo con marta, que salió el hermano de su habitación y le recriminó a marta; contestando marta a su hermano, el hermano de Miguel se enfadó y miguel le dio por la espalda con un cenicero en la cabeza, cayó al suelo y le empezaron a dar patadas y puñetazos. Que la declarante le preguntó: ¿Qué hacías tú con Marta en tu casa por qué le has hecho eso?, y le contestó que tenía que hablar con ella, discutieron.

Ella le preguntó ¿A estas horas vas a resolver el problema? Y le contestó Miguel: sí porque es muy urgente y no lo puedo dejar, y ella le preguntó: ¿por qué no sales por la puerta? y Miguel le contestó: por que hay ruido en el salón. duérmete ya hija de puta, insultándola de una manera que nunca lo había hecho, por lo que ella le preguntó por qué me dices eso si ya lo hemos arreglado todo, refiriéndose al enfado que habían tenido, Miguel le puso mala cara, puso como cara de asco. Que entonces Miguel se marchó por la ventana y dejando la moto suelta se dejó caer por la cuesta arrancándola al final de la calle. Que el móvil que deja Miguel suena durante toda la noche. Que ella no pudo dormir en toda la noche, se asomaba de cuando en cuando a la ventana por si lo veía llegar, una de las veces que se asomó, vio como Miguel llegaba arrastrando la moto por la cuesta, y se paraba de vez en cuando, había pasado mucho tiempo, entrando en la habitación de nuevo por la ventana. Que cuando entró ella le preguntó que es lo que habían hecho y éste le dijo "nos hemos deshecho de ella y la hemos llevado fuera de aquí para que la policía no la encuentre". Después de esto ella le recrimina que no fuera a la Policía a contarle, contestando Miguel que no, que

tarde o temprano estaría preso y que quería estar libre el tiempo que le quedara. La declarante le insultó y le dijo que tarde o temprano la Policía lo detendría. Miguel se acostó en la cama vestido con la ropa de trabajo que fue la que se puso cuando se fue de madrugada. Cuando creyó que Miguel estaba dormido ella se bajó a la cama de su hermana por que tenía miedo...

El martes día 27 de Enero, ella le preguntó que qué habían hecho con la niña, y el le contestó: que la habían echado detrás de su casa, ella le preguntó ¿tu y quién más? y Miguel le contestó que el, su hermano y unos más", a lo que la declarante le volvió a preguntar, ¿pero dónde?, y Miguel le volvió a contestar que en la arboleda detrás nuestra.

Preguntada para que diga, los motivos por los que no ha dicho nada hasta el día de hoy en el que se ha presentado en este grupo para declarar lo manifestado, dice, que tuvo una llamada a su antiguo móvil, en la que un hombre la amenazó y le dijo literalmente: "si dices todo lo que sabes a tu madre la rajo de arriba abajo y a ti te pego una paliza". Que esta llamada era de un número desconocido. que nos facilita en este mismo acto y momento su antiguo teléfono y tarjeta para poder comprobar esa llamada, ya que no la borró. Preguntada para que diga, si todo lo manifestado es verdad, dice, que sí, que todo es verdad, que no ha dicho nada por que la amenazaron, pero no podía aguantar más, por que su familia lo está pasando muy mal y su madre está mala.

Que en este mismo acto y momento se procede a realizar varias escuchas de grabaciones de voces de varones anónimas, numeradas voz varón número uno, y voz varón número dos, reconociendo sin ningún género de dudas la voz varón número dos, como la voz de la persona que le ha amenazando.

Al folio 4070 de las actuaciones el GRUME afirmaba que la voz número dos la que identificó la menor R. como la que la amenazó por teléfono, correspondía al acusado D. Francisco Javier Delgado.

6. En la declaración judicial de 12 de marzo de 2010, ratifica la declaración de 13 de septiembre de 2009, y afirmó que nunca había escuchado la voz de D. Francisco Javier Delgado y la Policía cuando reconoció esa voz dijo que era la de Francisco Javier Delgado, así como “usted comprenderá que si le miento a la Policía, le miento a cualquiera”, tras ser preguntada por el SR. Letrado de la Defensa de D^a M^a García Mendaro si había dicho a su amiga Elizabeth que no sabía nada sobre los hechos.

7. En el plenario mantuvo en esencia la declaración de 13 de septiembre de 2009, y expresamente dijo que las declaraciones del día 9 de marzo de 2009 no eran ciertas, que las había prestado porque estaba coaccionada y por otra parte acomodaba sus manifestaciones a lo que declaraba D. Miguel Carcaño, quién por cierto en ninguna ocasión ha manifestado que su hermano D. Francisco Javier Delgado le aconsejó que tirará el cuerpo al río.

Las manifestaciones de la menor R. del 13 de septiembre de 2009, ratificadas en la declaración de 12 de marzo de 2010 y del plenario son increíbles e inverosímiles, puesto que en ellas se reconoce que D. Francisco Javier Delgado la ha amenazado y sin embargo rectifica sus declaraciones anteriores no solo aseverando que este acusado aconsejó a D. Miguel y D. Samuel que tiraran el cadáver de D^a Marta del Castillo al río, sino también que el propio SR. Delgado participó materialmente en la desaparición de dicho cadáver, ya no en el río sino en una arboleda próxima a su casa.

A mayor abundamiento, no se entiende como se puede reconocer una voz que no se ha escuchado con anterioridad.

Precisamente esta falta de credibilidad y fiabilidad sin duda ha pesado en las acusaciones para no inculpar por esos hechos materiales sobre desaparición del

cuerpo de D^a Marta del Castillo al acusado D. Francisco Javier Delgado, ni para acusar al mismo de un delito de amenazas por las vertidas a esta testigo, según mantiene desde su declaración de 13 de septiembre de 2009.

Para finalizar en cuanto a esta testigo, referir que en todo caso no se trataba de una prueba que corroboraba la versión incriminatoria de D. Francisco Javier García Marín, como dijo el SR. Fiscal en su informe, ya que el SR. García situaba la desaparición del cuerpo de D^a Marta del Castillo en la noche del día 24 de enero de 2009, no en la madrugada del día siguiente como realizó esta testigo menor de edad.

-

-

Decimoséptimo.- El Ilmo. Fiscal y el SR. Letrado de la acusación particular sostienen que las declaraciones del taxista D. José Antras Barneto y de su esposa D^a. Elena Navarro-Casas avalan sus acusaciones.

Analicemos las declaraciones mencionadas.

En línea de principio rechina que una persona que dice haber sido testigo de un extremo relativo a un hecho tan grave y de una dimensión mediática inusitada, como el que nos ocupa, haya tardado más de dos años y diez meses en poner en conocimiento de la Policía y de la Fiscalía los hechos que dice haber presenciado.

Ante el Policía El SR. Antras declaró el día 10 de noviembre de 2011 y manifestó que es y era en esas fechas taxista de profesión y estuvo de servicio el fin de semana del 24 y 25 de enero de 2009, que entre las 00'15 horas a las 00'30 horas del día 25 recogió a un cliente en la calle Luis Montoto, esquina calle Juan Antonio Cabestany, que le pidió que le llevara a la calle León XIII, que recuerda que tenía barba de varios días y en la mejilla izquierda una mancha, verruga o

lunar visible, que le dejó en la calle León XIII esquina con la calle Correa de Aruxo, que la carrera costó unos ocho euros y pico, que le entregó 10 euros y le dejó de propina el sobrante a la vez que le dijo que tuviera buen servicio, que semanas después vio en la televisión imágenes de los registros efectuados en el domicilio de León XIII y en uno de ellos por el corte de pelo le resultó conocido; que hace días en la prensa escrita durante la celebración del juicio ha visto fotos del hermano de Carcaño y el cliente del día 25 de enero de 2009 tenía sus mismas características físicas, en una imagen que vio en televisión el hermano del SR. Carcaño llevaba una gorra con visera y siguió pensando que era el cliente del referido día, que al comienzo del juicio pudo escuchar por televisión la voz del hermano de D. Miguel Carcaño y “reconoció sin ningún género de dudas la voz de esta persona como la del cliente” que llevó a la calle León XIII en los primeros minutos del día 25 de enero de 2009 (ver folio 941 a 943 del rollo), reconocimiento de voz que le inclino definitivamente a ponerse en contacto con la Policía.

A continuación de esta declaración se practicó el reconocimiento fotográfico (folios 939 y 940 del rollo) y reconoció sin ningún género de dudas al acusado D. Francisco Javier Delgado como el cliente al que se refiere en su declaración del mismo día.

La declaración en el plenario fue similar a la prestada en sede policial, si bien preguntado por las características físicas solo dijo que tenía el pelo canoso y corto, mirada profunda y un lunar, verruga o mancha en la mejilla izquierda, que no tuvieron conversación alguna en el trayecto, solo al llegar a la altura de León XIII le preguntó a que altura le dejaba y le contestó que ya le avisaría, después al terminar el servicio le dio las buenas noches y le deseo buen servicio. Añadió que le comunicó a su mujer la posibilidad de que ese cliente fuera D. Francisco Javier Delgado en el momento en el que ve un reportaje en televisión sobre un reconstrucción de hechos en el que le parece que el cliente de esa noche era el

hermano de D. Miguel Carcaño, que está completamente seguro que la voz que escuchó en la televisión como la de D. Francisco Javier era la voz de ese cliente, que reconoció sin duda alguna fotográficamente al cliente el día 10 de noviembre de 2011, que le mostraron tres álbumes de fotos, que solo ha comentado a su señora la incidencia de este servicio, no se lo ha comentado a ningún compañero taxista, que reconoció la voz de ese cliente como la de D. Francisco Javier en la declaración que prestó en el juicio a través de un reportaje de Canal SuR.

Por su parte D^a. Elena Navarro-Casas, esposa del anterior, en sede policial corroboró que su marido le dijo al ver un reportaje en televisión sobre la reconstrucción sumarial de los hechos que reconocía a D. Francisco Javier Delgado como el cliente que llevó la noche del 24 al 25 de enero mencionado a la calle León XIII, que se lo comentaba cada vez que salía en la televisión una noticia sobre el caso, hasta que al celebrarse el juicio reconoció sin ningún género de dudas la voz del acusado citado como la del cliente que traslado en esa noche desde calle Luis Montoto a la calle León XIII, que ella le decía que no era necesario que comunicara a la autoridad competente este hecho ya que el SR. Delgado estaba detenido, pero al reconocer la voz sin duda en el juicio decidió ir a la Policía para relatar lo que él había presenciado.

En el plenario, a preguntas del SR. Letrado de D. Samuel Benítez dijo que su marido le contó cómo se había desarrollado la diligencia de reconocimiento fotográfico y le manifestó que le enseñaron varias fotos, que en un principio escogió o reconoció a dos varones porque se parecían ambos “muchísimo, muchísimo” al cliente referido y ante la pregunta de los policías de que cuál de los dos era dijo que juraría que era el que resultó ser el acusado reiterado (ver acta del juicio oral de 21 de noviembre de 2011 y grabación de dicho día a partir del minuto 59).

Las manifestaciones del SR. Antras no resisten ni la más benévola crítica, sin tener duda alguna a la vez de que se trata de unas manifestaciones bienintencionadas.

Además de no comprender los miembros de este Tribunal las razones que expone para explicar la tardanza en más de 2 años y diez meses de poner en conocimiento estos datos importantes para el esclarecimiento de los hechos a enjuiciar, cabe añadir que lo que decide al testigo contar lo que sabe e ir a la Policía es la seguridad de que la voz que escuchó en la declaración del acusado D. Francisco Javier en el juicio oral es la del cliente de ese día, a pesar de que el testigo reconoce que apenas cruzaron palabras en el trayecto y de que ha pasado el tiempo indicado, sin que la voz del acusado, entendemos, sea tan característica y peculiar que una vez oída no se olvide, hasta el punto de reconocerla de inmediato tras una breve y parca conversación a pesar de haber transcurrido más de 58 meses desde que se mantuvo con una persona desconocida ese cruce de palabras.

