

AUDIENCIA PROVINCIAL DE MADRID

Sección 4

Calle Santiago de Compostela nº: 96, 28071

TELÉFONO: 914934606-914934571

FAX:914934569

39000045

N.I.G.: 28.079.7R.1-2014/0007474

JEO

Rollo de Sala AME 430/2016

Juzgado de Menores nº 04 de Madrid

Procedimiento Origen: Expediente de Reforma 319/2014;

Exp. Fiscalia: EXR 1886/2014



Apelante: D./Dña. A C G

Apelado: D./Dña. MINISTERIO FISCAL

Magistrado ponente: Ilmo. Sr. HERVÁS ORTIZ

La Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de Madrid ha pronunciado en nombre de Su Majestad el Rey la siguiente:

SENTENCIA Nº 273/16

MAGISTRADOS	/
D. JUAN JOSÉ LÓPEZ ORTEGA	/
D ^a MARÍA JOSÉ GARCÍA-GALÁN SAN MIGUEL	/
D. JOSÉ JOAQUÍN HERVÁS ORTIZ	/
_____	/

En Madrid, a veinte de julio de dos mil dieciséis.

VISTO, en grado de apelación, por la Sección Cuarta de esta Audiencia Provincial de Madrid, integrada por los Ilmos. Sres. expresados, el recurso de apelación interpuesto por la Letrada D.^a María José Cabero Freire y por el Letrado D. Gonzalo Martínez-Fresneda, en nombre y representación del menor A.C.G., contra la Sentencia de 10 de febrero de 2.016, dictada por el Juzgado de Menores nº 4 de Madrid en el expediente de reforma nº 319/2014, siendo parte también, como acusación particular y parte apelada, D.^a LUCÍA REBOLLO RILO, representada por el Procurador D. Federico Pinilla Romeo y defendido por el Letrado D. Erlantz Ibarrondo Merino, y el

MINISTERIO FISCAL, ha sido **Magistrado ponente el Ilmo. Sr. D. José Joaquín Hervás Ortiz**, que expresa el parecer de la Sala.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO. El Juzgado de Menores número 4 de Madrid, con fecha 10 de febrero de 2016, dictó Sentencia en los autos de que este rollo dimana que contiene, textualmente, el siguiente relato de hechos probados:

“Resulta probado que con ocasión del partido de la Liga de Fútbol Profesional de 1ª División que se iba a celebrar en el Estadio Vicente Calderón de Madrid el día 30 de noviembre de 2014 entre los equipos Atlético de Madrid y Real Club Deportivo de la Coruña y debido a la rivalidad existente entre los aficionados radicales de ambos clubs, motivada por ser cada uno de ellos simpatizantes de ideologías contrarias, con carácter previo al encuentro se citaron, a través de distintas redes sociales y mensajes de telefonía, para reunirse en las inmediaciones del estadio con el único fin de agredirse mutuamente.

A la hora concertada, en torno a las 08:00 horas del día 30, se personaron en el lugar acordado varios centenares de aficionados del Atlético de Madrid bajo las consignas “armados hasta los dientes”, “sin dudas y con mucho odio”, “Atlético o muerte”. Entre ellos los menores A.C.G., nacido el 26/03/1997, I.D.C.C., nacido el 17/09/1998 y J.P.C.N., nacido el 13/12/96, acudieron a la cita blandiendo tanto A.C.G. como I.D.C.C. sendas defensas extensibles y portando un palo J.P.C.N. y de común acuerdo con el resto de participantes, gran parte de ellos armados, con ánimo de atentar contra la integridad física, acometieron de forma indiscriminada a los numerosos aficionados del otro club, que actuaban de igual forma, movidos ambos grupos por el odio a la afición rival y a los ideales con los que éstos simpatizan. Así, todos ellos se agredieron tumultuaria y continuadamente, resultando del violento enfrentamiento decenas de heridos, varios de ellos con incisiones por arma blanca.

En un momento de la reyerta, el menor A.C.G., tras observar cómo un joven mayor de edad golpeaba en la cabeza al aficionado del Deportivo Francisco Javier Romero Taboada, y que éste caía al suelo, valiéndose de la defensa extensible que portaba le golpeó con ésta en la zona abdominal y, con ánimo de causarle la muerte, continuó propinándole golpes ayudado por otros tres jóvenes mayores de edad. Posteriormente, y a sabiendas de su crítico estado, algunos de ellos le lanzaron al río Manzanares.

