

AUDIENCIA PROVINCIAL DE SEVILLA
SECCIÓN SÉPTIMA

SENTENCIA N° 34/2013

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);
STC (Sentencia del Tribunal Constitucional).

Sevilla a 28 de mayo de 2013

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 xxxxxx, 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 xxxxxx, 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 xxxxx, natural de Sevilla, nacido el día 13 de noviembre de 1989, hijo xxxxx 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 xxxxx, natural de Sevilla, nacida el día 24 de abril de 1977, hija de xxxx y xxxxxx, 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

las pruebas que constan en el antecedente de hecho segundo de nuestra anterior sentencia, al que nos remitimos.

Tercero.- El 13 de enero de 2012 se dictó sentencia por esta sección, cuya parte dispositiva, entre otros pronunciamientos, decía “Absolvemos a D. Samuel Benítez Pérez de los delitos de encubrimiento, contra la integridad moral y profanación de cadáveres por los que venía acusado.”

Cuarto.- La sentencia del T.S. de 29 de enero de este año casó y anuló parcialmente nuestra anterior sentencia de 13 de enero de 2012, en el sentido de que nos pronunciáramos de nuevo exclusivamente sobre la fijación de la hora de la salida del cadáver de D^a Marta del Castillo de la vivienda de la calle León XIII y a la posible participación como encubridor del acusado Samuel Benítez Pérez en los hechos enjuiciados.

Quinto.- En escrito de 19 de febrero de 2013 la acusación particular recusó a los miembros de este tribunal; recusación que fue rechazada con imposición de costas al recusante por auto de 15 de abril de 2013, dictado por la Sala Especial del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, Ceuta y Melilla.

Sexto.- En escrito de 26 de febrero de 2013 la acusación particular interpuso incidente de nulidad contra la sentencia dictada por el T.S. el 19 de enero de 2013, que fue desestimado por auto de 18 de abril de 2013, auto que se recibió por fax en este tribunal el día 23 de abril de 2013.

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 xxxxxx 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 trascurso de esa discusión verbal y estando de pié frente a frente D. Miguel cogió de repente un cenicero de una mesa, situada a su izquierda, y con un

movimiento rápido y brusco con gran fuerza golpeó en la sien izquierda de D^a Marta del Castillo, quién cayó al suelo, boca arriba con la cabeza y cara ensangrentadas, debajo de la mesa el ordenador falleciendo de inmediato. El cenicero era de cristal grueso y cilíndrico.

D. Miguel tiró el cenicero ensangrentado en la colcha-sabana de la cama y comprobó que D^a Marta del Castillo estaba muerta colocándola en una de sus muñecas el tensiómetro.

En ese momento se presentó en la vivienda ya citada, en la que había quedado con anterioridad con D. Miguel y D^a Marta el Castillo, el entonces menor de edad D. Francisco Javier García Marín, ya juzgado en la Jurisdicción de Menores y condenado por delito de encubrimiento en sentencia de 23 de marzo de 2009 confirmada por la Sección III de esta Audiencia el 20 de octubre del mismo año.

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

Entre los dos y con ayuda de al menos de un tercero desconocido colocaron el cadáver 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. A continuación en hora y lugar indeterminados se separaron y mientras que el menor regresó a su barriada de Sevilla, adonde llegó alrededor de las 22'15, D. Miguel se fue a Camas, al domicilio de su novia al que llegó en torno 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 00'01 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 en torno a las 20'40 y se dirigió a casa de D^a Rosa M^a, su exmujer, para estar con ella y la hija común hasta que fue recogido a las 23'30 horas por D^a Maria García Mendaro, quién le llevó al bar de su propiedad "Dseda", en el que estuvo trabajando hasta las 03'10 horas del día 25, desde donde se fue a un establecimiento de copas en la calle Albaida, regresando a su casa a las 4 horas.

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

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 ininterrumpidamente en Montequinto, barriada de Dos Hermanas, desde las 12 horas de la mañana del día 24 de enero hasta aproximadamente las 02'20 horas del día 25 de enero de 2009. En un autobús de la empresa Casal se trasladó a Sevilla y llegó al Prado de San Sebastián de Sevilla entre las 2'40 y las 3 horas, y a su domicilio, sito en la calle Avellana 15, antes de las 3'35 horas.

Sexto.- 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.

FUNDAMENTOS JURIDICOS

Primero.- Dictada por la Sala 2^a del Tribunal Supremo sentencia mayoritaria de casación anulando parcialmente la nuestra de 13 de enero de 2012 respecto del acusado D. Samuel Benítez Pérez, entendemos que nos hallamos en la misma situación en que estábamos una vez finalizadas las sesiones del juicio oral, esto es, en situación de dictar nueva sentencia debidamente motivada con libertad de criterio que atienda a las consideraciones plasmadas por aquella sentencia en relación con las pruebas practicadas en el plenario.

Como dijo la segunda sentencia de la Sala 2^a (también mayoritaria) en el segundo inciso del penúltimo párrafo de su único Fundamento:

“Lo que declara el Tribunal Supremo como infracción de la tutela judicial efectiva se contrae a una valoración arbitraria e ilógica de los elementos

probatorios regularmente obtenidos y practicados en la instancia atinentes a la fijación de la hora de la salida del cadáver del domicilio donde se cometió el asesinato, de forma que debe ser el mismo Tribunal el que debe volver a valorar dichos elementos a la luz de los razonamientos contenidos especialmente en el apartado cuarto del fundamento decimoprimer y en el decimosegundo de la sentencia de casación al objeto de reexaminar la posible participación como encubridor del acusado Samuel Benítez Pérez, con libertad de criterio y respeto por las reglas de la lógica.”

En congruencia con ello, en su Fallo dispone esa sentencia que “Se declara la nulidad parcial de la sentencia y su reenvío al mismo Tribunal que la dictó a los efectos de que dicte un nuevo pronunciamiento referido exclusivamente a los extremos señalados en el fundamento jurídico único precedente”.

Es, así, que sobre tan concreto dato ha de pronunciarse este tribunal motivándolo de nuevo desde la perspectiva expuestas en “los razonamientos contenidos especialmente en el apartado cuarto del fundamento decimoprimer y en el decimosegundo de la sentencia de casación” por si ello -entendemos- llevara a la incriminación del Sr. Benítez como encubridor del delito de asesinato del que fue condenado, en sentencia ya firme, D. Miguel Carcaño Delgado.

Estimamos, pues, que quiere ello decir que no existe un deber de pronunciamiento sobre los otros delitos de que fue acusado en su día el Sr. Benítez: 1) el delito contra la integridad moral del que solo acusaba el Fiscal, que sí estimó el Tribunal Supremo, igualmente en sentencia mayoritaria, aunque pronunciándose solo respecto del sr. Carcaño, y 2) el delito de profanación de cadáveres -en concurso ideal con el delito de encubrimiento- por el que fue acusado exclusivamente por la acusación particular, si bien este delito fue excluido por el Tribunal Supremo en pronunciamiento unánime.

Segundo.- Es obligación de todo tribunal de enjuiciamiento dictar sentencia adoptando la decisión que aprecie adecuada en función de las pruebas practicadas, lo que debe inexcusablemente motivar por imperativo constitucional (artículo 120.3 de la Constitución), con una correspondencia tal entre sus apartados que en su relato fáctico deben quedar delimitados los hechos que se consideren probados, ciñendo la fundamentación a la exposición de los motivos para así declararlo, a la valoración de la prueba, sin, como regla general, poder integrar aquel relato fáctico con la consignación de afirmaciones de hecho, so pena de incurrir en vicio de forma que podría justificar un recurso y, con su estimación, la revocación de la sentencia conforme consolidada jurisprudencia (por todas, sentencia de la Sala 2ª del Tribunal Supremo de 23-12-2009, nº 1278/2009, en su cuarto Fundamento).

En todo caso, como regla general (regla de juicio, decía la sentencia del Tribunal Constitucional nº 81/1998, de 2 de abril, citada por la del mismo tribunal de 11-3-2013, nº 57/2013) para esa valoración probatoria se erige el derecho fundamental a la presunción de inocencia de consagración constitucional, a modo de mandato o imperativo categórico -por naturaleza, apriorístico-, con el que nunca los tribunales, a fuer de obcecados, deben dejar de estar lo suficientemente comprometidos.

Entroncando con otro gran principio de nuestro sistema penal garantista, el principio acusatorio, esa regla de juicio “impone a la acusación la carga de la prueba por encima de cualquier duda razonable” (sentencia de la misma Sala de 14-7-2011, nº 779/2011), lo que, anticipamos, no ha sido -no fue- el caso.

Tercero.- Y es que, en efecto, corresponde a las acusaciones la carga de la prueba de los delitos por los que se pide condena. Obligación que no se agota en el plano formal sin más, proponiendo prueba y efectuando calificaciones jurídicas que propicien la subsunción de los hechos de que se acuse en una norma o más

normas penales, sino que exige que esa actividad intelectual se prolongue en la explicitación de sus razones o motivos, a modo de enlace entre uno (hechos de que se acusa) y otro (subsunción) aspectos. Tarea que compete a los informes orales de las acusaciones, su última intervención del juicio oral.

Desde el momento que el objeto del proceso penal lo constituyen hechos, esa primera línea de acusación -la fijación de los hechos cuya comisión se atribuye al acusado- es una condición imprescindible para el ejercicio del derecho de defensa. Es patente que si un acusado no sabe qué hechos se le imputan, y cuándo y cómo dice la acusación que los cometió, difícil si no imposible será su defensa. A tal efecto la acusación, desplegada a través de las calificaciones acusatorias, debe ser lo más clara, concreta, precisa y detallada posible como recordábamos en nuestra anterior sentencia. De otra forma generaría indefensión al acusado.

Finalmente, aunque el deber de motivación impuesto constitucionalmente a los tribunales no alcance a las acusaciones, sí les viene exigido a éstas una razonable argumentación de sus tesis si desean, de una parte, cumplir adecuadamente sus funciones, y, de otro lado, convencer al tribunal del juicio de la bondad o adecuación a la realidad de aquellas.

Por algo la Ley de Enjuiciamiento Criminal de 1882 dice en su artículo 741 que “El Tribunal, apreciando, según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley”.

Cuarto.- Por ello, puesto que podrían ayudar en la tarea que conlleva la sentencia mayoritaria de casación, consideramos de interés analizar las posturas de las acusaciones ante este tribunal en relación con el acusado D. Samuel Benítez

sobre dos puntos concretos, las determinaciones horarias y los actos supuestamente realizados por este acusado.

1. Conclusiones definitivas del Ministerio Fiscal y acusación particular.

En cuanto al primer extremo, aparte de dos momentos anteriores, las únicas horas que determina el Fiscal en su relato fáctico son las siguientes: 1) la de llegada de D. Miguel Carcaño y D^a. Marta del Castillo al piso de la calle León XIII (20,30 horas del 24 de enero de 2009), y 2) la de salida del mismo de D. Francisco Javier Delgado (20,45 horas de ese día).

A partir de ahí la acusación pública no vuelve a concretar hora alguna, limitándose a usar fórmulas imprecisas como “seguidamente” o “transcurrido un espacio de tiempo no determinado”. Ni siquiera fijó -aun de modo aproximado- la hora en que entendió que podían darse por terminadas las actividades para hacer desaparecer el cuerpo, que estimo que fueran realizadas una vez terminadas las de limpieza del piso.

Ciertamente al plantear una calificación alternativa para el acusado Sr. Delgado y la acusada Sra. García, en ella sí precisó -como tal alternativa- que la segunda llegó al piso en “hora no determinada pero comprendida entre la 1:30 horas y las 3:00 horas del día 25 de Enero del año 2009 ..., en el momento en el que los otros procesados y el menor de edad cuya conducta no se enjuicia, se encontraban realizando labores de limpieza del piso y de preparación para sacar el cuerpo de Marta”. Sorprende que ello no lo extendiera a la calificación principal y que no explicase esa modificación horaria en su informe.

Nada aporta en esta cuestión la acusación particular.

Su única determinación horaria es la referida a la muerte de D^a. Marta del Castillo: “El día 24 de enero de 2009, viernes, aproximadamente en la franja horaria que va desde las 20’30 h. a las 21’30 h.”.

Nada precisa es la acusación particular en cuanto a la desaparición del cuerpo de D^a. Marta del Castillo.