Es más, si bien el tanto en el GRUME como en el juicio oral manifestó que no tenía duda alguna en el reconocimiento fotográfico, muy al contrario su esposa en el plenario explicó que su marido le relató las dudas que más arriba se han narrado, es decir que dudó entre dos varones que se parecían “muchísimo, muchísimo” al cliente de marras decidiéndose finalmente por la fotografía correspondiente al SR. Delgado.

En suma y por las razones expuestas, no nos merecen fiabilidad las manifestaciones del testigo SR. Antras, por lo que no consideramos acreditado que el mismo llevara al acusado D. Francisco Javier Delgado en su taxi entre las 00'15 y 00'30 horas del día 25 de enero de 2009 desde la calle Luis Montoto a la calle León XIII.

Decimotavo.- En tercer lugar, el SR. Fiscal sostuvo en su informe que las manifestaciones del SR. Sutil en relación con la documentación que aportó sobre el movimiento de caja del Bar Dseda corroboran la versión incriminatoria contra el SR. Francisco Javier Delgado Moreno.

El SR. Sutil no fue al bar en la noche del 24 al 25 de enero de 2009, por lo que no puede asegurar si el SR. Delgado comenzó su trabajo en el bar a las 00'00 horas del día 25.

Ahora bien, manifestó en todo momento que quién llevaba a la sazón las cuentas y el control de la contabilidad del negocio era él, y por ello aportó el movimiento de caja de ese noche (ver folio 2122 de las actuaciones). De esa documentación de la caja del negocio se infiere que hubo entradas o ingresos por pago de consumiciones a las 00'27, 01'29, 01'30 y 03'01.

Si a ello se añade que el otro socio del negocio, el SR. Mayorga, ha dicho en todo momento que sobre las 00'00 horas del día 25 de enero de 2009 le relevó en el bar D. Francisco Javier Delgado, que consta una llamada recibida en el móvil de D. Francisco Javier Delgado a las 02'01 (ver folio 1.625 de las actuaciones) de ese día 25 que le sitúa en el bar, como el hecho de que la alarma del local fue activada a las 03'10 del mismo día (ver folio 2089 de las actuaciones), la pretendida prueba de cargo puede considerarse de descargo, pues acredita, junto a las demás pruebas citadas, la permanencia del SR. Delgado en el Bar reiterado al menos desde las 00'00 hasta las 03'10 horas.

Es más, el SR. Delgado siempre ha dicho que tras cerrar el bar se fue al bar Mínimo, como tiene costumbre, y este extremo no ha sido comprobado a lo largo de la investigación de los hechos. Estimamos que en este momento no es ocioso recordar que, conforme pacífica jurisprudencia del T.S. y T.C, corresponde a las

acusaciones, y no a las defensas de los acusados, demostrar que las alegaciones exculpatorias de los acusados son falaces, como expresión del principio de presunción de inocencia que ampara a los acusados.

Decimonoveno.- En último lugar, se aduce por el SR. Fiscal en el informe que de las escuchas de las conversaciones mantenidas desde sus teléfonos, a partir del día 28 de enero, también se infiere la culpabilidad del SR. Delgado.

De la conversación mantenida en la madrugada del día 15 de febrero de 2009 con D. Enrique Rull, amigo del SR. Delgado se infiere que el acusado está consternado por la detención de su hermano D. Miguel Carcaño sintiéndose engañado por él; textualmente dijo “es increíble, te lo juro, además como me ha podido...como me ha tenido engañado...” para concluir diciendo “que tiene que pasar una cosa así para entender que no conoces a nadie”.

El hecho de que su interlocutor diga, tras ese desahogo del acusado reiterado, “tienes que meter a dos subnormales” no significa en absoluto que esa acción de involucrar a dos “subnormales” la haya realizado este acusado, máxime si se tiene en cuenta que el SR. Rull en el plenario reiteró que su amigo D. Francisco Javier al enterarse de la detención de su hermano estaba sorprendido y desolado, así como el hecho de que ya estaba detenido D. Samuel, y este dato era conocido por D. Francisco Javier.

A mayor abundamiento, en esa misma conversación el SR. Delgado comentó a su interlocutor que su novia durmió esa noche en su casa, llegando a la misma sobre las 00’15 horas y que menos mal que ya había pasado todo. En concreto dice “por lo visto todo había pasado antes de las doce”, así como que él llegó a las 04’00 horas.

En las conversaciones mantenidas con su hermano D. Miguel Carcaño no se denota que vayan encaminadas a aconsejarle que mienta a la Policía; al contrario, en la conversación de 4 de febrero de 2009 le dice que colabore con la Policía, que no van a encontrar nada porque no hay nada que encontrar. Y en la mantenida el día anterior, D. Miguel le dice que está muy agobiado y el SR. Delgado intenta tranquilizarlo diciéndole que al final saldrá la verdad y la verdad es que el no tiene nada que ver en este caso. El hecho de que en la conversación el día cinco de febrero de 2009 recalque D. Francisco Javier a su hermano que en la vivienda había dos sillas de ruedas, una manual y otra automática no supone que está dirigiendo a su hermano para que no sea descubierto, pues, como hemos visto, mostró desolación e incredulidad al enterarse de su detención (ver escuchas telefónicas a los folios 168 a 270 de la pieza separada 7461.1).

Analizadas estas conversaciones en la deliberación, tras haber sido oídas en dos ocasiones en el plenario, los miembros de este tribunal están plenamente convencidos de la sinceridad y espontaneidad de esas manifestaciones.

Por último, el único resto biológico encontrado del SR. Delgado, mezclado con otro de su novia, no es otro que el hallado en la alargadera intervenida por la Policía Científica de su dormitorio, mientras que los hechos se desarrollaron en el dormitorio de D. Miguel. Por tanto, este resto biológico no involucra en absoluto al SR. Delgado en la comisión de los hechos, máxime si se tiene en cuenta, como ya indicamos, que en las dos versiones que el SR. Carcaño dice que él y “Cuco” estrangularon a Marta del Castillo, manteniendo que la alargadera usada se tiró bien a una papelera pública, próxima al domicilio de León XIII o la tiraron con otros objetos al contenedor de basuras también citado. Por otra parte, la alargadera presuntamente usada por D. Miguel y el “Cuco” estaba en el dormitorio del primero, mientras que la ocupada, como decíamos, en el dormitorio usado por D. Francisco Javier Delgado; tampoco se puede perder de vista que es alargadera fue

ocupada el 17 de marzo de 2008, casi dos meses después de acontecer la triste muerte de D^a Marta del Castillo.

En definitiva y recapitulando, las pruebas de cargo ofrecidas por las partes no tienen la fuerza necesaria para enervar el derecho de presunción de inocencia del acusado D. Francisco Javier Delgado Moreno, por lo que procede dictar respecto al mismo una sentencia absolutoria con declaración de las costas causadas de oficio en su parte proporcional.

Vigésimo.- Las acusaciones imputan a D^a. M^a García Mendaro la comisión de un delito de encubrimiento, aseverando que ayudó a D. Miguel Carcaño, junto a los otros acusados, a hacer desaparecer el cadáver de la menor D^a Marta del Castillo y hacer desaparecer los vestigios de su estancia esa noche en la calle León XIII 78 bajo C .

Como hemos hecho con anterioridad respecto a los acusados D. SAMUEL y D. Francisco Javier Delgado, analizaremos, en primer lugar, sus manifestaciones, comprobaremos si las mismas son corroboradas por datos objetivos y sopesaremos si su versión exculpatoria es vencida por la prueba de cargo.

Veamos las declaraciones de esta acusada:

1. El 28 de enero de 2009 (folios 257 a 260) D^a María García Mendaro declaró ante el GRUME que era la pareja de D. Francisco Javier Delgado; que el pasado día 24 de enero estuvo con su novio hasta las 17'15 horas, hora en la que se fue la biblioteca de la Isla de la Cartuja (Escuela de Ingeniería Superior), donde estuvo estudiando hasta las 21:30, para ir a continuación a ver a una amiga, con la cual estuvo hasta las 22:30 horas, que mientras estuvo en la biblioteca, le llamó sobre las 20'00 horas su novio, manteniendo una pequeña conversación,

encontrándose él en su domicilio de León XIII; que entre las 22'30 y 23'10, permaneció en un bar de la calle Tharsis llamado "Los Majarones", a las 23'30 horas recogió en esa misma calle a su novio para llevarlo al bar donde trabaja, situado en la calle Juan Antonio Cavestany, llamado "DSEDA", dejando a éste sobre las 23:45 horas, marchándose ella con las llaves del domicilio de León XIII, que le fueron prestadas por D. Francisco Javier, ya que ella no disponía de llaves propias, que dicho trayecto lo realizó en el coche a nombre de su padre, Renault Megane, CA301-AZ, de color blanco; que a las 00:15 horas llega a León XIII, y permaneció estudiando sola en el domicilio hasta que a las 02:15 llamó a su novio para decirle que se disponía a dormir, que cuando llegara le diera una llamada al móvil por si no oía la puerta, ya que a ella había entregado su llave; que sobre las 4 de la madrugada D. Francisco Javier llegó al domicilio y se acostó con ella, encontrándose solos los dos; que sobre las 5 de la madrugada, sin poder precisar, le llamaron por teléfono pidiéndole el número de teléfono de Miguel, ya que al parecer una amiga de D. Miguel no aparecía; que su novio llamó a su hermano D. Miguel para comunicarle lo ocurrido, y decirle que llamase a D^a Marta, para saber donde se encontraba. Que minutos mas tarde D. Miguel llamó a su novio y le comentó que D^a Marta no respondía a su teléfono, por lo que D. Francisco Javier le dijo a su hermano que se personara en el domicilio de León XIII, dirigiéndose D. Miguel al lugar y llegando sobre la media hora o algo más, cuando ya se encontraba Miguel en el domicilio, no pudiendo precisar la hora, se presentaron unas personas preguntando por D^a Marta y hablaron con D. Francisco Javier y su hermano, para a continuación marcharse y momentos después D. Miguel se fue al trabajo y su novio se acostó, que ella seguía en la cama, por lo que no escuchó la conversación; que a las 18:40 horas aproximadamente la policía se presentó en el piso y habló con ella, abandonando el inmueble posteriormente y permaneciendo ella con un compañero de facultad llamado D. Francisco de Dios Sánchez.

2. En la declaración de 17 de febrero ante el mismo Grupo Policial añadió que el sobre las 19:30 horas del día 25 de enero, una vez finalizada la visita realizada por funcionarios de policía en el domicilio de su novio, sito en la calle León XIII, se personó un menor de edad, llamado Javier, al cual conocía de haberlo visto en dos ocasiones en la casa de León XIII preguntando por D. Miguel diciendo que había quedado para recoger unos Cedés, que entró en la casa y directamente cogió unos cedés de un cajón de un mueble del salón y se fue.

3. En la declaración prestada el diez de marzo de dos mil nueve ante el SR. Magistrado Instructor, con la asistencia del Ministerio Fiscal, del letrado de la acusación particular y de los respectivos letrados de la defensa, en primer lugar dijo que se afirmaba y ratificaba en las declaraciones prestadas ante la Policía; que estaba totalmente segura de que permaneció en el domicilio de León XIII durante toda la madrugada del día 25 hasta que se fue a primera hora de la mañana según ha declarado, que durante esa madrugada habló con D. Francisco Javier sobre las 2 de la madrugada y estaba totalmente segura de que hizo esta llamada con su teléfono móvil, desde el interior del domicilio de León XIII, no explicándose como esa llamada se puede situar en otro lugar, que estaba totalmente segura de que D. Miguel no estuvo aquella madrugada, noche del 24 al 25, mientras ella estuvo en León XIII, en dicho domicilio, que en la biblioteca estuvo con sus amigos D^a. Hispania y D. Joaquín.