A consecuencia de los golpes recibidos, Francisco Javier Romero Taboada, alias Jimmy, de 41 años y con un hijo, resultó con diversos traumatismos en cabeza y abdomen que le causaron lesiones encefálicas y abdominales, con desgarro esplénico y hemorragia aguda que le provocó la muerte.

Luis Rebollo Rilo, madre del hijo menor del fallecido, como representante legal del mismo, se ha personado como acusación particular.

Por el Letrado de la Acusación Particular se reservó expresamente el ejercicio acciones civiles, que en su caso se pudiera corresponder.”.

La designación de los nombres de los menores por sus iniciales es nuestra.

SEGUNDO. El fallo de dicha resolución es del siguiente tenor literal:

“Declaro a los menores expedientados, I.D.C.C. y J.P.C.N., autores responsables de un delito de riña tumultuaria; e igualmente declaro al menor, I.D.C.C., autor responsable de un delito de tenencia ilícita de armas, ya definidos, imponiéndoles las siguientes medidas:

60 horas de Prestaciones en Beneficio de la Comunidad que se sustituirán en caso de que el menor no preste su consentimiento o las incumpla por 5 permanencias de fin de semana en centro cerrado, respecto de J.P.C.N., y 1 año de Libertad Vigilada, con el contenido que obra en el informe del Equipo Técnico, respecto de I.D.C.C.

También declaro al menor expedientado, A.C.G., autor responsable de un delito de riña tumultuaria; un delito de tenencia ilícita de armas y un delito de homicidio, imponiéndole la medida de 6 años de internamiento en régimen cerrado, seguido de 2 años de Libertad Vigilada.

No ha lugar a imponer las costas procesales de la Acusación Particular al menor I.D.C.C.”.

La designación de los nombres de los menores por sus iniciales es nuestra.

TERCERO. Contra la anterior Sentencia, en tiempo y forma, se interpuso, para ante esta Audiencia Provincial, RECURSO DE APELACIÓN conjuntamente por la Letrada D.^a María José Cabero Freire y por el Letrado D. Gonzalo Martínez-Fresneda, en nombre y representación del menor A.C.G., dándose seguidamente al procedimiento el trámite correspondiente y remitiéndose los autos a este Tribunal, formándose el correspondiente rollo, con el número 430/16, que ha quedado para Sentencia, tras la celebración de la correspondiente vista.

CUARTO. A la vista de este recurso, que ha sido celebrada el pasado día 6 de junio de 2.016, comparecieron los Letrados apelantes, el Letrado de la acusación particular y el Ministerio Fiscal, habiendo realizado las alegaciones que estimaron oportunas en apoyo de sus respectivas pretensiones.

QUINTO. En la tramitación del presente recurso se han observado las prescripciones legales.

HECHOS PROBADOS

ÚNICO. Se aceptan los hechos declarados probados en la sentencia apelada, salvo en los extremos que, a continuación, se señalan:

Se suprime el tercer párrafo del relato de hechos probados de la Sentencia apelada en el que se expresaba lo siguiente:

“En un momento de la reyerta, el menor A.C.G., tras observar cómo un joven mayor de edad golpeaba en la cabeza al aficionado del Deportivo Francisco Javier Romero Taboada, y que éste caía al suelo, valiéndose de la defensa extensible que portaba le golpeó con ésta en la zona abdominal y, con ánimo de causarle la muerte, continuó propinándole golpes ayudado por otros tres jóvenes mayores de edad. Posteriormente, y a sabiendas de su crítico estado, algunos de ellos le lanzaron al río Manzanares.”.

La designación del nombre del menor por sus iniciales es nuestra.

Se modifica el cuarto párrafo del relato de hechos probados de la Sentencia apelada dándole la siguiente redacción:

“En el transcurso del enfrentamiento entre los aficionados de ambos equipos de fútbol, Francisco Javier Romero Taboada, también conocido como Jimmy, de 41 años de edad y con un hijo, fue agredido, resultando con diversos traumatismos en cabeza y abdomen que le causaron lesiones encefálicas y abdominales, sufriendo un desgarro esplénico y una hemorragia aguda que le provocó la muerte.”

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO. Planteamiento general

Se interpone recurso de apelación por la defensa del menor A.C.G. contra el pronunciamiento de la Sentencia dictada por el Juzgado de Menores nº 4 de Madrid que

le condena como autor de un delito de homicidio, solicitando la revocación de tal pronunciamiento y su absolución por el referido delito.