Se limita en el apartado 1.2 de la primera conclusión a decir que “Los procesados, asumiendo diferentes funciones cada uno y procurándose diferentes coartadas, en las primeras horas de la madrugada, ..., empezaron a preparar el modo de hacer ineficaz la investigación desde el primer momento”, para -de forma un tanto contradictoria- afirmar a continuación en el siguiente párrafo que “Todas las operaciones encaminadas a este propósito, (que) tuvieron lugar entre las últimas horas del día 24 y las primeras del día siguiente”.

Mayor si cabe es la imprecisión de la acusación particular en cuanto a la determinación de la conducta delictiva que atribuye a D. Samuel Benítez.

En efecto, a la hora de describir en ese apartado 1.2 los actos supuestamente cometidos por todos los acusados en tareas de desaparición del cuerpo, no detalla ni una sola conducta.

El vacío fáctico no puede ser más desolador. No dice qué hizo supuestamente cada procesado. O cómo fue sacado el cuerpo del piso; si se usó o no silla de ruedas; si se metió el cuerpo en un coche para llevarlo a algún lugar, conocido o no, como dijo el Fiscal, o si fue llevado a un contenedor; si permanecieron todos en el piso durante esta franja horaria tan amplia o lo abandonaron en algún momento; si la limpieza se prolongó más allá de la salida del cuerpo

Lo más cercano a la fijación de un hecho que encontramos en la calificación final de la acusación particular es la afirmación de que, tras dar muerte a la muchacha, el Sr. Carcaño y el menor “en diferentes momentos de esa noche, tomaron contacto con los demás procesados” para hacer desaparecer el cuerpo y eliminar vestigios, sin más precisiones.

En definitiva, es una especie de acusación en blanco o universal abierta a cualquier hipótesis, que fragmenta la barrera protectora de la seguridad jurídica y de difícil compatibilidad con el derecho de defensa de los acusados. Desde luego, resulta inexplicable en quien afirma haber alcanzado una plena certidumbre sobre el resultado de las pruebas.

Por el contrario, el Ministerio Público sí hace un esfuerzo de concreción, aunque volveremos a ver que su tesis quedó desvirtuada con las pruebas del plenario.

Así, atribuye al Sr. Benítez en síntesis estas conductas: 1) haber recibido una llamada en hora que no se concreta de D. Miguel Carcaño y el entonces menor, una vez que comprobaron que D^a. Marta del Castillo estaba muerta, en la que “contaron lo que ambos habían hecho a Marta, quedando el menor en verse posteriormente con Samuel”; 2) haberse desplazado con el entonces menor en vehículo no identificado (a hora tampoco concretada) al piso de la calle León XIII, y acceder al mismo estando allí los otros tres acusados, decidiendo entre todos hacer desaparecer el cadáver y terminando “con la limpieza del piso, que con anterioridad habían comenzado Miguel y el Menor”; 3) “transcurrido un espacio de tiempo no determinado” decidir con los demás “sacar el cuerpo de Marta y sus enseres” colocando el cuerpo en una silla de rueda que D. Miguel, D. Samuel y el menor desplazaron hasta el vehículo no identificado en el que “estos últimos habían llegado a la vivienda y que habían dejado aparcado en las inmediaciones”, y

4) conduciendo el coche en el que habían introducido el cuerpo dirigirse a lugar no determinado “donde dieron al cuerpo de Marta, un destino desconocido”.

2. Informes del Ministerio Fiscal y de la acusación particular.

Veamos ahora las valoraciones probatorias y los argumentos o razones expuestas por las acusaciones en sus respectivos informes orales para tratar de convencer al tribunal. Disponemos de ellos gracias a las grabaciones (videográficas y sonoras) de las sesiones de juicio oral; medios tecnológicos cuya introducción en la Administración de Justicia ha tenido, entre otras, la ventaja de que quedan también plasmadas en soporte documental los informes de las partes, y no solo las sentencias de los tribunales.

Pues bien, oídos con detenimiento, una y otra vez, los informes orales de las acusaciones en ningún momento de ellos aludieron expresamente a una hora determinada, siquiera aproximada, como la de salida del piso del cuerpo de Marta del Castillo. No lo hizo el Fiscal; tampoco la acusación particular, que en este momento procesal expresamente sostuvo -en una nueva fórmula universal nada comprometedora- que las tareas para hacer desaparecer cuerpo tuvieron lugar “entre las 9.30 de la noche, las 21.30 y aproximadamente las 4 de la madrugada”.

Ciertamente ambas acusaciones aludieron en sus informes a pruebas de cargo que podían hacer pensar en que la salida del cuerpo del piso tuvo lugar en horas de madrugada, pero sin llevarlas a los relatos fácticos a sus últimas consecuencias en cuanto a la fijación de la hora y destino del cuerpo.

Sin embargo, también se ampararon para sustentar sus tesis en pruebas de cargo que la situaban en otras horas anteriores, lo que no deja de ser ilógico por contradictorio, mermando la solidez de las tesis acusatorias.

Por ejemplo cuando aluden como “prueba fundamental” a las declaraciones del entonces menor en relación con las labores de desaparición del cuerpo (la denominada segunda fase en el informe de la acusación particular).

Y es el caso que el Sr. García Marín en las declaraciones en que se autoincurpó siempre sostuvo que, todo finalizado, regresó a su barrio antes de las 24 horas del día 24 de enero de 2009; hora en la que D. Samuel acreditó que se hallaba en Montequinto.

Así lo hizo en su declaración policial de 15 de febrero de 2009, ratificada en su exploración en la Fiscalía de Menores del siguiente día 16, manifestando que tras hacer desaparecerse del cuerpo (lanzándolo al río) y marcharse el Sr. Carcaño a Camas, él y D. Samuel regresaron a Sevilla separándose las 23.30 horas del día 24 de enero. Aunque en su momento analizaremos las razones por las que no nos sentimos vinculados por la sentencia del Juzgado de Menores, dejamos ya señalado que estas manifestaciones fueron tenidas en cuenta en esa resolución como prueba fundamental de cargo contra el propio declarante.

En definitiva, en sus informes ninguna de las dos acusaciones se pronunció con rotundidad -con la seguridad con que parece que lo hicieron ante la Sala 2ª del Tribunal Supremo- acerca de que la salida del cuerpo tuviera lugar después de las 2 de la madrugada del día 25 de enero de 2009. Actitud ésta -referida al momento de tales informes, el que a nosotros, como tribunal de juicio nos vincula e interesa-, que, con todos los respetos, sugiere nuevamente falta de certidumbre sobre lo que de las pruebas pudiera resultar.

Estas son algunas de las reflexiones que podríamos hacer para responder a la queja del Fiscal, a tenor de la sentencia casación, acerca de que evitamos “toda reflexión sobre otras alternativas horarias, planteadas por las acusaciones”, tal

como expresa la sentencia de casación en su Fundamento 11º, punto 2, al desglosar lo que se denominan “Principales incongruencias” que el Ministerio Fiscal observó en nuestra anterior sentencia.

En cuanto a la participación de D. Samuel Benítez en los hechos las acusaciones vuelven a incurrir en defectuosa técnica introduciendo afirmaciones fácticas que no determinaron donde debieron hacerlo, esto es, en sus respectivas primeras conclusiones de la calificación final (ya aludimos al vacío relato fáctico de la acusación particular). Defectuosa técnica que de darse en una sentencia, con toda seguridad provocaría que fuera recurrida y, con gran probabilidad, revocada.

Aunque aludiremos a las pruebas en que se basaron esos informes al dar respuesta a las exigencias de motivación propuestas por la sentencia de casación, en este momento recordaremos que ambas acusaciones (otra vez introduciendo afirmaciones de hecho no sostenidas en sus conclusiones definitivas) fijaron el inicio de la participación del Sr. Benítez de la siguiente forma: a raíz de una llamada del menor (la de las 21.30 aproximadamente del 24, de la que el Fiscal dijo solo que “a lo mejor” sirvió para avisar de lo ocurrido y pedirle que fuera al piso a ayudar -sobre el minuto 23:30 de su informe-) sobre la misma el Sr. Fiscal y la Acusación Particular montaron la versión de se trasladó en coche desde Montequinto al piso de la calle León XII para luego regresar y abandonar finalmente esa barriada en el mismo vehículo, lo que aseveraron pese haberse practicado prueba que demuestra que estuvo ininterrumpidamente en Montequinto hasta más allá de las 2 de la madrugada en que se subió y salió de esa barriada a bordo de un autobús de empresa Casal de regreso a Sevilla.

De este vehículo pasó a decir el Fiscal (la acusación particular al principio de su informe dijo que “compartía íntegramente” el informe de la pública) que se trataba del “coche blanco Polo, propiedad de la madre” del entonces menor, y que “ese

coche tiene alguna relación con los actos posteriores de desaparición de Marta del Castillo”, todo ello sin haberlo afirmado en sus conclusiones definitivas ni tampoco explicar por qué tenía que ser ese coche y no el “Opel Astra” rojo igualmente mencionado por el Sr. Carcaño en otras ocasiones, incluso en el juicio oral.

A tenor de la sentencia de casación, parece que las acusaciones han terminado aceptando la coartada de D. Samuel Benítez en los términos declarados probados por nuestra primera sentencia, en cuanto que hasta las 2 de la madrugada del día 25 de enero permaneció en Montequinto, aunque luego abundaremos sobre ello.

En síntesis, poco nos aportaron y aportan en este momento los informes de las acusaciones.

Por ello, como dijimos en su cuarto Fundamento, tratamos en nuestra anterior sentencia de intentar esclarecer los hechos de la forma más objetiva posible, contrastando las variadas y contradictorias declaraciones de los principales encausados “con 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”.

Actividad en la que, en particular en relación con la determinación de horas, reconoce uno de los dos votos particulares que si hemos podido pecar ha sido más por exceso que por defecto. Voto particular que califica de “tarea cicolópea la de intentar precisar horarios”, poniendo a continuación como dato que lo corroboraba que las propias acusaciones recurrentes no concretaron “la hora aproximada en que el cadáver fue sacado de la vivienda de Miguel Carcaño”.

Pasamos, pues, a dar respuesta a las cuestiones respecto de las que la sentencia mayoritaria nos ha impuesto nueva motivación, con un nivel del que el mismo voto particular antes reseñado afirma que “si el grado de motivación y de razonabilidad probatoria que se imponen en la resolución de la mayoría se aplicaran habitualmente ante esta Sala, habría que anular un número muy importante de las sentencias que se recurren en casación”.

Quinto.- Podemos decir, en esencia, que la sentencia mayoritaria nos impone la tarea de pronunciarnos de nuevo sobre el acusado D. Samuel Benítez al considerarse arbitraria, no compatible con el razonamiento lógico y fruto de la intuición o especulación la determinación horaria fijada en nuestra anterior sentencia como de salida del cuerpo de D^a. Marta del Castillo del piso de la calle León XIII (en un tramo horario hasta las 22' 15 horas del día 24 de enero de 2009), afirmándose que ello extiende su efecto sobre el resto de la valoración probatoria.

Leyendo los Fundamentos undécimo y duodécimo de dicha sentencia entendemos que se nos pide que motivemos nuevamente confrontando (Fundamento duodécimo) esa concreta cuestión horaria con los siguientes extremos:

1) “la inculpación que “Cuco hiciera de Samuel, atribuyéndole una colaboración propia de encubrimiento, ...”

2) “la propia autoincriminación de Samuel en el momento inicial de la investigación”, añadiéndose que “las contradicciones observadas en algunas de las declaraciones de Samuel pudieran tener relación con la hora de los hechos, mas no con su participación en los mismos”.

3) que “Carcaño situó a Samuel junto con ellos dos al tiempo de la desaparición del cuerpo de Marta”.

4) la constancia de “otros datos de corroboración periférica, ya señalados, tales como el testimonio del Sr. Trenado al afirmar el porte de la silla de ruedas por dos jóvenes encapuchados de los que ninguno se correspondía con Miguel”.

5) el llamado “Apagón de móviles” (expresión que se ha impuesto pese a no corresponderse con la realidad, como veremos), del que se dice en la sentencia mayoritaria (quizás con palabras del recurso del Fiscal) que “impidió que, pese a ser llamados en repetidas ocasiones por los familiares de D^a Marta, que ya habían emprendido su búsqueda, ninguna de las torres de transmisión telefónica consiguiera ubicar a los acusados, ni siquiera de forma aproximada, precisamente entre la 01:00 y las 03:00”.