4. En su declaración como detenida de catorce de abril de dos mil nueve insistió en que estuvo en el domicilio de León XIII desde las 00.15 horas aproximadamente durante toda la madrugada, que estuvo estudiando sentada en un " sillón relax ", que levanta el reposapiés de color azul, existente junto a la ventana del salón hasta las dos de la madrugada, hora a la que llamó a su novio y se fue a la cama; que no es posible que llamaran en las persianas en torno a las 00.30 horas o 00.45 horas, sin que ella se enterara ni que estuviera a oscuras el salón, que no

escuchó que nadie levantara las persianas en torno a las 2.15 horas, que no escuchó nada raro durante aquella madrugada, estando ella sola en la vivienda, que al enterarse de que Miguel había dicho que había limpiado con amoniacal, recuerda que - al entrar en la vivienda -, una vez pudo oler algo raro al pasar junto al dormitorio de D. Miguel, no era a limpio y sí para ella algo extraño el olor, pero dicho olor desaparecía, nada mas entrar al salón; que la noche que detuvieron a D. Miguel ella fue llamada por la policía junto a sus padre y dos hermanas; que tomaron ADN a los cuatro, que la Policía insistió en que D. Miguel estaba implicado en la desaparición de D^a Marta del Castillo y habló con D. Francisco Javier mostrándole que verdaderamente desconfiaba de D. Miguel ante la insistencia de la Policía y D. Francisco Javier se quedó de piedra y no se lo creía; ante las preguntas de las acusaciones insistió que estuvo esa noche en el bajo C del nº 78 de la calle León XIII.

Las declaraciones de la acusada han sido corroboradas por testigos y la localización de su móvil, a pesar de los razonado por las acusaciones respecto a la llamada de las 02'01 horas del 25 de enero de 2009.

Por otra parte, ninguno de los demás acusados en esta causa, ni D. Francisco Javier García Marín la sitúan en el piso de León XIII en la noche del día 24 al tiempo de encontrarse el cadáver de D^a Marta del Castillo en ese piso.

D^a Hispania Ruiz Martín, compañera de facultad de la acusada, manifestó que la tarde del día 24 de enero de 2009 estuvo estudiando con D^a María García Mendaro en una biblioteca de la Escuela de Ingenieros de la Cartuja hasta las 21 horas, después fueron a su casa, porque ella se iba fuera a Sevilla y a D^a María le podía interesar alquilarlo, también dijo D^a María que iba a estudiar por la noche a casa de su novio el acusado D. Francisco Javier, la invitó a estudiar por la noche en dicha casa, pero ella no aceptó, también invitó a esa sesión de estudio a D. Joaquín,

que estuvieron juntas hasta las 22'30 horas, que en todo momento se trasladaron en el coche de D^a María (ver grabación y acta del juicio del día 14 de noviembre de 2011, no declaró en el sumario).

D. Joaquín Pérez Rondón, compañero de facultad de la acusada, manifestó que en esa tarde del 24 de enero estudió por la tarde en esa biblioteca pública con sus compañeras D^a María García Mendaro y D^a Hispania Ruiz, que D^a María les invitó para estudiar esa noche en el piso de León XIII, que estuvieron juntos hasta las 21 horas, en la que D^a María y D^a Hispania abandonaron la biblioteca en el coche de la primera (ver grabación y acta del juicio del día 15 de noviembre de 2011, no declaró en el sumario).

Las llamadas recogidas en su móvil de 20'30, 20'34 y 20'41 del día 24 de enero de 2009 posicionan a D^a María en la Isla de la Cartuja, donde se encuentra la Escuela de Ingenieros de Sevilla, la llamada de las 22'17 la sitúa cerca de la calle Tharsis, en la que vive la exmujer del SR. Delgado, donde dice la acusada que estaba a esa hora para hacer tiempo y recoger a su novio para llevarlo al Bar Dsedá; las llamadas del día 25 de 02'01 y de 04'02 la sitúan en León XIII.

Tanto la Policía como las acusaciones sostienen que la llamada de las 02'01 no sitúa a D^a María García Mendaro en la calle León XIII.

Nada más lejos de la realidad, ya que la antena BTS de la calle Mar Caspio n^o 2 está a la misma distancia -600 metros- que la de la calle Doctor Cervis 2 de la finca n^o 78 de la calle León XIII, como se infiere de la consulta de la mapas de Google que consta a los folios 2062 y 2064 de las actuaciones.

Las acusaciones han intentado acreditar que D^a María García Mendaro no se hallaba en el domicilio de su novio de la calle León XIII entre las 00'00 horas y las

02'01 horas del día 25 de enero de 2009 y para ello además de la localización de la llamada de las 02'01 horas, ya analizada se apoyan en las declaraciones de D. Antonio Abad del Castillo, D. Cristian Bazo Ramos y D. Gabriel Carvajal.

D. Antonio Abad del Castillo (folios 2779 y 2780) el 3 de abril de 2009 manifestó que la noche del 24 al 25 de enero de 2009, tras estar en el Hospital Virgen Macarena, en el que se personó sobre las 23'30 horas de ese día 24, se dirigió al domicilio de D. Miguel Carcaño en la calle León XIII, llegando al mismo entre las 00'15 y las 00'30 horas, que el domicilio estaba apagado y en silencio, por lo que se trasladó a una ventana próxima en la que un SR. Le manifestó que en su casa no vivía el SR. Carcaño.

Ratificó esta declaración el 16 de junio del mismo año (folio 3513 a 3156) y en el plenario dijo sobre este extremo que llegaría sobre las 00'30 o 00'40 horas del día 25 al nº 78 de la calle León XIII, que miró en la ventana del salón de la vivienda de D. Miguel Carcaño y estaba a oscuras, se dirigió a una ventana en la que había luz, le preguntó a un a señor que estaba en su interior que si en esa casa vivía D. Miguel y le contestó que no, tampoco vio la moto de éste acusado, que sitúa su llegada a las 00'30 horas porque del Hospital va a su casa y después a la calle León XIII.

De dar por ciertas las horas indicadas por el SR. Del Castillo en sus declaraciones sobre entre extremo parece que la acusada Dª María García Mendaro falta a la verdad.

Ahora bien, frente a las manifestaciones de D. Antonio Abad se alzan las de D. Jorge Carrere que el día 12 de marzo de 2010 (folios 5.420 y 5.421) manifestó que un señor llamó a la ventana de su salón sobre las 00'00 horas del día

25 de enero; en el juicio oral fijó esa visita a través de la ventana entre las 23'30 horas a 00'00 horas.

Como se observa el baile de horas, mejor dicho de minutos, es patente, mientras que D^a María en todo momento dijo que llegó a las 00'15 horas del día 25 de enero a la vivienda de León XIII, D. Antonio Abad centró su llegada a esa casa entre las 00'15 horas y las 00'40 horas en sus diversas declaraciones, mientras que el SR. Carrere, por contra, no la sitúa más allá de las '00'00 horas del día 25.

Así las cosas, es totalmente factible que el SR. Del Castillo estuviera en esa calle e inspeccionara el domicilio de D. Miguel Carcaño antes de que llegara al mismo la acusada D^a María.

La señora García Mendaro, por las razones más arriba mencionadas, se encontraba a las 02'01 horas del día 25 de Enero de 2009 en la casa de su novio, como se infiere de la llamada efectuada al mismo para anunciarle que se iba a acostar y que le llamara al móvil cuando llegara a casa para despertarse y abrirle la puerta.

Por su parte, D. Cristian Bazo Ramos manifestó el 3 de abril de 2009 que el día 25 de enero de 2009 en compañía de su padre y de "Gabi" salió de su casa, sita en la calle Carretera de Carmona 51, sobre las 02'15 horas para ir a casa de D. Miguel Carcaño (folio 2785), que levantaron las persianas el salón y estaba todo oscuro, extremo que ratificó el día 16 de junio de 2009 (folio 3520) concretando que llegarían a la calle de León XIII sobre las 02'25 horas. En el juicio oral ratifica que llegarían a la calle León XIII a las 02'20 o 02'25 horas del día 25 de enero.

D. Gabriel Carvajal en el sumario cifró la hora de llegada a dicha vivienda sobre las 02'30 horas de ese día (folios 2788 y 3522), en el plenario dijo que

llegarían sobre esa hora o 02'15 horas, también dijo que levantaron las persianas del salón y estaba oscuro, que no vieron la moto de Miguel.

Es decir, es totalmente factible que cuando los Señores Carvajal y Bazo levantaron las persianas del salón de la vivienda del SR. Carcaño D^a María estuviera dormida, máxime si se tiene en cuenta que se acostó tras estudiar varias horas entre la tarde noche del 24 y primeras horas de la madrugada del 25 de enero.

En cuanto al fuerte olor a lejía que en el juicio oral D^a Susana García dijo que era totalmente perceptible al entrar en la vivienda de D. Miguel Carcaño, cabe destacar que no se lo comentó a la Policía, a pesar de que en principio podría ser un dato de interés para la investigación. Al igual cabe decir del testigo SR. Casanueva, tío de D^a Marta del Castillo, que en ninguna de sus declaraciones sumariales mencionó que percibió en esa mañana del día 25 olor a limpio en la vivienda de León XIII.

D. Francisco Jesús de Dios manifestó el 12 de marzo de 2010 que el piso olía a limpio, pero que no era un olor fuerte (ver folio 5418). En el juicio oral dijo que era la primera vez que había quedado con D^a María en esa casa para estudiar, que la casa estaba arreglada y limpia y que las ventanas estaban abiertas, que D^a María las cerró cuando él dijo que tenía frío.

El Policía Nacional con nº 27.656, a quién los padres de Marta del Castillo le dijeron que quizá la menor se hallaba en la casa de D. Miguel Carcaño en la calle León XIII, se presentó en dicho domicilio y solicitó a D^a Maria García Mendaro inspeccionar la vivienda en todas sus dependencias, inspección que le permitió sin pega alguna la acusada. Dicho agente incluso estuvo inspeccionando el dormitorio de D. Miguel Carcaño. Tras manifestar que nada en especial le llamó la atención, preguntado

si el piso olía a limpio dijo que “olía a limpio pero no había ningún olor en particular, bajo su punto de vista”. A modo de conclusión se puede afirmar que ese olor a lejía, a limpio, no era tan especial, como pretenden alguno de los testigos, por no manifestarlo a la Policía como dato a investigar por haberles llamado especialmente la atención, así como por las manifestaciones sobre este punto por el Policía citado, que lo desdeñó como indicio a sopesar en la investigación.

-

La conducta de D^a María, facilitando la labor policial corrobora periféricamente la más absoluta ignorancia de esta acusada sobre los hechos enjuiciados en la noche del día 24 al 25 de enero de 2009, extremo que también corrobora el hecho de mantener una cita con un compañero de facultad a pesar de que pudiera detectar algo extraño en el piso; una persona consciente de esa posibilidad hubiera cancelado la cita para estudiar en ese domicilio con cualquier excusa.

Vigésimo primero.- Pudieran incriminar a D^a María las manifestaciones de D. Antonio Trenado y D. Diego Carrere, ya que de ellas se podría inferir que el cuerpo de Marta del castillo se hallaba en el interior del piso bajo C del n^o 78 de la calle León XIII a las horas en las que ella ha aseverado que se encontraba en su interior.

D. Antonio Trenado el 19 el febrero de 2009 (folios 2094 y 2095) manifestó que el pasado día 25 de enero de 2009, sobre las 02:00 horas, procedía a llevar la basura a unos contenedores próximos a la calle León XIII y observó a dos jóvenes, recordando que ambos iban con las capuchas de las sudaderas puestas, que estos individuos tiraban de una silla de ruedas y puesto de forma horizontal y encima de dicha silla, observó un bulto, que estos jóvenes tiran el bulto en el contenedor que está pegado al de los plásticos y después vuelven

dirección C/ León XII, con la silla de rueda vacía. No identificó a ninguno de estos jóvenes como D. Miguel Carcaño, a quién conocía del barrio.