La parte apelante combate en su recurso la validez y la fiabilidad de las dos pruebas esenciales sobre las que el Juzgado de Menores ha fundamentado su condena, esto es, la declaración del denominado “testigo protegido G303” y el contenido de los mensajes de “whatsapp” extraídos del teléfono móvil del menor.

El fundamento de esa impugnación es doble: en ambos casos se afirma, de un lado, la ilicitud en la obtención e introducción en el proceso de las dos pruebas citadas y, de otro lado, se combate la valoración de fondo que de ellas realiza la Juzgadora “a quo”; con la alegación de ilicitud se pretende que se declare la nulidad de tales pruebas, con la consiguiente imposibilidad de ser valoradas, y con la impugnación de la valoración de fondo se pretende que no se les atribuya fiabilidad suficiente como para fundamentar la condena, en ambos casos con resultado absolutorio del menor.

Parece conveniente, siguiendo un orden lógico, entrar a analizar, en primer lugar, la existencia o inexistencia de la ilicitud denunciada, para proceder a continuación, si el resultado del análisis es adverso para la parte apelante, a entrar en el análisis de la impugnación de fondo, lo que haremos en los siguientes ordinales.

SEGUNDO. Sobre la pretensión de nulidad de la declaración del denominado “testigo protegido G303”

La pretensión de nulidad procedimental formulada por el recurrente, en relación con la declaración del denominado “testigo protegido G303”, se basa, fundamentalmente, en el hecho de que se le haya atribuido la protección prevista en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, cuando en realidad, según el recurrente, no se trata de un testigo, sino de un imputado, por tener esta última condición en las Diligencias Previa n° 6525/2014 del Juzgado de Instrucción n° 20 de Madrid (que en adelante denominaremos proceso o causa de mayores), en la que se investigan, en relación con determinadas personas mayores de edad, los mismos delitos de riña tumultuaria y de homicidio que son objeto del presente proceso de menores. Se trata, en definitiva, de dos causas penales con el mismo ámbito objetivo –la riña tumultuaria que tuvo lugar, en la mañana del día 30 de noviembre de 2.014, entre los aficionados del Atlético de Madrid, de un lado, y los aficionados del Deportivo de la Coruña, de otro, y el fallecimiento de uno de estos

Sección n° 04 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelacion de Menores 430/2016

últimos, en el transcurso de la referida riña, a consecuencia de las agresiones de determinados individuos de la afición rival-, pero con diferente ámbito subjetivo – personas mayores de edad, en un caso, y personas menores de edad, en el otro-.

2.1. Estatus del denominado “testigo protegido G303”

Sin entrar, en este momento, en la valoración de fondo que deba merecer la declaración del denominado “testigo protegido G303” y ciñéndonos exclusivamente a la determinación de cuál es la consideración que ha de atribuírsele en el presente proceso, no ofrece duda alguna a este Tribunal que dicha consideración ha de ser la de “imputado” y no la de “testigo”, por las razones que, a continuación, se exponen.

En efecto, parece necesario destacar que la noción de “imputado” es más de índole material o sustantiva que de índole procesal, en la medida en que está indisolublemente unida a la probable atribución a una persona de un hecho delictivo concreto, debiendo primar, por tanto, un concepto material de imputado, desligado de su papel procesal formal, como se desprende también de la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 111/2011, de 4 de julio, en la que puede leerse lo siguiente:

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

Por otra parte, la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de noviembre de 2.007 (STS nº 1007/2007) resalta que en los casos de fragmentación del juicio oral en tantos actos como partícipes en el hecho, no debe perderse de vista la idea de que el objeto del proceso es único y que la relación que cada uno de los sujetos del proceso mantiene con dicho objeto -lo que le confiere un determinado estatus- no puede ser alterada por la concurrencia o no de eventos imprevisibles determinantes de la necesidad de fragmentación del juicio oral en varios actos, añadiendo que el estatus de parte se adquiere y se mantiene en el proceso con independencia de aquellas circunstancias condicionantes de la necesidad de dividir o no el juicio oral en sucesivos actos para los diferentes acusados.

Partiendo de lo expuesto, debemos destacar ahora que el denominado “testigo protegido G303” tiene la condición de coimputado en la causa de mayores, como se desprende de la propia declaración que prestó en la Fiscalía de Menores el día 9 de julio de 2.015 (f. 931 al 933; Tomo IV), en la que la Fiscal de Menores hizo constar expresamente tal condición, y como resulta, igualmente, de la declaración que prestó en la audiencia celebrada en el Juzgado de Menores, en la que reconoció estar imputado en la causa de mayores por los mismos hechos que son objeto de enjuiciamiento en la presente causa de menores, habiendo reconocido también haber participado en la riña tumultuaria en cuyo transcurso se produjo el fallecimiento del aficionado del Deportivo de La Coruña, aunque niegue haber sido partícipe en dicha muerte.