Finalmente, se critica nuestra sentencia por la falta de una “motivación reforzada” sobre la cuestión de la hora de la desaparición del cuerpo al apartarnos de lo establecido por la Jurisdicción de Menores, que la estableció en “la madrugada del 25 de enero de 2009 con la intervención de terceros”.

Pasamos a continuación a intentar dar respuesta a las exigencias de la sentencia mayoritaria.

Sexto.- Funda la sentencia del T.S esta infracción, en primer lugar, en la valoración arbitraria e ilógica de las declaraciones de los testigos D. Diego Carrere y D. Antonio Trenado, si bien respecto a las declaraciones de D. Diego Carrere se dice “por más que la valoración probatoria sea aquí deficitaria, no es factible afirmar que en este punto se haya incurrido en un verdadero equívoco determinante de arbitrariedad”.

Decíamos en nuestra sentencia que dicho testigo erraba en cuanto la hora en la que vio a D. Miguel Carcaño, puesto que afirmaba que lo vio sobre las 1'30 horas del día 25 de enero de 2009 y ha quedado acreditado que a las 1'37 horas de ese día D. Miguel Carcaño habló por teléfono con D^a Eva María Casanueva Núñez estando el primero en Camas.

La realidad de que esa llamada fue respondida aparece desde el principio en los atestados y lo mencionamos en nuestra anterior sentencia.

Efectivamente, con las declaraciones de D. Antonio Abad del Castillo (ver folio 2780 de las actuaciones, acta del juicio oral al folio 654 del rollo de sala, y grabación del día 24 de octubre de 2011 a partir del minuto 35 con 50 segundos, video 15) y de D^a Eva María Casanueva en el plenario (ver acta del juicio oral folio 658 del rollo de sala, y a partir de la 1 hora y 12 minutos de la grabación del día 24 de octubre de 2011, video 15), en conjugación con el listado de llamadas y ubicación del móvil del Sr. Carcaño (ver folios 1630 y 1631), se ha probado más allá de cualquier duda razonable que D^a Eva María y el ya penado D. Miguel a la 1 hora y 37 minutos del día 25 de enero de 2009 hablaron telefónicamente, D^a Eva M^a desde el teléfono de su domicilio y D. Miguel desde Camas, conversación que duró 75 segundos.

Es más, D^a Eva en el plenario admitió que habló con D. Miguel minutos antes, como refleja el listado de llamadas del móvil de este acusado. Así, consta una llamada a la 1'03'50 horas del día 25 desde el teléfono fijo de D^a Eva al móvil de D. Miguel, con una duración de 210 segundos, en la que ese móvil está situado en Camas.

Además, el listado de llamadas correspondiente al móvil del Sr. Carcaño le sitúa por primera vez en Camas a las 00'10'02 horas del día 25, en que recibió una llamada del móvil de D^a Estefanía Ortega, que duró 43 segundos. Como declaró D. Samuel Benítez esta llamada la realizó desde el móvil mencionado, al carecer de saldo el suyo, con la finalidad de averiguar donde estaba D^a Marta del Castillo vistas las llamadas que había recibido de la familia y amigos de la víctima, como acredita también el listado de su móvil.

Por tanto, la afirmación que hacíamos en nuestra anterior sentencia de que D. Miguel Carcaño se encontraba en esa hora en Camas no se infiere de un indicio, como sienta la sentencia mayoritaria del T.S., sino que está probado por las declaraciones de los padres de D^a Marta del Castillo, que desde la instrucción al plenario aseveran que a esa hora D^a Eva habló con el Sr. Carcaño en dos ocasiones; por las manifestaciones de este último, que vienen corroboradas tanto en cuanto a la duración de esas conversaciones como en cuanto a la localización de D. Miguel en Camas por los informes de la compañía de teléfonos, y por la prueba pericial sobre las antenas que captan por proximidad las llamadas hechas o recibidas desde un móvil.

Esto es de suma importancia puesto que, enlazado con el testimonio de Rocío Pérez, novia entonces de Miguel, permite entender probado que, llegado este acusado a Camas sobre las 22,50 horas del día 24, allí permaneció ininterrumpidamente hasta, al menos, la 1,37 hora del día 25, de modo que cuando el Sr. Carrere le vio tuvo que ser necesariamente más tarde esta última hora.

Nos remitimos en este punto a lo argumentado en nuestra anterior sentencia, especialmente en su Fundamento vigésimo quinto. No rechazamos la versión de este testigo, solo que no consideramos correcta su fijación de la hora en relación con el SMS enviado y lo argumentamos, con todos los respetos, suficientemente,

con base en pruebas objetivas derivadas de la localización en Camas del acusado en función de la actividad de su teléfono móvil. Insistimos en que en este aspecto se trató de algo más que un indicio, estando acreditadas la recepción y contestación por el Sr. Carcaño en Camas de llamadas antes y después de la hora del SMS usado como referencia por el testigo Sr. Carrere (las 1.13 horas del día 25 de enero) (de dicho listado dispuso el Tribunal Supremo). A mayor abundamiento en su declaración en el juicio oral el testigo contestó al Sr. Fiscal en cuanto a la hora en que vio por segunda vez al acusado lo siguiente: “Sí, sobre la una ó una y media ó dos”. De esta manera, su testimonio no es incompatible con lo que afirmamos acerca de que tal encuentro tuvo lugar sobre las 2 horas de la madrugada.

Esta estancia de Carcaño en Camas durante cerca de 3 horas:

1) muestra el error de las acusaciones al sostener en sus informes que Carcaño permaneció en Sevilla sin solución de continuidad hasta horas de madrugada.

2) refuerza, entendemos, la razonabilidad de nuestra hipótesis de que todas las actividades culminaron antes, a lo sumo, de las 22'15 horas del día 24. Ninguna prueba hay de que el motivo que determinara a Carcaño a regresar al piso de León XIII partiera de sus comunicaciones con alguno de los coacusados. Al contrario, siendo el listado de sus llamadas la única prueba objetiva que pudiera sobre ello alumbrar, el regreso a Sevilla está exclusivamente precedido de llamadas de los padres de Marta del castillo (a partir de las 01'01 y hasta la 1.37).

Desde la perspectiva sostenida por las acusaciones resulta inverosímil que la Sra. García hubiera llegado al piso sobre las 00'15 horas estando allí el cuerpo de Marta y no hubiera dado aviso inmediato al Sr. Delgado, con quien, tras dejarlo en

su pub antes de ir ella al piso, no volvió a hablar hasta las 2'01 del día 25 estando éste en dicho local y a quien no volvió a ver hasta las 4 horas.

Consideramos que también refuerza la hipótesis de que todo acabó en la franja que determinamos, el importante dato de que cuántas personas acudieron “ex profeso” al piso de madrugada ninguna actividad detectaron. Así resulta de las declaraciones de los testigos que fueron a la calle León XIII sobre las 0 horas del día 25 aproximadamente y luego sobre las 2 horas sin percibir que en su interior se hallase persona alguna ni se realizase algún tipo de actividad. Ello a pesar de que en ambos casos llegaron a subir la persiana de alguna de las dependencias de la casa y mirar a su interior. El padre de D^a. Marta incluso llegó a hablar con un vecino que sí atendió a su llamada. Estos testigos eran todos ellos familiares y amigos de la menor, y con los debidos respetos hemos de señalar que no encontramos alusión alguna a ellos en los Fundamentos undécimo y duodécimo de la sentencia de casación. De ello a su vez inferimos que no fueron tenidos en cuenta en las argumentaciones de los recursos de las acusaciones, lo que resultaría inexplicable al hacer caso omiso de pruebas relevantes que, aunque contrarias a sus intereses, debieron analizar para restarles valor.

Por ello, esta declaración de D. Diego Carrere prueba a lo sumo que en esa madrugada sobre las dos de la mañana vio en el portal de su domicilio a D. Miguel Carcaño con una silla de ruedas, mirándose al espejo. Nada más. Nos remitimos al fundamento vigésimo de nuestra anterior sentencia.

Séptimo.- En segundo lugar, la sentencia del T.S. cuestiona la valoración de la testifical de D. Antonio Trenado de nuestra anterior sentencia.

Pese a lo que la sentencia de casación expresa, en la nuestra nunca afirmamos la credibilidad del sr. Trenado. Realmente no dimos credibilidad a este testigo, lo

que viene a reconocer también la sentencia de casación. Pudimos ser parcos a la hora de explicar el descarte de este testigo, lo que trataremos de explicar, pero no dimos valor a su testimonio y por eso no lo tuvimos en cuenta.

Debemos, pues, profundizar en la valoración de esta testifical en relación con otras pruebas, anticipando, con todo el respeto, que no podemos compartir la idea de que sea un mero dato periférico el relativo al que siempre adujo el testigo como el que le permitió situar su testimonio en la noche del 24 al 25 de enero, lo que lo haría realmente relevante:

1. El Sr. Trenado se presentó el 19 de marzo de 2009 en la Policía y narró lo ya dicho en relación con dos jóvenes que en la madrugada del día 25 de enero de 2009 en una silla de ruedas portaban un bulto dirección a unos contenedores, manifestando que no había relacionado este hecho con la desaparición de D^a. Marta, hasta que D. Miguel Carcaño cambió su versión diciendo que no la habían tirado al río, sino en un contenedor cerca de su casa.
2. En su declaración en el Juzgado (ver folio 2142 de la causa) manifestó textualmente que “En cuanto a la fecha de los hechos que describe, está seguro que fue en 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 había aparcado el coche en la calle Jorge de Montemayor frente a los contenedores y el dicente vio su coche al tirar la basura”.
3. En el juicio oral (ver grabación del juicio oral del día 3 de noviembre de 2011, a partir del minuto 5 con 49 segundos del video 28) cuando el letrado de la acusación particular le preguntó si “estuvo esa noche el novio de su hija en su casa ... recuerda usted (ante la duda del testigo) y eso le obligó a dejar el coche en otro lado”, el testigo tajantemente respondió “no, no, no ... en esos momento mi hija no tenia novio”. Sorprendido por la respuesta el

abogado pidió la lectura de la declaración sumarial (folio 2142) y preguntado si recordaba esa declaración, el Sr. Trenado manifestó, de nuevo tajantemente, “no, eso no lo he dicho yo nunca”, y cuando replicó el abogado “¿que esa declaración no la ha hecho usted?”, volvió el testigo a negar. Ante ello se pidió y se accedió a la exhibición al testigo del acta de su declaración por si reconocía como suya alguna de las firmas. Tras verla con detalle el Sr. Trenado solo llegó a manifestar “esta se parece a la mía, ... (vuelve a mirar) parecida” (no afirmó que fuera la suya, a pesar de lo que expresa el acta del juicio oral al folio 817 del rollo de sala), y, volviéndose al letrado continuó diciendo “yo el aparcar el coche, con su permiso, el aparcar el coche yo cuando yo llego a trabajar no tengo sitio para aparcar el coche porque ...”, pero el letrado pasó a preguntarle cuántas veces declaró.

También en esto fue inseguro el testigo, puesto que no recordaba en un primer momento haber declarado en el Juzgado, insistiendo en ese instante al abogado que le preguntaba en que “yo en ningún momento he podido decir que el novio de mi hija había estado esa noche allí en el bar porque a esa hora, a las dos de la mañana, mi hija está en casa”. A nuevas preguntas dice que “ahora mismo no recuerdo, pero si puedo aclarar ... , yo ... el aparcar el coche lo mismo yo dejaba el coche en la calle Jorge de Montemayor ...”, si bien el letrado dice “bueno, dejamos el tema”.

4. En el juicio oral reiteró que conocía a D. Miguel Carcaño del barrio, en concreto por ser cliente del bar.

Pasemos a valorar estas declaraciones:

1. En primer lugar, insistimos en la perplejidad que causa el hecho de que negara en el juicio oral haber declarado en la instrucción que estaba seguro que la noche en la que había visto a los dos varones con la silla de ruedas era la del día 24 al día 25 de enero de 2009, porque esa noche estaba en su

casa el novio de su hija, así como que dijera que su hija en esa época no tenía novio.

2. Más perplejidad provoca el hecho de que en el juicio oral se le leyera esa declaración sumarial y respondiese que él no había dicho tales cosas, poniendo, incluso, en duda la firma que estampó en esa declaración sumarial.
3. Sorprendente es también que pusiera en duda haber dicho que aparcó esa noche su coche en la calle Jorge de Montemayor cerca de los contenedores, lo que tiene especial relevancia puesto que en su declaración sumarial dijo que vio su coche al echar la basura aquella concreta noche. Ello afectaría no a un dato periférico, sino al núcleo de los hechos: no estaba seguro de lo que vio al acercarse a los contenedores.