El día 24 de marzo de 2009 (folios 2140 a 2143) ante el SR. Magistrado Instructor matizó en cuanto a la hora que podrían ser las 01'55 horas o incluso en cualquier momento hasta las 2.10 horas, y en cuanto a la fecha de los hechos que describe, estaba seguro que era la noche del 24 al 25 de Enero, puesto que aquella noche del 24 el novio de su hija había estado en casa del dicente y por este motivo el dicente aparcó el coche en la calle Jorge de Montemayor, frente a los contenedores y el dicente vio su coche al tirar la basura.

Estas dos declaraciones podrían avalar que el cuerpo inerte de D^a Marta del Castillo salió de la casa León XIII sobre las dos de la mañana, por lo que D^a María García Mendaro podría ser implicada en la comisión de los hechos en cuanto a la desaparición del cuerpo de la menor, sin embargo en el plenario (ver a partir del minuto 12 de la grabación de la sesión del juicio oral del día 3 de noviembre y acta del mismo) el SR. Trenado manifestó que no declaró en el Juzgado que estaba seguro de la fecha del 24 de enero de 2009 porque el novio de su hija había estado en su casa. Es decir, desmiente totalmente haber dado un dato fundamental por el que recordaba la fecha del día en el que se encontró a los dos jóvenes sin identificar con la silla de ruedas, desmentido que resta totalmente fiabilidad a su testimonio en cuanto al día en que vio a esos dos jóvenes.

Por su parte, D. Diego Carrere desde el inicio de la investigación ha mantenido que sobre las 01'30 horas del día 25 de enero de 2009 vio a D. Miguel Carcaño en el interior del portal de su casa con una silla de ruedas vacía mientras que se miraba en el espejo.

-Efectivamente, en su declaración de 26 de enero (ver folios 79 a 81) de 2009 manifestó que el día 24 del presente mes vio a D. Miguel Carcaño sobre las ocho y media de la tarde, momento en el que el declarante iba a la casa de su novia a recogerla y que después de regresar a su casa, es decir el domicilio sito en la calle Leo XIII, bajo A, lo vio sobre la una de la madrugada, aproximadamente, del día 25, hora en la que el declarante salía de su casa para llevar a su novia a la suya.

-En la declaración de 9 de febrero de 2009 (folios 1078 a 1080) dijo que sobre la una de la madrugada el móvil de su novia D^a Laura recibió un “toque” de una amiga con la que habían quedado esa noche, por lo que él aprovechó y mandó desde su móvil un mensaje o SMS al novio de esa amiga, diciéndole que se dirigían al lugar acordado, enseñando a la Policía un SMS enviado a las 01’13 horas, que explicaba que su novia se había quedado dormida y que como estaba mala no quería despertarla, añadiendo que después de enviar este mensaje despertó a su novias sea asearon y salieron de su casa, momento en el que vieron a D. Miguel Carcaño con la silla de ruedas en el portal. En similares términos declaró el 18 de febrero de 2009 (folios 1276 y 1277).

-En el plenario, reiteró sus manifestaciones en el sentido de que en la madrugada del día 25 de enero de 2009 vio en el portal de su casa a D. Miguel Carcaño con una silla de ruedas frente al espejo del portal de su casa, que serían las 01’30 horas aproximadamente no pudiendo precisar si entraba o salía de su domicilio pues lo vio enfrente del espejo. En parecidos términos se expresó la novia del anterior D.^a Laura Pérez Ferrer, si bien no identificó a D. Miguel Carcaño por no conocerlo con anterioridad.

Es indudable que el testimonio de D. Diego Carrere es creíble en cuanto al hecho de encontrarse esa madrugada a D. Miguel; ahora bien, no es exacto, como

no podía ser de otra manera por no haber dado importancia a ese encuentro casual con D. Miguel, en cuanto a la hora en la que tuvo lugar ese encuentro en el portal.

Siempre ha mantenido que entre el envío del SMS -01'13 horas- diciendo a los amigos que iban al lugar concertado y su salida de la casa no pasaron más de 20 minutos. Sin embargo, D. Miguel Carcaño, según el listado de su teléfono móvil y su localización se hallaba en Camas, en la vivienda de su novia, a las 01'37 horas, momento en el que con creces habían pasado esos 20 minutos. Por ello es posible que el encuentro con D. Miguel Carcaño fuera posterior a las 02'01 horas, como incluso admitió el SR. Fiscal en su informe (ver minuto 49 de la grabación de la sesión del juicio del día 28 de noviembre de 2011).

Por esta inconcreción en la hora en el que tuvo lugar el encuentro con D. Miguel Carcaño, no se puede descartar que tuviera lugar después de que la acusada D^a María se acostase y que la misma no se percatara que D. Miguel entrara en la casa para depositarla.

Por último, se encontró un resto biológico de la Sra. García Mendaro, mezclado con otro de su novio en la alargadera intervenida por la Policía Científica en su dormitorio, mientras que los hechos se desarrollaron en el dormitorio de D. Miguel. También se encontró otro resto biológico de esta acusada, mezclado con el ADN de D. Miguel Carcaño en un rollo de esparadrapo intervenido en el dormitorio de la primera, en la recogida de muestras efectuada el día 17 de marzo de 2009, casi dos meses después de acontecer los hechos, por lo que este hallazgo no tiene relevancia alguna por ser natural que se halle en la habitación o dormitorio de la acusada, así como por hallarse muchos días después de acontecer los hechos.

En definitiva, consideramos que de la prueba practicada no se infiere con la fuerza probatoria que requiere una sentencia de condena que la acusada D^a María García Mendaro haya tenido participación alguna en la desaparición del cadáver de la menor D^a Marta del Castillo y de los vestigios de la misma en el dormitorio de D. Miguel Carcaño.

En consecuencia, procede dictar una sentencia absolutoria respecto a la acusada D^a María García Mendaro con declaración de de las costas causadas de oficio en su parte proporcional.

Vigésimo segundo.- Como decíamos en los fundamentos cuarto y quinto de esta resolución, toda la prueba practicada gira sobre la confesión del SR. Carcaño, quién reconoce haber dado muerte a D^a Marta del Castillo, si bien ha ofrecido cinco versiones sobre el modo y manera de haberlo hecho.

En primer lugar hemos de delimitar la hora en la que tuvo lugar la agresión física que acabó con la vida de D^a Marta del Castillo; en segundo lugar el mecanismo violento empleado para acabar con la vida de la menor fallecida; en tercer lugar, si además de haber matado a D^a Marta del Castillo, D. Miguel Carcaño Delgado agredió sexualmente a la menor y, en cuarto lugar, hora de salida del cadáver de la vivienda de León XIII y la participación del SR. Carcaño en la desaparición del cadáver de D^a Marta del Castillo.

Para ello, hemos de atender a las posibles corroboraciones de sus diversas declaraciones a través de las pruebas personales y objetivas que se han practicado, como nos indica la sentencia del T.S. de 28 de junio de 2011, ya citada al valorar la confesión en sede policial del acusado D. Samuel Benítez, en cuanto otorguen credibilidad objetiva a alguna de las versiones ofrecidas por el confesante.

En todas las versiones que ha dado el SR. Carcaño sobre la muerte de D^a Marta del Castillo ha mantenido que tuvo lugar sobre las 21 horas del día 24 de enero de 2009. En ninguna de ellas manifestó que acabara con la vida de la menor en la madrugada del día 25 de enero de 2009, como lo hizo en una de sus confesiones fallidas el SR. Benítez.

Veamos si otras pruebas avalan la versión de que la muerte violenta de D^a Marta del Castillo tuvo lugar en la tarde noche del día 24 reiterado. Para ello, se cuenta tan solo con el registro de llamadas del móvil de la menor y con el testimonio sobre todo de su madre D^a Eva Casanueva en relación con las llamadas que realizó esa tarde noche a su hija.

El último contacto telefónico que recoge el teléfono móvil de D^a Marta del Castillo no es otro que un SMS que recibió a las 21'12 horas del citado día 24.

Su madre D^a Eva Casanueva manifestó en el plenario que llamó a su hija D^a Marta al móvil sobre las 21'00 horas y no lo cogió, que la llamó de nuevo a las 22'00 con el mismo resultado, y sobre las 22'30 otra vez llamó al móvil de D^a Marta y como no lo cogió y esa era la hora en la que su hija solía llegar a casa llamó al teléfono fijo del domicilio familiar con el mismo resultado, por lo que se preocupó y decidió junto a su marido regresar a casa; que llamó al móvil de su hija esa noche en multitud de ocasiones más (ver grabación del juicio del día 24 de octubre de 2011, a partir del minuto 68) sin respuesta alguna.

D^a Alejandra Portillo García manifestó en el juicio oral (ver minuto 46 de la grabación de la sesión del juicio oral de 14 de noviembre de 2011) que a partir de las 23'45 horas llamó en infinidad de ocasiones al móvil de D^a Marta y se hallaba apagado o fuera de cobertura. En sede policial dijo que esas llamadas se

realizaron con el mismo resultado a partir de las 22'30 horas, después de que D^a Eva, madre de D^a Marta del Castillo, la llamara y dijera que no había vuelto a casa (ver folio 1039).

Por otra parte, la menor D^a R.Pérez, a la sazón novia de D. Miguel Carcaño, ha manifestado que su novio esa noche del 24 de enero de 2009 llegó a su casa de Camas a las 22'50 horas, que estaba segura porque estaba preocupada y al llegar D. Miguel miró la hora en el reloj del salón de su casa.

De estas pruebas se concluye que la hora de la muerte de Marta del Castillo tuvo lugar entre las 21 horas y las 22'15 horas.

Vigésimo tercero.- En cuanto a la dinámica de la violencia física ejercida para acabar con la vida de Marta del Castillo, D. Miguel Carcaño ha dado dos versiones totalmente distintas.

En una de ellas dijo que le golpeó con un cenicero de cristal grueso propinándole un golpe en la sien izquierda cayendo fulminada Marta del Castillo.

1. En su declaración de 13 de febrero de 2009 dijo “Marta se encontraba frente al dicente cuando éste, sin previo aviso, frente a ella, la golpeó en la zona parietal izquierda, cayendo ésta al suelo. El dicente soltó el cenicero, se arrodilló y empezó a llamarle, pero ésta no le respondía”.
2. En la declaración de 14 de febrero matizó que tiró el cenicero con el que golpeó a D^a Marta del Castillo al río.
3. En la de 16 de febrero, la primera ante el SR. Magistrado Instructor, manifestó “Ante la insistencia de Marta se puso nervioso y sin mas,

cogió un cenicero y golpeó con él a Marta, a la altura de la sien izquierda de la cabeza. El dicente no quiso pegarle pero actuó movido por el miedo de perder a su actual pareja, ya que Marta decía que le iba a hacer el chantaje relatado. Tras golpearla una sola vez, Marta cayó al suelo y el dicente echó el cenicero a la cama y se tiró al suelo y comenzó a hablar con Marta sin que ella le respondiera”.

4. En la declaración de 10 de marzo de 2009 matizó “En cuanto al ADN de Marta en la colcha, manifiesta que el dicente arrojó sobre la cama el cenicero después de golpearla.”.
5. En la declaración de 9 de septiembre de 2009 y en el juicio oral mantuvo que mató a D^a Marta del Castillo con el cenicero.
6. En el plenario dijo que cogió el cenicero y le golpeó en la sien izquierda, que el cenicero era de cristal grueso y grandes dimensiones (ver minuto 29 del primer cede de grabación de la sesión del juicio del día 18 de octubre de 2011 y el minuto 55 del segundo cede de la grabación de dicha sesión y acta del juicio oral).