Es evidente, pues, que el denominado “testigo protegido G303” ostenta en la presente causa la misma condición material de coimputado que tiene atribuida en la causa de mayores, sin que pueda soslayarse tal conclusión por la vía de afirmar que aquél sólo está formalmente imputado por riña tumultuaria en la causa de mayores y no por delito de homicidio, pues ya hemos visto que en el concepto de imputado predomina su aspecto material sobre el formal y el denominado “testigo protegido G303” reconoce haber intervenido, como hemos señalado, en la riña en cuyo transcurso se produjo el fallecimiento de un integrante de una de las dos aficiones rivales, lo que determina que ha de tener la consideración material de imputado por ese hecho total, teniendo en cuenta que cualquier interrogatorio que pudiera realizarse en relación a dicho fallecimiento tendría que estar rodeado necesariamente de las garantías que a todo imputado atribuyen el artículo 24.2. de la Constitución y el artículo 118 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Es más, es innegable que el denominado “testigo protegido G303” declaró con el estatus de imputado, tanto ante la Fiscalía de Menores como ante el Juzgado de Menores. En este sentido, puede apreciarse en el acta de la declaración prestada ante la Fiscalía de Menores el día 9 de julio de 2.015 (f. 931; Tomo IV), que la Fiscal de Menores, tras advertirle de que estaba citado a declarar como testigo porque en el expediente de menores no estaba imputado por ser mayor de edad, también le indicó que al tener la condición de coimputado en la causa de mayores no se le hacía la advertencia de la obligación de decir verdad, lo que motivó la protesta de la defensa del menor aquí apelante.

Igualmente, puede apreciarse en la grabación del acto de la audiencia celebrada ante el Juzgado de Menores que la Juzgadora “a quo” advirtió al denominado “testigo protegido G303” de que, al estar imputado en la causa de mayores, no tenía obligación de incriminarse a sí mismo y que podía guardar silencio, llegando a indicarle incluso que podía “faltar a la verdad”, confundiendo el hecho de que el imputado, “*ex constitutione*”, no puede ser compelido a declarar con un supuesto derecho a mentir que ni la Constitución ni la Ley reconocen.

En tales circunstancias, resulta insostenible la afirmación de que el “testigo protegido G303” declaró ante el Juzgado de Menores en calidad de “testigo”, debiendo valorarse su declaración como la de cualquier coimputado, imponiendo, a todos los efectos, la exigencia de corroboración, tal y como ha sido establecido por el Tribunal Constitucional.

2.2. Efectos derivados de la aplicación al denominado “testigo protegido G303 de lo dispuesto en la Ley Orgánica 19/1994

Ya hemos determinado que el correcto estatus procesal del denominado “testigo protegido G303” es en realidad el de “coimputado protegido”, por lo que así nos referiremos a él en lo sucesivo.

El hecho de que el “coimputado protegido” haya declarado, tanto ante la Fiscalía de Menores como ante el Juzgado de Menores, en calidad de “coimputado” y no en calidad de “testigo” no ha de llevar consigo la nulidad de sus declaraciones, pues el coimputado ha declarado como lo que es. El único efecto que ello ha de producir es que sus declaraciones sean valoradas de conformidad con los criterios y exigencias que la

Jurisprudencia viene estableciendo en orden a la valoración de las declaraciones de coimputados, sobre lo que luego volveremos.

Lo que ha de determinarse en este momento es si la aplicación de lo dispuesto en la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, al tan citado “coimputado”, convirtiéndolo así en un “coimputado protegido”, ha de provocar o no la nulidad de las declaraciones que ha prestado en el presente proceso de menores.

El principal efecto que ha tenido la aplicación de dicha Ley Orgánica, en el supuesto que nos ocupa, es que la defensa del menor ahora recurrente desconociese, primero en fase de instrucción y luego en la fase de audiencia, la identidad del coimputado que estaba realizando declaraciones inculpativas contra dicho menor.