En definitiva, entendemos que estas consideraciones enervan sobremanera la credibilidad de este testimonio, ya que en el plenario el Sr. Trenado se desdijo de la razón por la que estaba seguro de que la noche que vio a dos varones con una silla de ruedas era la noche en la que tuvo lugar la desaparición de D^a Marta; negó que esa seguridad se sustentara en el hecho de que esa noche estuvo en su casa el novio de su hija, por lo que tuvo que aparcar su coche en la calle Jorge de Montemayor al lado de los contenedores en los que luego echó la basura tras los dos encapuchados desconocidos; negó que en esa época su hija tuviera novio; negó haber hecho estas afirmaciones en el Juzgado de Instrucción, y puso en duda que la firma que constaba en su declaración judicial en la instrucción fuera la suya.

Es más, con independencia de la valoración que se concedan a las declaraciones del Sr. Trenado, de las mismas no se inferiría la participación en los hechos a título de encubridor de D. Samuel Benítez, ni que el bulto transportado fuera el cadáver de D^a. Marta del Castillo.

Pese a lo que dice la sentencia de casación, el Sr. Trenado declaró que no pudo identificar a ninguno de esos dos varones ya que ambos, según siempre ha declarado, llevaban sudaderas con la capucha calada en la cabeza y andaban con el rostro inclinado hacía abajo no viendo en momento alguno sus caras.

De sus manifestaciones, en su caso, se inferiría como mucho que vio a esos varones con la silla de ruedas entre las 1'55 horas y las 2'10 horas del día 25 de enero de 2009, cuando D. Samuel Benítez estaba en Montequinto.

En efecto, con las declaraciones de D^a Reyes Sierra Sánchez, de D. Carlos Navarro Gómez, de D^a Estefanía Ruiz Martín, D^a Alba María Gómez Constanzo, D. Aarón Aido Teruel y D^a. Alba Villegas Díaz -declaraciones corroboradas parcialmente por las llamadas de teléfono que recibió D. Samuel situado en Montequinto a las 20'38, 21'24, 23'34 y 23'50 del día 24 y a las 00'11, 0'56, 0'58, 1'04 y 1'13 horas del día 25 de enero de 2009-, ya analizadas en nuestra anterior sentencia se demuestra que D. Samuel Benítez se encontraba en Montequinto.

Además, con las manifestaciones de D^a Estefanía Ruiz Martín, D. Aarón Aido Teruel y D^a. Alba Villegas Díaz se prueba tanto que D. Samuel estuvo conversando con ellos aproximadamente hasta las 2'15 horas, como que D^a Estefanía vio montarse en el autobús a D. Samuel, a quién tuvo que prestar dinero para abonar el billete. Si a estos testimonios unimos que, consultado el horario de salidas de los autobuses de la empresa Casal S.L., que realizan el servicio Montequinto–Sevilla (folio 2738 del sumario), se observa que en esa fecha de madrugada tenía salidas a las 0'40, 1'20 , 2'20, 3'30 y 4'20 horas, así como que usaron ese servicio de las 2'20 horas del día 25 de enero de 2009 seis viajeros, entendemos que ha quedado probado plenamente que D. Samuel cogió el autobús con salida de Montequinto a la 2'20 horas, autobús que, conforme a las declaraciones del conductor del mismo (folio 2729), llevaba un retraso de unos 10

minutos, tardando en su recorrido de 20 a 30 minutos hasta el Prado de San Sebastián. Ello situaría a D. Samuel Benítez en Sevilla entre las 2'40 (de haber sido puntual el autobús en su llegada a Montequinto y rápido en llegar a Sevilla) y las 3 horas del día 25 (en el caso de llegada con retrasos).

Precisamente, las pruebas a las que hemos aludido en los tres párrafos anteriores justifican la modificación que se hace en los hechos probados de esta sentencia en relación con los mantenidos en la anterior sobre la salida de D. Samuel de Montequinto, hora de regreso a Sevilla y a hora de llegada su domicilio.

En definitiva, las manifestaciones de los Sres. Carrere y Trenado no acreditarían en modo alguno:

1) que el cuerpo de D^a. Marta del Castillo saliera del piso de la calle León XIII a partir de la hora que la sentencia mayoritaria del Tribunal Supremo somete a nueva motivación de este tribunal.

El Sr. Carrere solo vio la silla.

De dar valor a su testimonio, el Sr. Trenado solo vio que en la silla se transportaba un bulto, que quedaría en el contenedor, pero fueron infructuosas las investigaciones en búsqueda del cuerpo de D^a. Marta del Castillo en el Centro de Tratamiento de Residuos, sito en Alcalá de Guadaira, adonde se trasladan todos los residuos y basuras de esta capital. Así lo recordó la sentencia del Juzgado de Menores para rechazar esta versión del destino dado al cuerpo.

Versión ésta del contenedor que, no obstante, ahora se nos somete, sin que, por cierto, ninguna de las acusaciones hubiera tenido en la instancia la suficiente decisión procesal para mantenerla en calificación final.

No está de más recordar que el único de los acusados que en alguna de sus versiones ha hablado del contenedor fue el Sr. Carcaño y cuando lo hizo siempre contó que en ese porte iban los tres (D. Samuel, “Cuco” y él), y no solamente dos personas, que fueron las que dijo el Sr. Trenado que vio.

Debemos aludir a la falta de lógica de la versión que implica echar el cuerpo en un contenedor de basura situado dos esquinas más allá de la vivienda donde se dio muerte con el riesgo de que fuera rápidamente encontrado.

Tan es así que si nos atenemos a la versión del Sr. Trenado resultaría que en los momentos en que vio lo que dijo ver, también se percató que en las proximidades estaba el camión de recogida de basuras, en concreto cerca de su bar, hasta el punto de que eso, según dijo, fue lo que le hizo no ir a los contenedores donde acudía habitualmente que estaban siendo recogidos por el camión (minuto 2'40 de su declaración del juicio). Si él vio el camión, pudieron haberlo visto también esos dos varones, de modo que su actitud no sería precisamente la de quienes tienen algo que ocultar.

Como expondremos más adelante, en nada afecta a nuestro planteamiento la hora de madrugada como menos arriesgada para intentar rebatir lo que la sentencia de casación parece poner en boca del Fiscal.

2) aun en el caso de que se entendiera que así fue, lo que decimos a los solos efectos dialécticos, no supone que D. Samuel Benítez participara en esa actividad.

El Sr. Carrere no le vio ni pudo concretar si Sr. Carcaño salía o entraba con la silla, y no afirmó que notara en el exterior, una vez que el testigo salió con su

novia, la presencia de persona o personas expectantes en la calle en las proximidades, o cerca o dentro de algún coche.

El Sr. Trenado no identificó a D. Samuel, quien a las 2'10 horas de la madrugada del día 25 de enero de 2009 continuaba en Montequinto, como hemos visto.

En suma, carece de fundamento razonable combatir nuestra sentencia esencialmente sobre un testimonio, el del Sr. Trenado, que: 1) sustentaría una versión de la desaparición del cuerpo (contenedor) que no se arriesgaron a mantener en sus conclusiones definitivas como la sucedida, probablemente porque no se demostró (tampoco lo explicaron); 2) que, además, cerraría sobre las 2 de la madrugada la operación de salida y eliminación del cuerpo del piso, con D. Samuel, por tanto, en Montequinto, y 3) del que el Fiscal solo se arriesgó a decir en su informe que lo que vio como transportado en la silla de ruedas “bien pudiera tratarse del cuerpo de Marta, envuelto en una manta” (a partir del minuto 57 de su informe), aunque, insistimos, sin decidirse a fijar claramente ese momento y forma como la de salida y eliminación del cuerpo de la menor.

Octavo.- Indica la sentencia del T.S. respecto a la posible participación de D. Samuel Benítez se puede sustentar en las manifestaciones del mismo, de D Miguel Carcaño y de D. Francisco García Marín, siempre y cuando, dice, sean corroboradas por posibles datos objetivos que las mismas alberguen u “otros datos de corroboración periférica, ya señalados, tales como el testimonio del Sr. Trenado al afirmar el porte de la silla de ruedas por dos jóvenes encapuchados de los que ninguno se correspondía con Miguel”.

En primer lugar, hay que reiterar que el Sr. Trenado no pudo reconocer a los dos varones que llevaban la silla de ruedas porque iban encapuchados.

En nuestra anterior sentencia desgranábamos las razones por las que entendíamos que no concurría prueba de cargo de la que se infiriese la participación de D. Samuel Benítez.

Analizadas de nuevo las pruebas de cargo que pesan sobre este acusado, mantenemos esa conclusión.

1. Ya expusimos y valoramos las declaraciones contradictorias que ofreció de D. Miguel Carcaño. Para no reiterarnos nos remitimos a esa sentencia en cuanto al contenido de esas declaraciones (ver fundamento quinto).

Las versiones del Sr. Carcaño son variopintas. En todo caso, se observa que en aquellas en que incriminó a Sr. Benítez mantuvo siempre una franja horaria que excluía a este último, gracias a su coartada demostrada.

En ocasiones dijo que él fue el autor material de la muerte de D^a Marta; en otra imputó su autoría al Sr. García Marín y en otra manifestó que entre ambos la mataron.

En cuanto al mecanismo de la muerte, en la mayoría de las versiones manifestó que usó un cenicero para golpear la sien de la menor y en otras dos que fue estrangulada.

Respecto al medio de transporte del cadáver, unas veces dijo que se llevó en volandas hasta un coche –un Polo blanco o un Astra rojo-; otras veces dijo que se usó una silla de ruedas para sacar el cadáver de la vivienda, bien para introducirlo en un coche y tirarlo al río, bien para arrojarlo a un contenedor cercano a la vivienda de la calle León XIII.

Respecto a las personas que participaron en la desaparición del cadáver declaró que la llevaron a cabo bien los tres, bien D. Francisco Javier García Marín-Cuco- y él mismo, o bien D. Samuel y D. Francisco Javier García Marín.

Vistas las distintas versiones dadas por el Sr. Carcaño, sus manifestaciones no merecen credibilidad alguna, ya que parece que son ofrecidas en función de sus propios intereses, sin que tenga pudor alguno en reconocerlo -como lo hizo en su declaración del 9 de septiembre de 2009 (ver folio 3901) “si dijo que había agredido sexualmente a Marta fue con la intención de eludir un juicio por Jurado Popular”-, a no ser que vengan avaladas por algún dato objetivo.

En relación con D. Samuel las manifestaciones de D. Miguel no son corroboradas por dato objetivo alguno que avalen sus incriminaciones. La única llamada que efectuó desde su móvil al de D. Samuel fue a las 00'11 horas estando el segundo el Montequinto, como se ha acreditado hasta la saciedad. 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.

Ninguno de los restos biológicos detectados corresponde a D. Samuel Benítez. Ya vimos el nulo valor probatorio del testimonio de D. Diego Carrere en cuanto a D. Samuel. Tampoco el Sr. Trenado sirve de corroboración por lo ya expuesto.

En definitiva, las incriminaciones de D. Miguel Carcaño sobre D. Samuel no descansan en prueba externa alguna.

2. Veamos las declaraciones del Sr. García Marín.

Para empezar también éste siempre ha mantenido unas franjas horarias incompatibles con la probada coartada de Samuel Benítez.

En la declaración prestada el 28 de enero de 2009 manifestó que el día 24 del presente, vio por última vez a D^a. Marta a las 19'15 horas, en compañía de D. Miguel en el parque de la barriada de Santa María de Ordaz, y negó su participación en los hechos.

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; y que llamó a su amigo D. Samuel Benítez sobre las 21'30 desde una cabina de la plaza de Santa María de Ordaz.

En su declaración de 15 de febrero de 2009, ya detenido en sede policial, una vez que ya D. Miguel le había incriminado, admitió su participación en los hechos y manifestó que igualmente participaron en los mismos el hermano de D. Miguel, es decir D. Francisco Javier Delgado y D. Samuel, sacando el cuerpo de D^a Marta del piso él, D. Miguel y D. Samuel trasladándolo al río en el coche de su madre; que arrojaron el cadáver al río los tres, regresando a Sevilla sobre las 23 horas, decidiendo él dar una vuelta en bici sobre las 23'30 del 24 de enero de 2009.