En la segunda versión, que a su vez tiene dos vertientes, la muerte violenta de D^a Marta del Castillo lo es por estrangulamiento con una alargadera y se mantuvo en las declaraciones judiciales de 16 y 17 de marzo de 2009. Y decimos dos vertientes, ya que en la primera manifestó que “Cuco” materialmente estranguló a D^a Marta del Castillo, mientras que en la prestada el 17 de marzo dijo que en el estrangulamiento participaron ambos, sujetando D. Miguel las piernas de la menor para que no se moviera.

La versión del uso del cenicero viene avalada por el hecho de encontrar en el interior del chaquetón que vestía esa noche D. Miguel sangre de la menor, que se explica si se repara en la declaración de D. Miguel en la que explica que tiró al río junto al cadáver de D^a Marta del Castillo el cenicero que usó para acabar con su vida (ver declaración al folio 1013).

Por otra parte, esta versión viene corroborada por los restos biológicos de la menor, mezclados con los del menor D. Francisco Javier García Marín, debajo de la silla de la mesa del ordenador, precisamente en el lugar en el que D. Miguel sitúa en la primera reconstrucción de hechos la cabeza de la menor al caer al suelo, así como el resto biológico mezclado con el de D^a Marta del Castillo de D. Miguel Carcaño en la colcha sabana de la cama, que se explica por el hecho de que después de golpear la cabeza de la menor con el cenicero tiró el mismo encima de dicha colcha sabana.

Al contrario, la versión del estrangulamiento no viene corroborada por dato objetivo alguno, ya que el hallazgo de restos biológicos, mezclados de la menor y de D. Miguel, en el tensiómetro solo acredita que efectivamente se colocó por parte de D. Miguel ese tensiómetro en la muñeca de la menor, pero nada más, máxime si se tiene en cuenta que el uso del tensiómetro se ha introducido en varias de las versiones autoinculpatórias de D. Miguel.

Es más, en la versión del día 16 de marzo de 2009 ante la contradicción que cometió D. Miguel Carcaño al decir que se colocó en una de las muñecas de la menor el tensiómetro, tras haber afirmado que tenía atadas las muñecas (ver minuto 8 de la reconstrucción de hechos del CD 47.C), D. Miguel tras segundos de divagación contestó que con anterioridad le liberaron las ligaduras que presionaban las muñecas del ya cadáver de la menor. Esta contradicción igualmente resta fiabilidad a esta versión.

Por otra parte, la ausencia de cualquier resto biológico en el salón y en la colcha-sabana de D. Francisco Javier García Marín, a pesar de que en esta versión D. Miguel afirmó que el entonces menor agredió sexualmente a la menor sobre la cama, descartan la realidad de esta versión.

A mayor abundamiento, en la segunda versión se dice por D. Miguel Carcaño en la reconstrucción de hechos, ya citada, que por parte de la menor se tocó la pared cercana a uno de los extremos de la cama. Obtenida una muestra de restos biológicos en ese mismo lugar, en concreto la muestra 24 de las halladas en la inspección de la Policía Científica del día 30 de enero de 2009, se encuentran restos biológicos pertenecientes a D. Miguel Carcaño mezclados con otros de una mujer anónima. Es decir, es mendaz al realizar esa afirmación sobre la conducta de la menor en este punto.

Por las razones expuestas, estimamos que D. Miguel Carcaño Moreno mató a D^a Marta del Castillo propinándole un golpe con un cenicero de cristal grande y pesado.

Vigésimo cuarto.- Ahora corresponde determinar, si además de matar a la menor, D. Miguel antes de ello la agredió sexualmente al igual que D. Francisco Javier García Marín, como declaró el día 17 de marzo de 2009.

De los restos biológicos, ya analizados, no se corrobora de modo alguno esta versión, sino al contrario como hemos mencionado en el anterior fundamento jurídico. Recaltar en este momento que en la cama del dormitorio solo se hallaron restos biológicos del acusado D. Miguel y de la menor pero ninguno de “Cuco”, a pesar de que según esta versión agredió sexualmente a la menor en la

cama, por lo que en buena lógica también deberían haberse hallado restos biológicos del mismo en la sabana-colcha mencionada.

La acusación particular, puso mucho énfasis en que la veracidad de esta versión, la quinta que el SR. Carcaño ofreció sobre los hechos, se infería de la circunstancia de que antes del intento de suicidio el SR. Carcaño escribió una carta en la que decía que la versión ofrecida el día 17 de marzo de 2009, es decir en la que mantuvo que tanto él como “Cuco” agredieron sexualmente a la menor, era la verdadera.

Sobre dicho suicidio fueron muy ilustrativas las declaraciones del interno de confianza de la Prisión de Morón de la Frontera D. Juan Rodríguez García, preso que tenía encomendada la vigilancia de D. Miguel Carcaño para evitar que se hicieran realidad las posibles ideaciones de suicidio de este acusado.

Efectivamente, a la pregunta del SR. Letrado de la defensa de D. Samuel Benítez sobre si había algún indicio de que ese intento de suicidio fuera una mera simulación, el testigo contestó que si bien D. Miguel tenía una cuerda enrollada en el cuello, los pies le llegaban al suelo (ver minuto 13 del video 36 de la grabación de la sesión del juicio oral de 9 de noviembre de 2011), lo que parece descartar la idea suicida.

La simulación del suicidio apuntada por este testigo es propia de una mente manipuladora como la que tiene el SR. Carcaño, según el informe de los médicos forenses, sobre lo que volveremos.

En suma, entendemos que no se ha acreditado de modo alguno que el acusado D. Miguel Carcaño agrediera sexualmente a D^a Marta del Castillo.

Vigésimo quinto.- En último lugar, resta determinar la hora de salida del cadáver de la menor y la participación de D. Miguel Carcaño en la desaparición de aquel.

En cuanto a la hora de la salida del cadáver de la vivienda de León XIII lo mismo que respecto de la hora de la muerte de D^a Marta el Ilmo. SR. Fiscal no se pronuncia, mientras que la acusación particular lo hace de forma imprecisa.

Así, la acusación pública en su conclusión principal no detalla en que hora o franja horaria pudo ser sacado el cadáver de D^a Marta de la vivienda de León XIII, ya que solo menciona una hora, que no es otra que las 20'45 horas del día 24 de enero de 2009, sin especificar ninguna otra. En la alternativa que ofreció en el juicio oral en tramite de conclusiones esa salida del cuerpo inerte de la menor se cifra sobre las 03'00 horas del día 25 de de enero de 2009.

La acusación particular en las conclusiones definitivas entregadas en el mismo tramite del juicio oral, a pesar de justificar que ese nuevo escrito de conclusiones pretendía, entre otras cosas, ofrecer “una mínima concreción horaria” de los hechos (ver a partir del minuto dos y veintisiete segundos del video 55 de la sesión del juicio oral celebrada el 28 de noviembre de 2011), centra esa salida de la casa del cadáver y limpieza de los posibles vestigios que pudiera haber en el piso entre “las últimas horas del día 24 y las primeras del día siguiente” (ver el inicio del segundo párrafo del folio 1030 del rollo).

Así las cosas, no es ocioso en este momento recordar con la sentencia del T.S de 23 de mayo de 2001 que “También tiene establecido el Tribunal Constitucional que "nadie puede ser condenado en un proceso penal si no se ha formulado previamente contra él una acusación suficientemente determinada, por quien puede iniciar el proceso y mantener la pretensión acusatoria, de la que haya

tenido oportunidad de defenderse de manera contradictoria (SSTC 95/1995 y 302/2000). Y advierte, en igual sentido, que el art. 24 de la Constitución prohíbe los escritos de calificación imprecisos, vagos o insuficientes (SSTC 9/1982, 20/1987 y 87/2001), por lo que deben rechazarse las llamadas acusaciones tácitas o implícitas (SSTC 163/1986, 319/1994 y 230/1997).”

Bien, a pesar de esa imprecisión sobre este punto, consideramos que de las declaraciones de “Cuco”, condenado por encubrimiento en sentencia dictada por el Juzgado de Menores, confirmada por la Sección III de esta Audiencia, y de D. Miguel Carcaño, autor confeso de la muerte violenta de D^a Marta del Castillo, corroboradas por la localización de las llamadas de sus respectivos móviles y por la testifical que más adelante se dirá, se da por probado que el cadáver de D^a Marta del Castillo fue sacado del domicilio indicado sobre las 22’15 horas del día 24 de enero de 2009, participando en la desaparición del cadáver el acusado D. Miguel Carcaño en los términos que se dirán.

En efecto, D. Miguel Carcaño en todas las versiones que ha ofrecido ha sostenido que el cadáver de la menor se sacó de León XIII antes de que el llegara a Camas, al domicilio de su novia, la menor Rocío, a las 22’50 horas del día 24, como ha declarado en todo momento esta menor, y corroboraron las personas que allí moraban y estaban presentes al llegar D. Miguel esa noche. En igual sentido ha declarado D. Francisco Javier García Marín, al decir que todo acabó esa noche y que él llegó a su casa sobre las 23’30 horas, extremo que se constata con la localización en la avenida de Andalucía, próxima a su domicilio, de una llamada a su móvil a las 23’36 horas. Por otra parte, los testigos D. Daniel Santayana, D^a Rosa M^a Valero y Sergio Llanes manifestaron que sobre las 22’15 horas del día 24 reiterado “Cuco “ llegó al Barrio -avenida de Andalucía-y se fue con ellos al Parque Gran Vía, que estuvo con ellos hasta las 23’30 horas.

A mayor abundamiento, todos y cada uno de los testigos que fueron a la calle León XIII a partir de las 00'00 horas del día 25 de enero de 2009, como hemos indicado más arriba, manifestaron que el piso estaba en silencio y a oscuras.

Por las razones expuestas, se llega a la conclusión que el cuerpo inerte de Marta del Castillo fue sacado de la casa de la calle León XIII 78 bajo C sobre las 22'15 horas.

Parece, en línea de principio, que se opone a esta conclusión el hecho de que sobre las 02'00 horas del día 25 de enero, como ya hemos apuntado en el fundamento jurídico vigésimo primero de esta resolución, D. Miguel Carcaño fuera visto por su vecino D. Diego Carrere y D^a Laura- novia de D. Diego- en el portal del edificio de León XIII.

Ahora bien, D. Diego no puede afirmar si D. Miguel entraba o salía del edificio, ya que lo vio frente a un espejo de dicho portal, por lo que es razonable pensar que tras hacer desaparecer el cuerpo de D^a Marta del Castillo, D. Miguel Carcaño tuviera que irse a la casa de su novia R. Pérez en Camas, en la que residía, para aparentar normalidad absoluta frente a su novia y familia, para más tarde recoger la silla, en el lugar en el que se guardó e introducirla en el piso de León XIII para que su hermano D. Francisco Javier no notara su falta.

Y decimos que esta es la hipótesis más racional, ya que, por las razones que se dijeron más arriba, ha quedado probado que el cuerpo de la menor fallecida salió de ese piso de León XIII antes de las 22'15 horas del día 24, que tan solo D. Francisco Javier Delgado y D. Miguel Carcaño tenían llave del piso de León XIII, que D. Miguel Carcaño tenía que aparentar normalidad a los moradores de su nueva residencia en Camas, por lo que tras hacer desaparecer el cuerpo de la

menor directamente se dirigió a Camas –como relató en cinco de sus declaraciones-, que quería a toda costa ocultar su acción criminal a su hermano mayor, como se infiere de las llamadas que realizó al móvil de D^a Marta el Castillo a las 04'36 y 05'22 horas en las circunstancias ya mencionadas para justificarse ante el SR. Delgado, como admitió en el juicio oral, y tras estar en el domicilio de Camas desde las 22'50 del día 24, a las 01'45 horas del día 25 aproximadamente se ausentó del mismo por la ventana de su dormitorio- como se infiere de las manifestaciones de D. Diego Carrere sobre la presencia de D. Miguel en la Calle León XIII sobre las 02'00 de dicho día, que en este punto si corrobora la menor R.Pérez -.

Vigésimo Sexto.- Estimamos que el SR. Carcaño participó en las medidas adoptadas para hacer desaparecer el cadáver.

D. Miguel Carcaño ha declarado en la presente causa en nueve ocasiones, más la indagatoria, asumiendo que mató a D^a Marta del Castillo. En todas ellas ha mantenido que ayudó a sacar el cadáver de la menor del piso de León XIII, y en cinco de ellas manifestó que arrojó el cenicero con la que golpeó a la menor al río junto al cadáver al río.

Consideramos que ha quedado acreditado que D. Miguel Carcaño con otro u otros sacó el cuerpo de D^o Marta del Castillo del piso de León XIII utilizando la silla de ruedas que fue de su madre, e hizo desaparecer el cadáver de la menor en lugar que no se podido, por desgracia, averiguar por las siguientes razones:

1. En todas las declaraciones en las que admite haber matado a D^a Marta del Castillo- diez- ha mantenido que ayudó a sacar el cuerpo inerte de la menor del

piso de León XIII, y en cinco de ellas manifestó que arrojó el cenicero con la que golpeó a la menor al río, una vez arrojado el cadáver al río.

2.-La utilización de la silla ruedas para sacar el cadáver de D^a Marta del Castillo no solo se acredita por el testimonio de D. Diego Carrere que vio a D. Miguel Carcaño en la madrugada del día 25 de enero de 2009 en el interior del portal de la calle León XIII 78 con la citada silla, sino también por los restos biológicos mezclados en la empuñadura derecha de la mencionada silla de D^a Marta del Castillo y D. Miguel Carcaño.

3.-El hecho de que en cinco ocasiones dijo que ayudó a tirar al río el cadáver de la menor.

Calificación jurídica penal de los hechos declarados probados

Vigésimo séptimo.- 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 García Marín, 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.

Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito de asesinato del artículo 139.1 del C.P. por entender esta sala que concurre en la conducta de D. Miguel a la hora de matar a la menor alevosía sorpresiva.

Respecto a la alevosía sienta la sentencia de 15 de julio de 2011:

“La alevosía, que cualifica el asesinato respecto al tipo genérico del homicidio, existe cuando el sujeto emplea en su ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarlo, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido, (art. 22-1º del CP). La doctrina de esta Sala viene caracterizándola:

A) Por su carácter mixto, y en tal sentido la Sentencia 155/2005 de 15 de febrero subraya que aunque tiene una dimensión predominantemente objetiva, incorpora un especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando de manera inequívoca el propósito del agente de utilizar los medios con la debida conciencia e intención de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal, de modo que al lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad, lo que conduce a su consideración como mixta. Y en análogo sentido la Sentencia 464/2005 de 13 de abril, entre otras muchas.

B) Con esa doble dimensión que la convierte en mixta el punto esencial sobre el que convergen sus dos elementos está en la idea de falta de defensa, esto es de la anulación deliberada de la defensa de la víctima (SS 864/97, 13 de junio; 821/98, 9 de junio; 472/2002, 14 de febrero; y 730/2002, de 2 de noviembre). Su esencia se

encuentra, pues, en la existencia de una conducta agresora que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión cuyos orígenes son indiferentes (SS 1031/03, 8 de septiembre; 1214/03, 26 de septiembre; 1265/04, 29 de noviembre), lo que significa que no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima así como de la facilidad que ello supone (SS 1464/03, 4 de noviembre; 1567/03, 25 de noviembre; 58/04, 26 de enero; 1338/04, 22 de noviembre; 1378/04, 29 de noviembre).

C) Las tres formas que puede adoptar esa idea esencial de la indefensión son: 1) la alevosía proditoria o traicionera, como trampa, celada, emboscada o traición. En ella se abusa de la confianza o de una situación confiada en la que el sujeto pasivo no teme una agresión como la efectuada (S 82/05, 28 de enero; 133/05, 7 de febrero); 2) La alevosía sorpresiva consistente en una actuación súbita, repentina o fulgurante, que por su celeridad no permite a la víctima reaccionar ni eludir el ataque. Esta modalidad es apreciable en los ataques rápidos y sin previo aviso (S 1031/03, 8 de septiembre; 1265/04, 2 de noviembre); 3) La alevosía por desvalimiento, en la que el sujeto busca o se aprovecha de las personales características o de la especial situación en que se encuentra la víctima, muy disminuida en sus posibilidades de defensa (niños, ancianos, inválidos, persona dormida, sin conciencia, etc...).

D) Acerca de la indefensión que en cualquiera de las tres formas está presente en la alevosía, se ha de destacar que su apreciación no requiere que su eliminación sea efectiva, bastando la idoneidad objetiva de los medios, modos o formas utilizados, y la tendencia a conseguir su eliminación (S 505/04, 21 de abril), lo que supone que la alevosía no se excluye en casos de intento de defensa, cuando es funcionalmente imposible, y se debe a la reacción instintiva de quien no tiene escapatoria frente a la eficacia de un ataque ejecutado sobre seguro.”

Respecto a la alevosía sorpresiva añade la sentencia del mismo Tribunal de 4 de abril de 2011:

“alevosía súbita o inopinada, llamada también "sorpresiva", en la que el sujeto activo, aun a la vista o en presencia de la víctima, no descubre sus intenciones y aprovechando la confianza de aquella actúa de forma imprevista,

fulgurante y repentina. En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión lo que suprime la posibilidad de defensa, pues quien no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él y reaccionar en consecuencia, al menos en la medida de lo posible.”

Pues bien, como decimos en el fundamento jurídico vigésimo tercero D. Miguel Carcaño en una mera discusión verbal mantenida con la menor inopinadamente le propina ese golpe mortal con el cenicero que inmediatamente antes había cogido de una mesa, golpe sorpresivo propinado con la mano derecha describiendo una hipérbole de atrás hacia delante y de arriba y abajo, que impactó en la sien de izquierda de la menor del modo que describe el acusado en la primera reconstrucción de hechos y recrea la infografía efectuada por la Policía (ver reconstrucción de hechos en el CD 47.A e infografía en CD 59).

La menor a causa de las relaciones de amistad que mantenía con el agresor, precedidas de una relación de noviazgo, no podía representarse como posible que iba a ser atacada de ese modo. Estas circunstancias suprimieron la posibilidad de defensa- fundamento último de la alevosía-, pues D^a Marta del Castillo no podía esperar ser atacada por su amigo, por lo que no pudo prepararse contra él, lo que provocó su absoluta indefensión ante ese ataque inopinado, sorprendente y sorpresivo.

Es cierto que en sus conclusiones definitivas las acusaciones no contemplan este mecanismo de producción de la muerte violenta de la menor, pero es la que precisamente mantiene en su primera conclusión definitiva la defensa del SR. Carcaño, si bien la califica como un mero homicidio por imprudencia. En consecuencia, la introducción de que la causa de la muerte de la menor fue un golpe en la sien izquierda no conculca el principio acusatorio en absoluto, ya que se ha discutido en el juicio oral y es asumida por la defensa del acusado.

Vigésimo octavo.- La señora letrada de la defensa de D. Miguel Carcaño Delgado entiende que los hechos cometidos por su defendido tan solo son constitutivos de un delito de homicidio imprudente del artículo 142 el C.P., ya que considera que D. Miguel al propinar ese golpe no tenía la intención de causar la muerte de la menor.

La propia versión del acusado describe una acción compatible con el dolo eventual: aceptó que ese golpe seco propinado con un cenicero de cristal grueso en la sien izquierda podía acabar con la vida de Marta del Castillo, como así ocurrió de modo fulminante, según asumió, debido al grosor del objeto usado para golpear, la hipérbole que uso para propinar el golpe y el lugar elegido para impactar en el cuerpo de la menor, la cabeza, zona letal por antonomasia.

Como nos enseña la Jurisprudencia del T.S. son compatibles el dolo eventual y la circunstancia de alevosía que tiñe al homicidio de asesinato, pues es perfectamente diferenciable una directa y decidida intención y voluntad de asegurar la ejecución de la agresión que excluya la defensa de la víctima y el riesgo para el autor del hecho, y la hipótesis de que el resultado letal no hubiera sido directamente buscado, sino aceptado como posible y/o como probable en la previsión del sujeto, supuesto típico del dolo eventual

Sienta al respecto la sentencia del T.S. de 21 de septiembre de 2011:

“Porque es necesario distinguir entre el dolo con el que se ejecuta la agresión alevosa y el concurrente respecto al resultado de la acción agresiva. En este ámbito, conviene reiterar que la pretendida incompatibilidad entre el dolo eventual de muerte y el dolo directo de actuar alevosamente que esgrime el recurrente no se convierte en obstáculo calificador insalvable como aquél pretende, pues es perfectamente diferenciable en un comportamiento como el enjuiciado, una directa y decidida intención y voluntad de dar cumplimiento a finalidades aseguratorias para la ejecución y para el propio actuante así como sobre la indefensión de la víctima

(parcela ésta del comportamiento alevoso que aparece diáfano en el actuar del agente que espera o busca deliberadamente una situación de relajamiento más propicia para la sorpresa) de una actitud intencional que no completa el agotamiento de la determinación de dañar respecto a la causación del daño o lesión en sí misma si no en cuanto a la aceptación de su resultado-, supuesto del dolo eventual en el que, no obstante representarse aquél como probable, sin embargo es consentido o aceptado. Referencia -la del resultado- que, válida e imprescindible para determinar la graduación del dolo, no debe extenderse a dicha circunstancia como pretende quien recurre. En otras palabras, si respecto a la circunstancia cualificativa concurrente de alevosía se da la plena consciencia, esto es, aparece abarcada por la inteligencia o comprensión del autor, y es querida o realizada la acción con tal circunstancia por el sujeto, nada puede oponerse a la existencia del asesinato solo por que lo comprendido eventualmente por el dolo sea la muerte (vid. S 16 marzo 1991). En el supuesto de autos es evidente que aunque el dolo de muerte pudo haber sido sólo eventual, lo que sí era directa y plenamente conocida y querida por los acusados era la condición desvalida de la víctima que ante un ataque súbito, imprevisto y repentino, no podía ofrecer obstáculo alguno o la acción agresiva de aquél, se produjera esta como se produjera (STS de 31 de octubre de 2.002).

Este criterio se ha aplicado en numerosas sentencias de este Tribunal Supremo. A título de ejemplo, citaremos la STS de 17 de julio de 2007 en la que exponíamos que "... aún en el caso anteriormente considerado de que el agente hubiera ejecutado la acción agresiva con dolo no directo, sino eventual, ello no empece la calificación como asesinato al ser perfectamente compatible el dolo eventual con la alevosía, por la sencilla razón de que ésta es ajena al elemento subjetivo del delito de homicidio, y sólo tiene relevancia en el ámbito material del modo de ejecución de la acción de agredir, es decir en la mecánica comisiva del ataque. Por eso, hemos dicho reiteradamente que no existe incompatibilidad entre el dolo eventual de muerte y la acción alevosa en el ataque, puesto que la definición legal de alevosía a lo que hace referencia es a asegurar la ejecución de modo que excluye toda defensa de la víctima, y ello con independencia de que tuviera intención directa de matar o simplemente aceptara ese efecto como consecuencia de su acción, y no se haya producido el resultado por la rápida intervención facultativa (véanse SS.T.S. de 21 de junio de 1999, 4 de febrero de 2000, 4 de junio de 2001, 31 de octubre de 2.002.....). Abundando en esta cuestión, cabe insistir en que es necesario distinguir entre la acción alevosa y el dolo con que se ejecuta ésta, y el dolo concurrente respecto al resultado de esa acción. La supuesta incompatibilidad entre el

dolo eventual de muerte y el dolo directo de actuar alevosamente no existe, pues es perfectamente diferenciable una directa y decidida intención y voluntad de asegurar la ejecución de la agresión que excluya la defensa de la víctima y el riesgo para el autor del hecho, de una actitud intencional que no completa el agotamiento de la determinación de dañar respecto a la causación del daño o lesión en sí misma, sino en cuanto a la aceptación de su resultado, supuesto típico del dolo eventual".