En sus declaraciones como imputado ante la Fiscalía de Menores el 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.

Sin embargo, en sus declaraciones ante el Juzgado de Instrucción nº 4 de Sevilla de 10 de marzo de 2009, de 17 de marzo de 2009, de 30 de junio de 2009 y en el plenario mantuvo que él no participó en los hechos, sin incriminar tampoco a D. Samuel.

Así las cosas, no se puede predicar de las manifestaciones incriminatorias de “Cuco” 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, ya que a las horas en las que en alguna de sus declaraciones le incrimina, puesto que –repetimos- a esas horas se encontraba en Montequinto.

En definitiva, con base en estas incriminaciones de coimputados -no olvidemos que D. Francisco García Marín fue condenado en la jurisdicción de menores- no siempre mantenidas y no corroboradas por pruebas objetivas, no se puede dictar una sentencia de condena para D. Samuel, máxime si se considera que el testimonio del Sr. Trenado no puede tenerse como corroboración periférica de este mosaico contradictorio de manifestaciones de los coimputados.

3. Veamos las declaraciones de D. Samuel.

En la declaración prestada a las dos de la madrugada del día 14 de febrero de 2009, ya detenido en la Policía, y una vez que el Sr. Carcaño le involucró en la desaparición del cadáver de la víctima se autoincriminó, sin involucrar al menor “Cuco”, y situó los hechos en los que participa de madrugada, sin poder especificar horas, y que se presentó en la calle León XIII 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, así como que entre D. Miguel y él sacaron el cadáver de la víctima que tiraron al río tras llevarlo en la moto de D. Miguel desde la calle León XIII en medio de los dos.

En la prestada en segundo lugar en la madrugada del 16 de febrero de 2009 situó los hechos a partir de las 21 horas, que participó en los hechos el “Cuco”, con el que llegó a la calle León XIII en el Volkswagen Polo blanco de la madre de “Cuco”, que liaron el cadáver en una manta, y cree (no afirma) que lo colocaron en una silla de ruedas y “Cuco” y él lo introdujeron en el Polo, y entre los tres lo tiran al río. Del tenor literal del acta de esta declaración, parece desprenderse que la utilización de la silla de ruedas no fue introducida en el curso de un relato lineal, sino como respuestas a preguntas expresas sobre la cuestión. Así, consta literalmente en el acta: “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.”. Es decir, sobre un dato relevante, que a la vez es una de las pocas pruebas objetivas con las que se cuenta, sobre el que pivotan la sentencia de casación y los recursos de las acusaciones, como es el uso de la silla de ruedas, ni lo introdujo directamente D. Samuel ni fue tajante.

Como se observa, entre ellas concurren contradicciones insalvables tanto respecto a la franja horaria en la que se inicia su supuesta participación en 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 en un ciclomotor y, luego, en una silla de ruedas (que “Cuco” nunca mencionó) y en el coche de la madre de éste.

En las demás declaraciones, las judiciales, ha negado su participación en los hechos enjuiciados.

La primera paradoja es que Samuel nunca mencionó el contenedor como modo de hacer desaparecer el cadáver, lo que se opone en forma radicalmente distinta a la que parece acoger la sentencia de casación.

Tampoco cabe sostener que la declaración del Sr. Trenado, ya analizada, sea una corroboración periférica sobre la participación de D. Samuel.

A mayor abundamiento, cabe destacar que en las declaraciones que niega su participación en los hechos, mantiene que estuvo en Montequinto hasta que cogió el autobús, que llegó a Sevilla sobre las tres de la mañana y caminó hasta su casa, a la que llegó sobre las 3'30 horas del día 25 de enero de 2009. Pues bien, en cuanto a la hora de llegada al Prado de San Sebastián de Sevilla nos remitimos a lo expuesto. Según D^a Estefanía Ruiz tuvo que prestarle el dinero para abonar el billete, lo que corrobora sus manifestaciones, según estas versiones exculpatorias, que fue a su casa caminando. Desde el Prado de San Sebastián a la calle Avellana hay un recorrido de unos tres kilómetros a pié, por lo que es factible que llegara a su casa sobre las 3'30 horas, máxime si se tiene en cuenta que esa hora de llegada se corrobora por las llamadas que recibió de D^a Alejandra Portillo a las 3'35 y 3'40, posicionándose en esta dos llamadas el móvil de D. Samuel en la barriada del Rocío, es decir en su domicilio.

Y es que el más relevante dato objetivo que extraemos de las dos declaraciones policiales (ambas prestadas de madrugada) es que este acusado narró que los hechos supuestamente sucedieron en una franja horaria para la que disponía de coartada. Por alguna razón el Fiscal trató en su informe de restar credibilidad a la retractación de D. Samuel combatiendo esa coartada (la acusación particular no analizó aquellas declaraciones, aunque, como vimos, al comienzo se remitió al informe del fiscal), que parecen haber admitido finalmente las acusaciones.

En definitiva, mantenemos que no se dispone de un solo dato o prueba objetiva en contra de D. Samuel Benítez. No los hemos encontrado; no los aportaron las acusaciones en su día, y no deben haberlos aportado ante el Tribunal Supremo puesto que no se mencionan en la sentencia de casación.

Por último en cuanto a las declaraciones autoincriminatorias de D. Samuel en sede policial, y no ratificadas ni en el sumario ni en el juicio oral, invocamos la sentencia 53/2013 de 28 de febrero del T.C., que continúa la doctrina ya expuesta en la sentencia de ese Tribunal 68/2010 de 18 de octubre, sienta en su fundamento jurídico cuarto:

“CUARTO.- Las declaraciones obrantes en los atestados policiales, en conclusión, no tienen valor probatorio de cargo. Singularmente, y en directa relación con el caso que ahora nos ocupa, ni las autoincriminatorias ni las heteroinculporias prestadas ante la policía pueden ser consideradas exponentes de prueba anticipada o de prueba preconstituida. Y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revele en la mayor parte de los casos imposible o difícil sino, fundamentalmente, porque no se efectuaron en presencia de la autoridad judicial, que es la autoridad que, por estar institucionalmente dotada de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria. Lo hemos dispuesto de ese modo, en relación con las declaraciones de coimputados y copartícipes en los hechos, por ejemplo, en las SSTC 51/1995, de 23 de febrero, 206/2003, de 1 de diciembre, o 68/2010, de 18 de octubre. En suma, no puede confundirse la acreditación de la existencia de un acto (declaración ante la policía) con una veracidad y refrendo de sus contenidos que alcance carácter o condición de prueba por sí sola.”.

Pues bien, las declaraciones autoincriminatorias de D. Samuel solo se prestaron en sede policial, siendo negadas en el sumario y en el juicio oral, y las que incriminan a D. Samuel de los señores Carcaño y García Marín no vienen avaladas por dato objetivo alguno por las razones ya mencionadas. Frente a esta falta de corroboración por datos objetivos en relación a la participación de D. Samuel, las declaraciones autoincriminatorias de D. Miguel y del menor sí resultaron, en cambio, corroboradas por pruebas objetivas como las periciales

sobre el ADN de ambos en los términos ya fijados en nuestra anterior sentencia y en la dictada por el Juzgado de Menores. Es ésta una gran diferencia entre una y otras autoincriminaciones.

Noveno.- Desde sus respectivos informes las acusaciones plantean como indicio que pudiera fundar sus acusaciones el “apagón” de los móviles de los acusados. Parece que ese hipotético “apagón” fue también introducido en el recurso de casación del Ministerio Fiscal, como se infiere del siguiente párrafo de la sentencia del T.S: “ El Ministerio Público también llama la atención sobre la irrelevancia que la Audiencia concede al que denomina como «apagón» de los teléfonos móviles de los procesados en las primeras horas de la madrugada del 25/01/2009, pese a su evidente importancia, refiriéndose la sentencia muy someramente a esta prueba pericial, aseverando que dicho apagón impidió que, pese a ser llamados en repetidas ocasiones por los familiares de Marta, que ya habían emprendido su búsqueda, ninguna de las torres de transmisión telefónica consiguiera ubicar a los acusados, ni siquiera de forma aproximada, precisamente entre la 01:00 y las 03:00.”.

Esta alegación y posterior motivo de impugnación en el recurso de casación del Sr. Fiscal, que asume la acusación particular, y se hace eco la sentencia mayoritaria del T.S, no se ajusta a la realidad.

No existe tal “apagón de móviles”, expresión que ha tenido fortuna pese a que en sus informes orales las acusaciones (en particular, el Fiscal) aludían también en relación con los móviles a “falta de cobertura” o “no posicionar”, que no es exactamente lo mismo.

Excepto D. Miguel Carcaño que no contesta algunas llamadas que recibe a su móvil, los demás acusados contestaron a todas las llamadas que recibieron en

sus respectivos móviles en la franja horaria que menciona el Ministerio Fiscal. Así se acredita del listado de llamadas entrantes recibidas en los móviles de D. Francisco Javier Delgado, de D^a María García Mendaro y D. Francisco García Marín (ver folios 1625, 2842, 2843 y 2838).

Analicemos a continuación el listado de las llamadas recibidas en el móvil de D. Samuel.

D. Samuel contestó a todas y cada una de las llamadas que recibe la noche del 24 y la madrugada del 25 de enero de 2009. Recibió -recordemos que siempre ha declarado que no llamó a nadie pues no tenía saldo, como corrobora el hecho objetivo que no consta ninguna llamada saliente desde su móvil en esa franja horaria- trece llamadas entre las 20'38 del día 24 y las 3'40 del día 25, cuya duración discurre entre los 35 segundos y los 4 minutos y 11 segundos (ver folio 1615 del sumario).

De las llamadas entrantes en el móvil de D. Samuel en esa franja horaria no se puede predicar como hizo la acusación particular en su informe que se realizaron tareas de información con el enemigo, ya que de esas trece llamadas recibidas- una la mantuvo con D. Miguel a las 0'11 del día 25 y otra con "Cuco" a las 21'24 del día 24 hallándose D. Samuel en Montequinto.

Sin embargo, las restantes fueron efectuadas bien por la familia de D^a Marta y amigas de la misma; en concreto constan siete llamadas realizadas por D. Alejandra Portillo. En todas ellas estaba en Montequinto, sin que dichas llamadas tuvieran como consecuencia, como pretenden las acusaciones, que de inmediato el Sr. Benítez abandonara esta barriada de Dos Hermanas, cosa que no hizo sino a partir de las 2'20 horas por las razones ya reiteradas.

En suma, no se puede predicar que D. Samuel Benítez tuviera apagado su móvil la noche del día 24 y la madrugada del día 25 de enero de 2009, ya que atendió a todas las llamadas que recibió en su móvil.

Décimo.- Es cierto que no fue afortunada la redacción de nuestra sentencia en cuanto a las expresiones horarias desplegadas en los Fundamentos para referirnos a la muerte de D^a Marta, la salida de su cuerpo y la desaparición del mismo. Sin embargo, mantenemos que de las pruebas practicadas cabe extraer que esas tres fases tuvieron lugar entre las 21 y las 22' 15 horas del día 24 de enero de 2009.

Para delimitar esa franja horaria empleamos, como se desprendía de los Hechos probados y razonamientos de nuestra anterior sentencia, un margen aproximado - tras la salida del Sr. Delgado del piso en torno a las 20'40 horas- como de desarrollo de la discusión del Sr. Carcaño con D^a. Marta del Castillo hasta golpearla y matarla, y como tope máximo la hora señalada como de llegada aproximada de “Cuco” a su barrio tras separarse de D. Miguel una vez que hicieron desaparecer el cuerpo. Así lo entendió la sentencia mayoritaria del T.S. en el apartado 5 de su Fundamento Jurídico duodécimo.

Recordábamos en el Fundamento vigésimo segundo de la sentencia que en todas las versiones del Sr. Carcaño sobre la muerte dijo que tuvo lugar sobre las 21 horas del día 24, y es algo que fue aceptado por las acusaciones (la particular en sus conclusiones definitivas e informe; por el Fiscal, en su informe).

Desde esa perspectiva (fijación de una franja horaria máxima en la que tuvo lugar todo lo relativo a la muerte de D^a. Marta del Castillo, incluida la desaparición de su cuerpo) debe entenderse nuestra sentencia, especialmente en la que reconocemos equívoca frase del párrafo final del Fundamento vigésimo segundo

(“De estas pruebas se concluye que la hora de la muerte de D^a. Marta del Castillo tuvo lugar entre las 21 horas y las 22’15 horas”).