También en nuestra STS de 6 de febrero de 2009 se dice que aún en la hipótesis del dolo eventual, tendría que jugar igualmente la alevosía, y debería hacerlo sin que la compatibilidad entre ambas figuras tuviese por qué suscitar algún problema conceptual; pues la reducción de la víctima a una situación de objetiva incapacidad para reaccionar -como medio de ejecución- puede perfectamente producirse aun en la hipótesis de que el resultado letal para la misma no hubiera sido directamente buscado, sino aceptado como posible y/o entrado como probable en la previsión del sujeto agente. Esto también según, entre otras, SS.T.S. 466/2007, de 24 de mayo y 71/2003, de 20 de enero.

En suma, los hechos declarados probados son legalmente constitutivos de un delito de asesinato del artículo 139.1 del C.P. imputable al acusado D. Miguel Carcaño Delgado.

Vigésimo noveno.- Ambas acusaciones sostienen que los hechos también son constitutivos de un delito contra la integridad moral del artículo 173.1 del C.P.

El Ministerio Fiscal entiende que el sustento fáctico de este delito no es otro que la desaparición del cuerpo de D^a Marta del Castillo, a la vez que las distintas versiones que han ofrecido sobre esa desaparición. En concreto dice en su primera conclusión: "Durante todo este tiempo, los procesados, de forma contumaz se han negado a decir que destino dieron al cadáver de D^a Marta, llegando incluso a ofrecer distintas versiones todas ellas erráticas sobre este extremo a sabiendas que de esta forma los familiares de Marta no podrían dar sepultura a su cuerpo y que

con ello les iban a causar un estado de desasosiego, inquietud, ansiedad y profundo dolor, ultrajando sus mas íntimos sentimientos y convicciones.”

La acusación particular basa la acusación por este delito en el hecho de la ocultación del cadáver, como se infiere de la afirmación “para que no fuera descubierta la muerte tras la brutal agresión física y sexual que habían perpetrado a quién era su amiga y a sabiendas de que de esa manera impedirían que su familia pudiera al menos recuperar su cuerpo con lo que el dolor y sufrimiento causado por la muerte añadirían el derivado de no poder cerrar el duelo, incrementando de ese modo el daño moral infringido, decidieron hacerlo desaparecer.”

Además, ninguna de las acusaciones estima que este delito puede tener su sustrato fáctico en las distintas versiones que el SR. Carcaño ha ofrecido sobre el modo de acabar con la vida de D^a Marta del Castillo, ni en el hecho de haber ofrecido versiones, más tarde negadas, en las que además de haber causado la muerte violenta de la menor se atentó contra su libertad sexual.

La doctrina consultada es unánime en señalar que el bien jurídico protegido en el tipo del artículo 173.1 del C.P. no es otro que la integridad moral como manifestación de la dignidad humana.

En el libro de “Derecho Penal, Parte Especial”, coordinado por el Catedrático de Derecho Penal D. Javier Boix Reig (la pagina 259 de su primera edición en IUSTEL) considera que la referencia al trato degradante del tipo pone el acento de la primera dimensión de la dignidad, es decir en la prohibición de tratar a una persona humana como una cosa, de degradarla a la condición de animal u objeto. Y haciendo referencia a la sentencia del T.S. de 3 de marzo de 2009 sienta que la norma castiga las conductas en las que destacan las notas de

humillación o envilecimiento que, en suma vienen a suponer la reducción de la víctima a la categoría de cosa.

En esta idea incide D. Joaquín Giménez García, Magistrado de la Sala II del T.S. en “Comentarios al Código Penal” de Conde Pumpido y otros (editorial Bosch, 2007, página 1243) y puntualiza que la jurisprudencia del T.C relaciona “la integridad moral con la idea de inviolabilidad de la personalidad humana, como derecho a ser tratado como persona y no como cosa”.

D^a Ana Isabel Pérez Machío en “Comentarios al Código Penal “ de Gómez Tomillo y otros (Lex Nona 2010, pagina 677) “la integridad moral, como manifestación de la dignidad humana, protegida autónomamente en el artículo 173.1 del C.P., deberá ser entendida como el derecho a no ser sometido a comportamientos que, dirigidos a humillar y a degradar a la persona, la utilicen como un mero instrumento en manos el sujeto activo”.

Por otra parte, la doctrina consultada en el tipo subjetivo no incluye el dolo eventual, quizá debido precisamente al bien jurídico que protege el artículo 173.1 ya analizado. En el libro de “Derecho Penal, Parte Especial”, coordinado por el Catedrático de Derecho Penal D. Javier Boix Reig, ya citado, funda que el tipo solo admite el dolo directo en “Así resulta del verbo nuclear “infligir”, pero, sobre todo, porque el término “degradante” parece exigir una especial intención de humillar, vejar o menospreciar al sujeto pasivo (ver pagina 262 de su primera edición en IUSTEL).

Trigésimo.- En la misma línea se posiciona la Jurisprudencia mayoritaria el T.S., que apunta como elementos de este delito: a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento, físico o

psíquico, en dicho sujeto; y, c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito.

Así, la Sentencia del T.S. de 6 de abril de 2011 establece:

“Como recordábamos en nuestra Sentencia 7 de enero del 2011 resolviendo el recurso num. 10755/2010: "La jurisprudencia, aún habiendo reconocido las dificultades de interpretación que presenta el artículo 173.1 del Código Penal (STS num. 2101/2001), ha venido señalando que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona y que, exigiendo el tipo que el autor inflinja a otro un trato degradante, por éste habrá de entenderse, según la STS de 29 de septiembre de 1998, "aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso su resistencia física o moral". (STS num. 1061/2009, de 26 de octubre).

Como resultado, exige el precepto que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor entidad.

Por otra parte también advertimos allí que: La jurisprudencia ha admitido la autonomía del delito contra la integridad moral respecto de otras infracciones con las que puede concurrir.

Al respecto, y aún teniendo en cuenta lo dicho en alguna Sentencia como la 2101/2001, tal como recuerda la STS num. 137/2008, de 18 de febrero: "En la sentencia núm. 38/2007 ya dijimos:"..La integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, como un valor de la vida humana independiente del derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad en sus diversas manifestaciones o al honor. No cabe la menor duda que tanto nuestra Constitución como el CP configuran la integridad moral como una realidad axiológica, propia, autónoma e independiente de aquellos derechos, y tan evidente es así que tanto el art. 173 como el art. 177 del CP establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral. De aquí se deduce también que no todo atentado a la misma, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de

comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos".

Es indudable que la desaparición del cadáver de la menor ha supuesto una mayor dolor para su familia, en especial para padres y hermanos, pero el hecho de que D. Miguel no haya dicho donde se encuentra el cadáver no supone que haya tenido la intención de vejar, envilecer y humillar a los familiares directos de la menor, ya que lo que pretendía con esta vil acción era intentar evitar ser descubierto en un principio y posteriormente intentar ocultar pruebas sobre los hechos que se le imputaban.

Es decir, entendemos que con esa acción no se ha vulnerado el bien jurídico protegido por este tipo penal, sin perjuicio de que los hechos pudieran ser constitutivos de un delito autónomo de lesión síquica, por el que no viene acusado D. Miguel, sin que sean homogéneos el delito contra la integridad moral y el delito de lesiones síquicas, ya que el primero protege la dignidad humana, evitando que se cosifique a las víctimas y el segundo la salud mental de las mismas.

En definitiva, entendemos que los hechos no son constitutivos del delito contra la integridad moral, por el que acusan ambas acusaciones.

Trigésimo primero.- En cuanto al delito de profanación de cadáveres que se imputa tan solo por la Acusación Particular, al amparo de lo prevenido en el artículo 526 del Código Penal, que sanciona que será castigado "el que, faltando al respeto debido a la memoria de los muertos... profanare un cadáver...", sienta la sentencia de la Audiencia Provincial de la Coruña de 21 de junio de 2011:

“Nos encontramos ante un tipo penal que ha tenido bien poca aplicación por parte de nuestra jurisprudencia. Salvo error por parte de este Tribunal, se tiene constancia de la

sentencia del Tribunal Supremo del 20 de enero de 2004, que en un supuesto en el que se prende fuego a un coche en cuyo interior han colocado el cadáver de quien previamente han matado, se castiga por este tipo penal, aún cuando lo pretendido fuera eliminar las huellas del delito, porque, como señala la citada resolución, en cuanto al elemento subjetivo del injusto, solo es necesario que el sujeto haya actuado con el conocimiento de la profanación del cadáver o sus cenizas, y además el conocimiento de que con el acto concreto de profanación de cadáver que ha realizado, ha estado faltando al respeto debido a la memoria de los muertos. Nada se exige en dicho precepto de que se actúe con la "intención de", o "a sabiendas de", o "con el propósito de", es suficiente con un dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias. Fuera de esta sentencia, no existe resoluciones al respecto, al margen de la sentencia del 12 de diciembre de 2007, que contiene un pronunciamiento absolutorio por este delito, estimando que no se sometió a las cenizas, en ese caso, a un hecho depravatorio, y eso que estábamos ante un supuesto de masivas incineraciones irregulares. Aún cuando esta sentencia mantiene el criterio de la sentencia del 2004 (que fue anulada por la sentencia del Tribunal Constitucional 156/07, pero sólo en cuanto a uno de los tres condenados), sobre los requisitos para la aplicación del tipo del artículo 526 citado, no se conoce que se haya dictado por el Alto Tribunal nuevas resoluciones al respecto. La sentencia del mismo Tribunal del 15 de octubre de 2008, resolvió un recurso de casación contra una sentencia dictada por la sección 5ª de esta misma Audiencia de A Coruña (la misma que había dictado la que fue objeto de la sentencia del Tribunal Supremo del 2004 antes citada), que en un supuesto idéntico (se prende fuego a un coche donde se había dejado el cadáver de una persona, para ocultar el rastro), esta Audiencia dictó un pronunciamiento absolutorio, por lo que este delito no fue objeto de análisis por el Tribunal Supremo. Es por ello que, ante esta falta de una jurisprudencia consolidada, y sin negar que los hechos imputados tienen entidad, ha de estimarse que los procesados, al cometer el descuartizamiento por las piernas de ambos cadáveres, no tuvieron la voluntad y conciencia de faltar al respeto debido a la memoria de Carlos Francisco y María Rosa ya muertos.”

De esta sentencia y de la jurisprudencia que cita parece que el tipo penal del artículo 526 del C.P. requiere la presencia de un dolo directo o intención de faltar el respeto debido a la memoria de los muertos. Parece que también así se infiere del verbo profanar, que significa conforme al Diccionario de la Lengua Española “deslucir, desdorar, deshorrar, prostituir, hacer uso indigno de cosas respetables”.

En el caso que nos ocupa, se desconoce el paradero del cadáver de D^a Marta del Castillo, por lo que no es posible mantener ni dar por probado que el acusado D. Miguel Carcaño lo ha profanado en los términos indicados, sin que se vislumbre de la prueba practicada que la intención del acusado al hacer desaparecer el cadáver haya sido faltar el respeto a la memoria de D^a Marta del Castillo, sino hacer desaparecer pruebas que le pudieran inculpar de los delitos por los que viene acusado.

Es de destacar que las acusaciones en el juicio contra el menor D. Francisco Javier García Marín no recurrieron la absolución del mismo en la instancia por los delitos contra la integridad moral y profanación de cadáveres, que fundaban desde sus respectivas posiciones en los mismos hechos que para los acusados en la presente causa.

En definitiva, procede absolver a D. Miguel Carcaño Delgado del delito de profanación de cadáveres que le imputaba la Acusación Particular.

Circunstancias modificativas de la responsabilidad penal, responsabilidad civil y penas.

Trigésimo segundo.- No concurren circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en el acusado D. Miguel Carcaño Delgado.

Si bien las partes no solicitaron la apreciación de circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en el acusado D. Miguel Carcaño, merece la pena analizar el informe emitido por los médicos forenses y psicóloga sobre este acusado.

En las conclusiones de su informe de 31 de julio de 2009, ratificado y ampliado en el juicio oral, los señores médicos forenses D. Julio A. Guija Villa y D. Jesús Parejo Merino y la señora psicóloga D^a Rosario Antequera Jurado aseguraban:

“1-MIGUEL CARCAÑO DELGADO no presenta alteración psicopatológica alguna. No presenta ningún Trastorno Mental ni del comportamiento.

2-En el momento de la comisión del hecho que motiva las presentes actuaciones, el peritado NO presentaba alteración de su capacidad de conocer ni quereR.”

Además se destacó tanto en dicho informe como en el plenario la personalidad manipuladora de D. Miguel, manipulación que destacó el SR. Parejo en relación con el relato de los hechos enjuiciados, relacionando los cambios en sus declaraciones con una finalidad utilitaria, en función de supuestas amenazas, no acreditadas de modo alguno, u otros factores, como las penas a imponerle en función de la versión que ofreciera.

Por otra parte, destacan estos peritos que el episodio de autolisis, como decíamos más arriba, no traía su causa de la declaración judicial que prestó el día 17 de marzo de 2009, en la que dijo que había matado y violado a D^a Marta del Castillo, sino que “Queda encuadrado dentro de un gesto autolítico ante la preocupación por una posibilidad de cambio de ubicación en la prisión el día que acontece la conducta citada (ver folio 3725).”

Trigésimo tercero.- Teniendo en cuenta las consideraciones hechas y lo establecido en los artículos 66 y concordantes del C.P., la gravedad de los hechos,

la aptitud del acusado hacia los sentimientos de los familiares de la víctima al continuar ocultando el paradero del cadáver de D^a Marta del Castillo, implicar a terceros, cuyo derecho fundamental a la presunción de inocencia ha quedado incólume, procede imponer la pena máxima de 20 años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo, así como la prohibición de residir en la misma localidad o ciudad donde lo hagan los padres y las hermanas de 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.

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.

Como dice la sentencia del Tribunal Supremo de 30-11-2009 (nº 1246/2009):

“Aunque es muy difícil o imposible cuantificar el daño moral, el llamado por la doctrina precio del dolor, es innegable que, desde el punto de vista jurídico, la indemnización económica es la única vía de resarcimiento con la que se cuenta, cuando se trata de daños de esta naturaleza en supuestos, como aquí ocurre en los que los delitos cometidos afectan a la integridad moral, a la libertad y a la inviolabilidad del domicilio. Por otra parte, en la determinación del daño moral los tribunales no necesitan exponer los criterios de valoración cuando las circunstancias que consideran tales surgen con claridad del hecho probado. En tales circunstancias el control en casación se limita a comprobar si la traducción de la gravedad de los hechos en sumas de dinero no es arbitraria”

Por su parte, añade la de 29 de marzo de 2001 del mismo tribunal:

“En lo que concierne a la determinación del "quantum" del daño moral , tiene declarado esta Sala, como es exponente la Sentencia 89/2003, de 23 enero, que hemos de tener en cuenta que, en estos casos, la responsabilidad civil no lo es por la obligación de reparar el daño por él causado ni por la de indemnizar los daños

materiales consecuencia de su acción delictiva (artículo 110. 2º y 3º Código Penal), de ahí la indudable dificultad de fijar unas bases para determinar concretamente la cuantía de la obligación que debe imponerse al condenado respecto del daño moral por la falta de parámetros objetivos sobre el particular. Tres son, según se ha dicho, las exigencias que el Tribunal ha de respetar en esta materia:

a) Necesidad de explicitar la causa de la indemnización.

b) Imposibilidad de imponer una indemnización superior a la pedida por la acusación.

c) Atemperar las facultades discrecionales del Tribunal en esta materia al principio de razonabilidad.”

Como se afirma en la STS 89/2003 los daños morales no son susceptibles de cuantificación como los materiales, pero de ahí no puede derivarse que no sean existentes.

El dolor por la muerte de un ser querido salvo en el supuesto de ruptura acreditada y ex ante de toda relación de afectividad, se presume siempre.

En el caso que nos ocupa es indudable que la muerte de D^a Marta del Castillo ha supuesto un inmenso dolor en sus padres y hermanas.

En el presente supuesto, los Médicos Forenses ya citados emitieron informe el 11 de marzo de 2010 (folios 5384 a 5889) que decía:

“El fallecimiento de cualquier persona conlleva la elaboración de un "duelo" por parte de sus seres queridos. El duelo es el sentimiento subjetivo provocado por la muerte de ese ser querido. Se trata de una respuesta normal, teniendo en cuenta el carácter predecible de sus síntomas y de su desarrollo. Al principio, el duelo se manifiesta como un estado de "shock" que se acompaña de aturdimiento y

sentimiento de perplejidad. Esta aparente dificultad para captar el alcance de lo ocurrido suele ser breve e ir seguida de expresiones de dolor y malestar como el llanto y los suspiros; en las culturas occidentales, este tipo de comportamiento es más frecuente en las mujeres que en los hombres. También suele presentarse sensación de debilidad, pérdida de apetito, pérdida de peso y dificultad para concentrarse, para respirar y para hablar. Los problemas del sueño suelen consistir en dificultad en conciliar el sueño, despertarse por la noche y despertarse temprano. También son frecuentes los sueños sobre la persona fallecida.

Es frecuente el autorreproche. Pueden existir sensación de presencia del fallecido pudiendo provocar alucinaciones o ilusiones aunque en el duelo normal, sabe el superviviente que no es real.

Todo este proceso se presenta en cuatro fases:

-Fase I: es la fase temprana de intensa desesperación que se caracteriza por el aturdimiento y la queja.

-Fase II: período de intensa añoranza y búsqueda de la persona fallecida. Se caracteriza por la inquietud física y los pensamientos permanentes sobre el fallecido.

-Fase III: es una fase de desorganización y desesperación en la que la realidad de la pérdida comienza a establecerse.

-Fase IV es la etapa de reorganización.

Este duelo, tanto en Doña Eva como en D. Antonio Abad, ha sido imposible llevarlo a cabo de forma normal lo que ha dado lugar a sintomatología psíquica.

1-EVA CASAUEVA NUÑEZ (45 años):

Duelo no resuelto. Las constantes manifestaciones acerca de la posibilidad de encontrar el cadáver de la hija la hace encontrarse en una incertidumbre continua que provoca intensa ansiedad. Este hecho, da lugar a que el duelo se haya prolongado, encontrándonos ante una situación de episodio depresivo.

Requiere tratamiento psicofarmacológico (antidepresivo y ansiolítico).

Sentimientos de culpa por intentar ser fuerte lo cual hace que vuelva a la recaída.

2- ANTONIO ABAD DEL CASTILLO MÁRQUEZ (47 años):

Episodio depresivo que no ha sido tratado.

Duelo patológico; no ha podido llevarse a cabo por varias razones: incredulidad acerca de la muerte de su hija, expectativas mantenidas de que pueda estar viva, importante sentimiento de ira contra quienes le genera intenso sufrimiento, incapacidad de elaborar su situación actual. No es descartable que, de estar a su alcance, llevase a cabo algún acto de hostilidad hacia quien considera culpables de su sufrimiento.”

De dicho informe no solo se acredita el daño moral causado a los padres de D^a Marta del Castillo con los hechos enjuiciados, sino la necesidad de tratamiento

que, como decíamos, pudiera constituir “per se” un delito de lesiones síquicas, por las que no se acusa.

De igual modo las hermanas de D^a Marta del Castillo, Lorena y Mónica del Castillo requirieron tratamiento psicológico a causa de la muerte y desaparición de su hermana, si bien su afectación ha sido menor, como es lógico, que la sufrida por sus padres.

Así las cosas, entendemos que procede conceder a cada una de las hermanas de D^a Marta del Castillo la cantidad de 30.000 euros, como solicita el Ministerio Fiscal en concepto de daño moral por la muerte y desaparición de su hermana.

Como se observa el dolor y la imposibilidad de cerrar el duelo ha supuesto y supone un gran sufrimiento en los padres de D^a Marta del Castillo, por lo que entendemos que procede conceder a cada uno de ellos la cantidad de 140.000 euros.

Las cantidades concedidas en concepto de daño moral, son superiores a las establecidas en el baremo del sistema de indemnizaciones para las víctimas en accidentes de circulación para el año 2011, en atención al índice corrector al alza que merecen esas cantidades para los delitos dolosos que solemos cifrar en un 25%, que en este caso se eleva al 50% en atención a la desaparición del cadáver de la menor con las consecuencias antedichas para su familia nuclear, y no en el aumento de dicho dolor a causa del gran eco mediático de la presente causa, en el que no ha tenido participación alguna el acusado D. Miguel Carcaño.

No procede conceder al Estado indemnización alguna en concepto de responsabilidad civil por los gastos causados al mismo por las labores de búsqueda del 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.

Trigésimo quinto.- Visto que se acusaba por siete delitos y que tan solo se ha condenado a D. Miguel Carcaño Delgado como autor de un delito de asesinato en los términos mencionados, procede imponer al mismo 1/7 parte de las costas causadas, declarando las 6/7 partes restantes de oficio.

Trigésimo sexto.- Procede deducir testimonio de las declaraciones de D. Francisco Javier García Marín vertidas en el juicio oral, a pesar de que la Acusación Particular, parte que solicitó la deducción de testimonio, no explicó las razones de esa petición, ya que en el mismo no solo negó haber estado en el domicilio de León XIII en la tarde noche del día 24 de enero de 2011, como hemos dejado sentado más arriba, sino que también fue mendaz en decir que estuvo esa tarde noche con amigos en franjas horarias que estos han negado. Así el SR. Pacheco manifestó que solo estuvo con él hasta las 20'30 o 20'45 horas del día 24 mientras que otros amigos solo lo ven a partir de las 22'30 horas de dicho día (los testigos D. Daniel Santayana, D^a Rosa M^a Valero y Sergio Llanes).

Por cuanto antecede, y por la autoridad que nos ha conferido la Constitución,

FALLAMOS

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.

En el orden civil D. Miguel Carcaño Delgado indemnizará a D. Antonio Abad del Castillo y D^a Eva Casanueva en 140.000 euros a cada uno de ellos y a L. y M. en 30.000 euros para cada una de ellas, por el daño moral causado por la muerte y desaparición de D^a Marta del Castillo, debiéndose estar en ejecución de sentencia a lo prevenido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Abónese al acusado D. Miguel Carcaño Delgado, en su caso, los días que permanezca en prisión por esta causa.

Dedúzcase testimonio de las declaraciones de D. Francisco Javier García Marín vertidas en el juicio oral y de las declaraciones de los testigos D. Alberto Pacheco, D. Daniel Santayana, D^a Rosa M^a Valero y Sergio Llanes, y remítanse al Juzgado Decano de Instrucción de esta ciudad por si las manifestaciones del SR. García Marín pudieran ser constitutivas de delito contra la Administración de Justicia.

Notifíquese esta sentencia al Ministerio Fiscal, a la representación de la acusación particular, y personalmente a los acusados y a sus procuradores, informándoles de que contra la misma cabe interponer recurso de casación a preparar ante este tribunal dentro de los cinco días siguientes a la última notificación practicada.

Así por esta nuestra sentencia, definitivamente juzgando, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

Publicación.- Leída y publicada ha sido la anterior sentencia en audiencia pública por el Magistrado ponente al día siguiente de su fecha. Doy fé.