Lo mismo podemos decir de las expresiones desplegadas en el vigésimo quinto Fundamento cuando mencionamos que “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”, cuando realmente más que “sobre” debimos decir en hora no determinada pero anterior a las 22’15 horas, siendo esta última la hora aproximada de separación del Sr. Carcaño y Cuco incluyendo el tiempo que necesitase el último para desplazarse a su barrio teniendo en cuenta que disponía de bicicleta y que, ignorándose el lugar de destino del cuerpo, se ignoran los movimientos de ambos aquella noche hasta separarse. Por eso, modificamos también en tal sentido el relato fáctico.

Debemos hacer, además, algunas precisiones sobre las contradicciones y/o imprecisiones horarias que la sentencia de casación destaca sobre la base de lo argumentado en los dos recursos:

1) en nuestra anterior sentencia no hicimos afirmación alguna de la que quepa extraer que otorgamos credibilidad al Sr. Carcaño “al referir que cuando Marta recibió la llamada de su amiga Cristina la primera ya había fallecido, siendo él quien decidió no contestar ... recibida en su móvil a las 20:28, es decir, doce minutos antes de que Francisco Javier saliera de la casa, según el propio Tribunal”.

Muy al contrario, expresamente se la negamos en los cinco últimos párrafos del Fundamento decimocuarto, que damos reproducidos en su integridad.

2) en modo alguno fijamos en la declaración de Hechos Probados que la muerte ocurriera “en torno a las 20:40 horas del 24/1/2009”.

Esa fue la fijación horaria que hicimos en nuestro relato fáctico como de la salida del piso del acusado Sr. Delgado. Salida que, por cierto, la misma acusación pública que nos achaca eso, fijó en sus conclusiones definitivas a las 20'45 horas del susodicho día.

3) recordando la imprecisión horaria de las acusaciones sobre las secuencias relativas al momento de la salida del cuerpo de la menor y de la separación de los implicados -detallada en el Fundamento cuarto de esta resolución-, alguna de las críticas que a nuestra sentencia se hacen se fundan en datos no recogidos en sus conclusiones definitivas.

Así, la sentencia del Tribunal Supremo pone en boca del Fiscal lo siguiente: “De igual modo, se estima materialmente imposible que entre las 22:15 y las 22:50, es decir, en tan sólo treinta y cinco minutos, Miguel pudiera sacar el cuerpo de la vivienda, deshacerse de él tirándolo al río, separarse de Cuco y llegar a casa de su novia, sita en Camas, a las 22:50, dado que tal recorrido suma unos 8 kms., que habría realizado conduciendo un ciclomotor”.

Pues bien, en nuestra anterior sentencia no afirmamos que el cadáver de la menor fuera arrojado al río. Tampoco lo hicieron las acusaciones en sus conclusiones definitivas. Sí lo hicieron en sus informes como una de las hipótesis posibles -una de las ofrecidas por D. Miguel-, que no quedó demostrada por prueba objetiva alguna. Y en el recurso insisten en pruebas que avalarían- supuestamente- una versión distinta, la del contenedor, que sí quedó desvirtuada.

A mayor abundamiento, el recorrido en cuestión, de unos 8 kilómetros, podría realizarse en 24 minutos a una medida de 20 kilómetros por hora. Eran un día y una

hora que hacen pensar en un tráfico fluido, y desde la calle León XII hay rápido acceso a la circunvalación de salida de Sevilla en dirección a Camas.

Undécimo.- 1. En consecuencia de todo lo dicho nos mantenemos en lo afirmado en la anterior sentencia cuando fijamos que las tareas de eliminación de vestigios y del cuerpo no se prolongaron más allá de las 22'15 horas del día 24 de enero de 2009.

Entendemos que en modo alguno es contrario a la lógica llegar a esa conclusión con base en las declaraciones de los Sres. Carcaño y García Marín al ser éste el único aspecto de sus manifestaciones que siempre han mantenido sin variarlo.

Esto es, se ha tratado de un dato mantenido ya fuera en las declaraciones en las que incriminaban a Samuel ya fuera en las que le excluían. Resultaría absurdo, pues, argumentar que aquellos acusados situaron en esa franja horaria los hechos para favorecer a Samuel Benítez, porque es tanto como sostener que trataron de favorecerle en declaraciones en que ningún favor le hacían ya que le implicaban en los hechos.

En cambio, y lo decimos con los debidos respetos, pero debemos decirlo en aras de las exigencias de motivación, va contra las más elementales reglas de la lógica que sin disponerse de pruebas objetivas que lo justifiquen, cual ocurre en este caso, declaraciones contradictorias de una misma persona sean calificadas al mismo tiempo de creíbles e increíbles y usarse procesalmente en lo que a la parte interesa, desechándolas en lo que no le conviene, como han hecho las acusaciones. Especialmente si se tiene en cuenta que en las declaraciones del Sr. Carcaño tenidas en cuenta como prueba de cargo contra D. Samuel Benítez a su vez se sostienen versiones opuestas de la supuesta participación de este último, como detallamos en el penúltimo párrafo del Fundamento undécimo de nuestra primera

sentencia y ya hemos en ello abundado en la presente. Algo que, por cierto, también les echó en cara a las acusaciones la sentencia de la Jurisdicción de Menores (fundamento Jurídico tercero).

Según la sentencia de casación el Fiscal en su recurso consideró “falta de lógica el hecho de entender que alguien pueda tratar de deshacerse del cuerpo de un adulto a horas en las que todavía corre un alto riesgo de ser sorprendido por terceros, máxime bajo una mecánica en la que llamaría sin lugar a dudas su atención en una ciudad como Sevilla durante la madrugada de un sábado a un domingo”.

Pues bien, no estamos hablando precisamente de una noche de verano, o siquiera primaveral u otoñal. Estamos hablando de una noche de invierno, de pleno invierno para más señalar. No acabamos de comprender que quiso dar a entender el Fiscal con la expresión “en una ciudad como Sevilla”, pero en cualquier lugar una noche así no alentaba precisamente a salir a la calle ya fuera de noche o de madrugada, puesto que, además, era fría y lluviosa, como testigos llegaron a afirmar. Por ejemplo, la madre de una amiga de D^a. Marta del Castillo, que ayudó en la búsqueda con los padres de ésta. Evidentemente se nos podría decir que sus referencias podían ir ligadas a una hora de la madrugada, pero en pleno invierno a partir de las 21 horas de la noche sigue siendo noche, el frío puede ser de la misma intensidad que en la madrugada y el carácter lluvioso es extensivo a toda la noche, sin que sea de rigor esperar que lleguemos al extremo de precisar que en una hora u horas concretas llovía.

Tampoco puede dejarse pasar por alto el entorno de la salida a la calle con el cuerpo doquiera que se llevase (coche o contenedor), en una barriada de clase trabajadora, no precisamente céntrica, en la que no consta que hubiera comercios abiertos o lugares de espectáculos o esparcimiento que apuntasen razonablemente a

una afluencia de personas; tampoco que fuera zona de “movida” juvenil. Si a ello se une que el trayecto a realizar era realmente corto (el número 78 de la calle León XIII queda cerca de la esquina con la calle Jorge Montemayor, dos cortas esquinas más allá) no vemos que sea contraria a la razón o las reglas de experiencia nuestra afirmación.

2. De otra parte, como exponemos en el Fundamento cuarto de esta sentencia no es exacto que en la instancia ante este tribunal, donde correspondía, las acusaciones precisasen con exactitud que las labores de eliminación del cuerpo de D^a. Marta del Castillo del piso tuvieran lugar “a partir” de las 2 horas de la madrugada.

Insistimos en que en sus conclusiones definitivas las acusaciones fueron sumamente imprecisas, aludiendo a franjas horarias amplísimas para hacer encajar en ella su versión de los hechos sin pronunciarse decididamente sobre ninguna hora o/y la forma de ocurrencia de la salida del cuerpo. Además, la acusación particular no se decidió a concretar las actividades realizadas por cada uno de los supuestos encubridores.

En cuanto a los informes orales, oído repetidamente el del Fiscal destacamos que en un momento dado llegó, incluso, a situar la hora de “entre las 0’15 y 0’30” del día 25 de enero de 2009 como “horario compatible con el momento en el cual el cuerpo de Marta del Castillo iba a ser trasladado a otro lugar desgraciadamente desconocido” (minutos 42 a 44 de su informe). Y lo hizo al valorar el testimonio del taxista que apareció como testigo al cabo de más de los años como hora del supuesto traslado en taxi del acusado sr. Delgado a la calle León XII. Testimonio que descartamos en nuestra anterior sentencia.

En cambio, a dicha hora D. Miguel Carcaño estaba en Camas (ver listado de las llamadas de su móvil, que acredita que estuvo allí desde las 00'10 a las 01'37 ininterrumpidamente). D. Samuel estaba en Montequinto, como ya hemos visto. El Sr. Delgado estaba en el bar de su propiedad, como prueban las manifestaciones de su socio, los comprobantes de la caja registradora del bar, la puesta en acción de la alarma del establecimiento a su cierre, y la llamada efectuada a D^a María García Mendaro a las 00'00 horas. “Cuco” estaba a las 23'36 horas del día 24 en su barrio (ver listado de llamadas) y se desconoce donde estaba en esa franja horaria de “entre las 0'15 y 0'30”. Y la Sra. García Mendaro sí estaba en el piso de León XIII a partir de las 00'00 como ella misma siempre ha declarado.

Sin embargo, más adelante el Fiscal pareció retrasar la hora del traslado a las 2 de la madrugada, aunque sin tampoco pronunciarse de forma clara y precisa. Y lo hizo no “a partir de las 2 de la madrugada”, sino -en relación con la participación achacada a la acusada Sra. García- al analizar el testimonio de D. Diego Carrere en cuanto al concreto momento de su encuentro con el Sr. Carcaño con la silla de ruedas (minutos 48:17 a 51:55 de su informe).

Así, para rebatir la alegación del Sr. Carcaño -con base en la llamada recibida a la 1'37 del día 25 de la madre de D^a. Marta del Castillo- de que estaba en Camas, y discutir que fuera cierto (ya vimos que lo era), el Fiscal situó al Sr. Carcaño en la calle León XII hasta pasada esa hora y las señaladas por aquel testigo (habló de un “huso horario (sic) determinado que puede estar entre la 1 y media y las 2 de la madrugada, incluso algo más, y ya es bastante precisión”: minuto 48:50 del informe) para concluir afirmando que “es perfectamente compatible la versión de Diego Carrere con la que nos da Miguel en el sentido, perdón, con la que nos dan los peritos del SITEL, en el sentido de que perfectamente pudo llegar al domicilio de Camas en torno a las 2 o incluso antes de esta hora” (minuto 51:35 del informe).

Es decir, contra las pruebas del plenario, el Fiscal situó al Sr. Carcaño en Sevilla hasta aproximadamente las 2 de la madrugada, le hizo marchar a Camas sobre esa hora y no volvió a decir qué hizo en el resto de la noche, como dando por terminadas las tareas que afirmó que realizaron conjuntamente todos los acusados, lo que mal se compadece con sus conclusiones definitivas. En efecto, ¿en qué consistieron, entonces, las conductas de los demás acusados si se supone que todos actuaron juntos?. O ¿qué decir de D. Samuel, de quién quedó probado hasta la saciedad que a esa hora estaba en Montequinto, adonde llegó a las 12 horas del día anterior?. O ¿qué decir del Sr. Delgado, quien a las 2 de la madrugada estaba en su bar?.

Estas son las dos únicas fijaciones horarias que el Ministerio Público dijo en su informe en relación con la concreta realización de las actividades que atribuyó a los acusados.

El caso es que en su informe el Fiscal estimó esenciales los testimonios de los Sres. Carrere y Trenado, lo que hemos explicado que no compartimos, y al analizarlos volvió a insistir erróneamente en que sobre las 2 de la madrugada el Sr. Carcaño seguía en Sevilla, en la calle León XIII, y a rechazar que la citada llamada de la 1'37 hora le situase en Camas (minuto 57:20 de su informe), siempre sin precisar el momento concreto en qué entendió probado que el cuerpo salió del piso.

Esa sugerencia, que no tajante y segura afirmación, mal se compadece con lo sostenido por la acusación pública en sus conclusiones alternativas para los acusados Sr. Delgado y Sra. García, sin tampoco pronunciarse sobre la hora concreta de salida del cuerpo pero extendiendo más allá de las 3 de la madrugada el momento de salida del cuerpo del piso. Así, mantuvo que la procesada llegó al piso entre la 1'30 y las 3 horas del día 25 cuando los demás acusados “se encontraban realizando labores de limpieza”; modificación horaria que no explicó

en su informe y que es, además, contradictoria con lo que, como acabamos de decir, repitió acerca de que la eventual salida del cuerpo sobre las 2 de la madrugada y la ulterior marcha del Sr. Carcaño a Camas.

En consonancia con la vaguedad de sus conclusiones fácticas, en su informe oral la acusación particular poco aclaró.

Tampoco se decidió a hacer precisiones horarias salvo para el momento de la muerte, la que llamó primera fase: “aproximadamente entre las ocho y media y las nueve y media del día 24 de enero” (minuto 06:40 de su informe), lo que -en coincidencia con la defensa del Sr. Carcaño, dijo- repitió más adelante. Marcó “ese primer momento la llamada de Cristina al móvil de Marta a las 20.28 ... y termina a las nueve y media, termina en la llamada del menor a Samuel” (minuto 12:36).

En relación con lo que ocurrió después, la acusación particular mantuvo en su informe textualmente lo siguiente: “...la segunda fase sería las actuaciones tendentes a hacer desaparecer los vestigios y el propio cadáver pero que se producen en el domicilio entre las nueve y media de la noche, las 21.30, y aproximadamente las 4 de la madrugada” (minuto 07:05). En varias ocasiones recalcó que era fase ocurrida en el domicilio, en el que siguió, pues, situando allí al Sr. Carcaño en franca contradicción con lo afirmado por el Fiscal acerca de la marcha de Carcaño a Camas, más arriba expuesto.

Sin embargo, intentó fijar el comienzo de las operaciones limpieza y de preparación del cadáver “más allá de las once de la noche” (minutos 58: 59 y 59:50), “en la madrugada” (minuto 1:00:30), afirmando que las pruebas situaban a los acusados en el piso (aludió a las que consideró sus “graves lagunas de coartada”) salvo al Sr. Delgado, de quien expresamente dijo que “ha hecho falta un

taxista para que lo sitúe en el lugar de los hechos” (minuto 59:18; ya vimos el nulo valor probatorio de ese testimonio).

Pues bien, en ese afán la acusación particular incurrió en el mismo error que el Fiscal, esto es, estimar demostrado que el Sr. Carcaño estaba “más allá de las once de la noche” en el piso de León XIII empleando el mismo argumento de que fue visto de madrugada por D. Diego Carrere, de quien dijo que era “el testigo esencial de la investigación” (minuto 35:10). Sin embargo pasó por alto, omitió, igual que el Fiscal, toda valoración del listado de llamadas que situaba al Sr. Carcaño en Camas desde, al menos, las 0’10 horas del día 24, aparte del testimonio de la entonces novia de este procesado quien siempre adujo que éste llegó a su domicilio de Camas sobre las 22’50 horas de tal día.

Tampoco, por cierto, explicó la acusación particular por qué señaló las cuatro de la madrugada como “frontera final” (minuto 51:09) de la segunda fase dentro del domicilio, lo que no puede sino entenderse desde la perspectiva de quien, de la forma que sea, tiene encajar al Sr. Delgado en su acusación al ser tal la hora aproximada de su llegada al piso.

Lo que también sorprende del informe de la acusación particular es la falta de una valoración propia del testimonio del Sr. Trenado -a quien tanta relevancia se da en los recursos- para explicar al tribunal qué conclusiones extraía del mismo a la hora de entender probada una determinada conducta como ocurrida a una hora determinada. Se limitó a mencionarlo de pasada, junto con otras pruebas, para afirmar que “todo eso sitúa las operaciones de esta segunda fase de lo que ocurre dentro de la casa, sitúa en la madrugada todas esas operaciones” (minuto 01:00:02 de su informe).

Insistimos en las imprecisiones de ambas acusaciones, lo que hacemos con todos los respetos obligados por las exigencias motivación.

Lo cierto es que no se dispone de una sola prueba que sitúe a los Sres. Benítez y Delgado (tampoco a “Cuco”) en esa franja horaria en ese escenario, ni de que las labores de limpieza fuesen de tal entidad que se prolongasen durante tanto tiempo. Ya nos referimos a ello en los últimos párrafos del Fundamento vigésimo de nuestra anterior sentencia. Desde luego, a tales efectos no sería indicio razonable la premisa -más bien prejuicio- de la que partió el Fiscal en su informe: “un piso de solteros no destacaba precisamente, o no debía destacar” por su limpieza (minuto 52:55 de su informe). Él mismo estimó en su informe el alegado “olor a limpio” como indicio “quizá más inconsistente”.

No consideramos indicio suficiente de que fueran horas de madrugada (en general) las de salida del piso y desaparición del cuerpo, dicho sea con todos los respetos para la sentencia de casación, que “ninguna de las torres de transmisión telefónica consiguiera ubicar a los acusados, ni siquiera de forma aproximada, precisamente entre la 01:00 y las 03:00”.

Lo cierto es que esa afirmación no es exacta. En el caso de la Sra. García el Sr. Delgado mantuvieron conversación a las 2’01. Carcaño, la mantuvo a la 1’37, situado en Camas. Samuel, a la 1’13, estando en Montequinto. “Cuco”, a la 1’38 estando en la barriada de Las Leandras (le llamó su amigo Cristian).

En cambio, podemos afirmar que ninguna prueba hay de que a lo largo de la tarde y noche del día 24 y la madrugada del día 25 “Cuco” o D. Samuel Benítez mantuvieron contacto personal o telefónico con el Sr. Delgado o la Sra. García. Tampoco la hay de que el Sr. Carcaño y la Sra. García mantuvieran contacto personal (nos remitimos a nuestra anterior sentencia en cuanto a la posibilidad de

coincidencia en el piso). No la hay de que D. Samuel y el Sr. Carcaño se vieran en las horas de autos. Los coacusados hermanos se vieron por última vez en torno a las 20'40 horas del día 24, no manteniendo nuevo contacto (telefónico) hasta las 4'32 del día 25. Y los acusados Sr. Delgado y Sra. García mantuvieron los contactos reflejados en los hechos probados sin que se haya practicado prueba suficiente de que las llamadas telefónicas entre ellos (2'01 y 4'02 del día 25) tuvieran un contenido distinto del afirmado por ellos. De esta manera se desvanece la tesis acusatoria de una actuación conjunta de todos ellos.

El propio Fiscal en su informe reconoció de tal dato que, siendo un indicio, “indudablemente no es una prueba que por sí sola sea suficiente para acreditar la participación en los hechos de los procesados” (minuto 58:50 de su informe), aunque unió a otras pruebas que no hemos considerado suficientes para destruir la presunción de inocencia de los acusados absueltos.

A partir de ahí, todo son conjeturas o sospechas de las dos acusaciones sin aportar pruebas fehacientes en las que sustentar sus pretensiones.

Recordaremos igualmente como ejemplo de las incongruencias de las acusaciones en lo que al acusado Sr. Benítez concierne, cómo en contra de las pruebas practicadas en el juicio oral idearon en sus informes una ida suya desde Montequinto al piso de la calle León XII a partir de las 21'30 horas con regreso posterior y vuelta a a León XIII sobre la madrugada en un coche que nadie vio, y fueron ocho los testigos que en el plenario declararon sobre sus contactos con D. Samuel en dicha barriada, una de las cuales testificó que le vio subir a un autobús y abandonar en ese medio de transporte el lugar.

Con esto último pretendieron relacionar la llamada de “Cuco” a Samuel a las 21,30 horas del día 24 con el hecho de la muerte de Marta del Castillo haciendo al segundo trasladarse de inmediato a la escena del crimen. Pero las pruebas apuntaron claramente a que el contenido de esa llamada nada tuvo que ver con esa información, como declararon ambos interlocutores: no es actitud razonable en quien supuestamente ayuda a ocultar el asesinato, el permanecer desde esa hora hasta más allá de las 2 del día siguiente en Montequinto sin hacer nada.

Otra relevante incongruencia probatoria de ambas acusaciones es la ya señalada relativa al hecho incuestionablemente demostrado de que Carcaño permaneció en Camas desde aproximadamente las 22,50 horas del día 24 de enero hasta, al menos, la 1’37 horas del día 25 (cerca de 3 horas). Las dos acusaciones basaron su hipótesis acusatoria en negar que dicho acusado estuviera en Camas a la 1’37. Siendo, así, afán insistente de sus informes prolongar la presencia de Carcaño en el piso, sin solución de continuidad desde la muerte, hasta más allá de las 22’45 del día 24, no analizaron las pruebas en contra, como les correspondía. Y no parecen haberlo hecho tampoco en sus recursos habida cuenta de que no ha sido tenido en cuenta en la sentencia de casación.

Capital incongruencia de las acusaciones en la que insistimos es igualmente que pretendan basarse en un testimonio como el del Sr. Trenado sin llevarlo hasta sus últimas consecuencias. Correspondería a las acusaciones explicarlo, lo que no hicieron en sus informes, ni consta que lo hayan explicado ante el Tribunal Supremo. Nosotros, miembros del tribunal de juicio solo podemos preguntarnos si sería porque, como hemos dejado dicho, cerraría aproximadamente a las 2 de la madrugada la franja horaria de comisión de los hechos, viniéndose abajo sus hipótesis acusatorias. Más aún si cabe en el caso de la acusación particular, que prolongó la franja horaria desde las 21’30 horas del día 24 a las 4 horas del siguiente día “en el domicilio” (minutos 7.20 y 50:30 de su informe oral), de modo

que en su hipótesis el cuerpo no salió hasta pasada esta última hora, esto es, estando Samuel Benítez, como poco, en el trayecto de su casa a encontrarse con el grupo de búsqueda de Marta del Castillo (el listado de sus llamadas los situó a las 4'09 en la calle Arjona, como se dijo). En ese informe aludió a que “Samuel se va con el enemigo para obtener información y esa misma noche se va a buscar a Marta” (minuto 55:08), lo que resulta inverosímil en el caso de alguien que carecía de saldo en su teléfono móvil.

En definitiva, correspondiendo a las acusaciones la demostración de sus afirmaciones ninguna ha aportado prueba convincente de que la operación de salida del cuerpo y su eliminación tuviera lugar en horas de madrugada.

3. Analiza el Tribunal Supremo el tráfico de llamadas existentes entre D. Miguel Carcaño y D. Francisco Javier Delgado a partir de las 4'30 horas del día 25/01 cuando examina la posible franja horaria para concluir que nos equivocamos en las conclusiones expuestas en la sentencia acerca de que D. Francisco Javier Delgado hubiera recibido un conjunto de llamadas preguntando por D^a. Marta del Castillo antes de que se decidiese a llamar a su hermano (pues solo había recibido una, la de D^a Susana García a la 4'28); a que fuera precisamente ese cúmulo de llamadas el detonante de que se decidiese a llamar a su hermano, y a que su insistencia (según sentencia de casación hasta siete llamadas) estuvieran motivado porque no consiguiera localizarlo en el móvil, desde el momento que se acredita de los listados facilitados por las operadoras que en la primera de ellas ya pudo hablar con él.

Pues bien, siendo cierto que es a la primera llamada de D^a Susana que D. Francisco Javier Delgado decide telefonar a su hermano y que lo localiza tal y como hemos podido comprobar con el reexamen de los listados existentes, ello

sigue sin afectar a las conclusiones que sostuvimos y sostenemos ahora al mantener la franja horaria en que ocurrieron los sucesos.

Para empezar, ese tráfico de llamadas se sitúa en horas de la madrugada donde incluso para las acusaciones las labores de la desaparición del cuerpo habían concluido. No existe prueba, indicio o motivo que deba llevar necesariamente a pensar que ese trasiego telefónico tuviera por objeto otra razón que la lógica preocupación por la desaparición de la joven. En la primera llamada D. Francisco Javier Delgado le pide a su hermano que llame a D^a. Marta. Nada de anómalo o extraño podría tener el que quisiera saber del resultado de tal encargo, si efectivamente D. Miguel había conseguido hablar o no con la chica, máxime si a él mismo lo vuelve a llamar otra persona extraña en horas de la madrugada preguntándole por la misma cuestión.

La equivocación que hubiéramos podido cometer al efectuar tales afirmaciones no tienen repercusión alguna en los hechos, ni dichas llamadas tienen por sí o en unión del resto de las pruebas un especial significado probatorio en el contexto del magro material probatorio que el procedimiento en general ha deparado.

Efectivamente, no tiene trascendencia alguna a la hora de ponderar la posible participación a título de encubridor de D. Samuel Benítez, por las siguientes razones: 1) en esas conversaciones no interviene D. Samuel; 2) dichas conversaciones se mantienen estando D. Francisco Javier en la calle León XIII y D. Miguel en Camas; 3) a las 4'08 horas D. Samuel se hallaba en la calle Arjona de Sevilla cerca del grupo de D^a Alejandra Portillo que estaba buscando a D^a. Marta, como se demuestra tanto por la llamada que consta en el listado de llamadas de su móvil (folio 1615 del Sumario), que lo sitúa en la calle Arjona, como de las manifestaciones de D^a Alejandra y su madre D^a Susana; y 4) la primera llamada del Sr. Delgado a su hermano tiene lugar cuando ya se puede situar al Sr. Carcaño en

Camas desde al menos diez minutos antes por llamadas de terceras personas –una de ellas del padre de D^a Marta-, lo que apunta a que ya habría hecho desaparecer el cadáver, según las versiones de las acusaciones.

4. En todo caso, para el supuesto de que se entendiera que el cadáver fue sacado de la vivienda León XIII “a partir” de las dos de la madrugada la coartada de D. Samuel se mantiene.

Es más, incluso si no la tuviera, no se ha demostrado por las acusaciones que participara en los hechos, como recuerda uno de los votos particulares:

“Es claro que el hecho de que el acusado (en esta causa y en cualquier otra) carezca de coartada no es equivalente a la existencia de una prueba de cargo en su contra. De manera que si, en el caso, fuera imposible establecer su presencia en un lugar distinto del de los hechos en el momento en que éstos ocurren, ello, por sí mismo, no significaría que queda acreditada su participación en esos hechos. Por la incontestada razón de que el acusado no tiene que demostrar su inocencia frente a una inculpación. Dicho de otra forma, si el acusado demuestra que no estaba en el lugar de los hechos en el momento en que ocurren, cualquier imputación se debilita lo suficiente para ser descartada. Pero si no puede demostrar que estaba en otro lugar, aún es necesario que la acusación pruebe que estaba donde ocurrieron los hechos y que participó en los mismos.”

Decimosegundo.- Por último pasamos a analizar la cuestión concerniente a lo declarado en la Jurisdicción de Menores.

En nuestra anterior sentencia se explicó por qué nos apartábamos de la del Juzgado de Menores. En el párrafo final de su cuarto Fundamento decíamos lo siguiente:

“Finalmente, debe hacerse referencia a 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 2ª 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.”.

Así las cosas, en cumplimiento de las exigencias de motivación derivadas de la sentencia mayoritaria del Tribunal Supremo abundamos en ello.

Pues bien, no sólo en aquel juicio el Sr. Carcaño intervino como testigo, siendo en el nuestro acusado, sino que, además, se negó a declarar al estar imputado y pendiente de enjuiciamiento en nuestra causa.

Es más, ni siquiera se pudo valorar a efectos probatorios su declaración sumarial prestada en el juzgado de instrucción, por cuanto a la misma no fue convocada la defensa del “Cuco” (sí asistió, en cambio, el Fiscal de Menores) imposibilitándose así una intervención contradictoria de dicha defensa. De esta manera, al no haber sido oído a su vez el Sr. Carcaño en el expediente de Fiscalía de Menores (que se limitó a traer testimonio de particulares de lo instruido por el Juzgado de Instrucción, remitiéndonos en este punto al segundo Fundamento de la sentencia del Juez de Menores), esa carencia de contradicción y la correlativa merma de garantías del en ese juicio acusado, privó de toda eficacia probatoria a aquella declaración sumarial, como acertadamente concluyó el Juez de Menores, siendo ello confirmado por la Sección Tercera de esta Audiencia Provincial de Sevilla.

Quiere ello decir que el material probatorio del que se dispuso en aquel otro juicio era muy diferente al producido en nuestro enjuiciamiento.

A mayor abundamiento, aunque fuera “obiter dicta” (puesto que le negó eficacia probatoria), el propio Juez de Menores se encargó de analizar la declaración del Sr. Carcaño a la que el fiscal dio en nuestro juicio especial relieve hasta el punto de basar en ella su acusación, la prestada en sede judicial el 17 marzo de del año 2009. Y lo hizo el Juez de Menores con criterios prolijamente expuestos en los razonamientos de la sentencia (tercer Fundamento).

Tan diferente fueron las pruebas que ni siquiera llegaron a declarar en él tres de los encausados en nuestra causa, el Sr. Benítez, el Sr. Delgado y la Sra. García Mendaro.

No se debe olvidar que ese otro juicio tuvo una distinta perspectiva procesal: exclusivamente el enjuiciamiento del entonces menor en cuanto presunto autor de un delito de asesinato (luego condenado como encubridor del mismo), sin las exigencias -que sí, en cambio, tiene este tribunal- de profundizarse en las pruebas de cargo contra los demás presuntos intervinientes.

Sin embargo, aunque esos otros presuntos encubridores no aparecieran con nombres y apellidos en la declaración de hechos probados de la sentencia de la jurisdicción de menores, sí en cambio se aportaban tanto en ella como en su fundamentación datos que permitían identificarlos.

Si añadimos que, reclamada por las acusaciones respecto del menor (el único enjuiciado) la agravante de actuación en grupo -obviamente referida a tales personas y no invocada en esta causa-, la misma fue apreciada en el Fallo, cabe

decir sin exageración que de alguna manera esas otras personas fueron enjuiciadas y “precondenadas” (si se nos permite la expresión, que empleamos en términos estrictamente procesales) en aquel proceso sin ser siquiera oídas ni estar posibilitadas de influir legítimamente en él ya que no eran partes.

En consecuencia, no obstante pertenecer al debate de ese otro juicio su participación en los hechos, estas tres personas no tuvieron posibilidad alguna de defenderse frente a una sentencia de la que se pretende que puede tener influencia respecto de su ulterior enjuiciamiento -el único válido-, aunque sea como condicionante de la decisión de este tribunal para tener que motivar exhaustivamente por qué se separa de ella.

Así las cosas, desde la perspectiva global de enjuiciamiento consideramos razonable el apartamiento de lo declarado probado en aquella sentencia, más aún si cabe respecto de esos tres acusados, especialmente si se tiene en cuenta que a partir de la fijación de salida del cuerpo en horas de madrugada se pretende acreditar su presunta participación en los hechos.

Somos conscientes -lo dijimos en nuestra sentencia (creemos que todos los jueces por cuyas manos ha pasado este caso hemos en ello coincidido)- de las disfunciones generadas de “lege data” al enjuiciarse separadamente al menor implicado de los acusados mayores de edad, pero ello no puede llevar a una merma de garantías para quienes no lo fueron en un primer juicio desarrollado de la forma descrita.

Dicho de otra manera, ese legalmente obligado enjuiciamiento por separado ha podido perjudicar no solamente a las acusaciones, sino también a acusados en este juicio que no lo fueron (formalmente) en el primeramente celebrado, con lo que, en

última instancia, tales evidentes disfunciones a quien puede perjudicar es al íntegro sistema de garantías propias de nuestro Estado de Derecho.

De otra parte, ante la exigencia de “motivación reforzada” para explicar el apartamiento en cuanto a la fijación de la madrugada del día 25 como la de salida del cuerpo del piso hemos de decir lo siguiente, siempre con el mayor respeto hacia todos los que sucesivamente han tomado parte en los dos procesos incoados por los mismos hechos:

1) como “dos principales pruebas” para determinar la autoría de “Cuco” el Sr. Juez de Menores tuvo en cuenta la declaración policial de 15 de febrero de 2009, ratificada al día siguiente ante la Fiscalía de Menores, y el hallazgo de su perfil genético mezclado con el de D^a. Marta del Castillo en el dormitorio del domicilio (Fundamento cuarto, párrafo cuarto).

Pues bien, en ambas “Cuco” fijó aproximadamente las 23’30 horas del día 24 como aquella en que se separó de D. Samuel Benítez, después dejar antes a D. Miguel Carcaño. Ya vimos que a esa hora D. Samuel estaba en Montequinto.

Y en ninguna de ellas “Cuco” mencionó el uso de la silla de ruedas que introduce la sentencia del Juzgado de Menores en la declaración de hechos probados como medio de traslado del cuerpo hasta el automóvil “Volkswagen Polo” de la madre del menor enjuiciado.

2) no obstante, la sentencia analizada no hace cita expresa de cómo se llegó a estimar probado el uso de la silla de ruedas y el establecimiento de una “hora no determinada de la madrugada” como la de salida del cuerpo del piso.

3) la única referencia probatoria que encontramos en la sentencia (antes de examinar la prueba de cargo contra “Cuco”) a una hora de madrugada como la de posible salida del cuerpo es la mención de los testimonios de D. Diego Carrere y su novia al analizar -a modo de agotamiento del debate puesto que previamente se le había negado eficacia probatoria- la declaración del Sr. Carcaño para descartar su credibilidad en confrontación con la hora que éste dijo en su declaración judicial de 17 de marzo de 2009.

Es también la única referencia probatoria que encontramos de la que derivase el uso de la silla de ruedas, aparte de la citada declaración del Sr. Carcaño, que, paradójicamente, descartó el Sr. Juez de Menores con base precisamente en los testimonios del Sr. Carrere y su novia.

Nos remitimos a lo ya expuesto acerca del nulo valor de estos testimonios para de ellos extraer la conclusión de que el cuerpo de D^a. Marta del Castilla tuvo necesariamente que ser sacado a “hora no determinada de la madrugada”, como declaró la sentencia del Juzgado de Menores.

4) no hemos encontrado alusión alguna en esa sentencia al testigo Sr. Trenado, ni siquiera para decirse si declaró o no en ese otro juicio.

Significativo sería que no hubiera declarado, y si declaró, más significativo sería que su testimonio no hubiera sido mencionado. Vista la situación en que se encuentra este tribunal en esta segunda sentencia resulta, en suma, paradójico que tengamos que explicar nuestro apartamiento de una sentencia en la que el testimonio del Sr. Trenado, por una razón u otra, no fue tenido en cuenta.

5) sí hemos hallado en cambio alusión a la versión del contenedor -la supuestamente avalada por la prueba del Sr. Trenado según los recursos y la

sentencia mayoritaria de casación-, pero para rechazarse, lo que no deja de ser otra sorprendente paradoja.

De esta manera, creemos que están explicadas las razones de apartarnos de la sentencia del Juzgado de Menores, a la que parecen dar relevante importancia las acusaciones en los recursos para fijar los hechos pese a no haberla tenido en cuenta ante este tribunal no obstante haber devenido firme en el curso de las sesiones del juicio oral.

Por ejemplo, y ya lo mencionamos en nuestra anterior sentencia, absuelto el Sr. García Marín del delito de violación, las acusaciones mantuvieron en nuestro juicio la acusación contra el Sr. Carcaño como cooperador de ese delito. O la falta de expresa mención al uso del “Polo” (el Fiscal habló de “vehículo no identificado”; como ya se dijo, la acusación particular nada concretó). Y por sobre todo, no obstante la absolución de “Cuco” como autor del delito de asesinato, en su primera conclusión mantuvo el Fiscal la implicación directa del entonces menor en la muerte.

Hasta la fecha las acusaciones no han explicado por qué se apartaron en tales extremos de la sentencia que con tanto ahínco invocaron en sus recursos.

Decimotercero.- Por las razones expuestas, entendemos satisfechas con creces las exigencias de motivación que contempla el artículo 120 de la Constitución, y reiteramos que procede absolver libremente a D. Samuel Benítez Pérez del delito de encubrimiento del que es acusado, con declaración de oficio de las costas proporcionales a tenor del artículo 239 y concordantes de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

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

FALLAMOS

Absolvemos a D. Samuel Benítez Pérez del delito de encubrimiento por el que venía acusado con declaración de las costas proporcionales de oficio.

Notifíquese esta sentencia al Ministerio Fiscal, a la representación de la acusación particular, y personalmente al acusado y a su procurador, 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.