La merma del derecho de defensa que, en principio, genera el desconocimiento de la identidad de quien realiza declaraciones inculpativas contra el acusado resulta innegable, en la medida en que impide que la defensa de éste pueda conocer circunstancias personales del declarante que pudieran servir para poner en duda su credibilidad subjetiva o la veracidad objetiva de lo que declara.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 20 de noviembre de 1.989 (*caso Kostovski*) destacó los peligros que encierra el anonimato de un testigo de cargo, al llevar consigo un desconocimiento de datos relevantes en orden a valorar su credibilidad, lo que supone una limitación del derecho de defensa incompatible con las garantías dimanantes del artículo 6.3.d) en relación con el artículo 6.1. del Convenio Europeo de Derechos Humanos, señalándose en la indicada resolución que *“si la defensa desconoce la identidad de la persona a la que intenta interrogar, puede verse privada de datos que precisamente le permitan probar que es parcial, hostil o indigna de crédito. Un testimonio, o cualquier otra declaración contra un inculpado, pueden muy bien ser falsos o deberse a un mero error, y la defensa difícilmente podrá demostrarlo si no tiene las informaciones que le permitan fiscalizar la credibilidad del autor o ponerla en duda. Los peligros inherentes a tal situación son evidentes”*.

Por otra parte, de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 26 de marzo de 1.996 (*caso Doorson*) cabe extraer la regla de que cuando sea necesaria la preservación del anonimato del testigo, su declaración no debe ser la única o decisiva prueba para fundamentar una sentencia condenatoria, pues el anonimato constituye siempre un obstáculo a las posibilidades de la defensa, por lo que, como contrapartida,

Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación de Menores 430/2016

la convicción del Tribunal sobre la culpabilidad del acusado no debe estar basada, exclusivamente o de forma decisiva, en la declaración del testigo anónimo.

Mantener en secreto la identidad de un testigo o de un imputado supone restringir, de forma relevante, el derecho de defensa del encausado. Por ello la Fiscalía de Menores no puede, por sí sola, otorgar a ningún testigo ni coimputado la protección que brinda la Ley Orgánica 19/1994, de 23 de diciembre, de protección a testigos y peritos en causas criminales, si esa protección lleva consigo la ocultación de identidad del protegido, pues ello implica, por sí mismo, un menoscabo del derecho de defensa, en atención a la Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que hemos dejado citada, que constituye un derecho fundamental de índole procesal o procedimental contemplado en el artículo 24 de la Constitución.

Por tanto, la Fiscalía de Menores no podía acordar dicha protección, como hizo por medio de Decreto de 3 de julio de 2.015 (f. 914; Tomo IV) y bajo el pretendido amparo de la Instrucción de la Fiscalía General del Estado 10/2005, por impedirlo el artículo 23.3. de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, que establece que el Ministerio Fiscal no podrá practicar por sí mismo diligencias restrictivas de derechos fundamentales, sino que habrá de solicitar del Juzgado de Menores la práctica de las que sean precisas para el buen fin de las investigaciones, añadiendo el precepto que el Juez de Menores ha de resolver sobre tal petición por medio de Auto motivado. Y lo mismo cabe extraer del artículo 26.3. del mismo cuerpo legal.

Es decir, si la Fiscalía de Menores entiende que debe otorgarse a alguna persona la protección prevista en la Ley 19/1994 y en la medida en que ello entrañe la ocultación de la identidad de quien ha de prestar declaración en el proceso, ha de dirigir la correspondiente solicitud al Juzgado de Menores, que será quien tendrá que decidir, en resolución motivada, la procedencia o improcedencia de otorgar dicha protección.

La protección prestada en el presente proceso al “coimputado protegido” se mantuvo, pues, al margen de tales determinaciones durante la fase de instrucción desarrollada ante la Fiscalía de Menores y no alcanzó cobertura judicial hasta que, por medio de Auto de de 8 de octubre de 2.015 (f. 982 y 983; Tomo IV), el Juzgado de Menores nº 4 de Madrid acordó mantener la protección al “coimputado protegido” de la que había gozado durante la fase de instrucción.

La protección del “coimputado” se mantuvo, pues, durante la declaración que prestó en la audiencia celebrada ante el Juzgado de Menores.

2.3. Inexistencia de indefensión material

Todo este devenir procesal podría haber dado lugar a la nulidad de las declaraciones prestadas en la causa por el coimputado protegido, por vulneración del derecho de defensa, si se hubiese generado una situación de indefensión material para el menor ahora apelante; pero no es así.

En efecto, ninguna indefensión material puede entenderse producida, desde el momento en que la defensa del menor ahora apelante ni recurrió el Auto del Juzgado de Menores que acordaba mantener las medidas de protección, tal como permite el artículo 4.2. de la Ley Orgánica 19/1994, ni ha solicitado, en ningún momento, conocer la identidad del protegido, como pudo haber hecho en atención a lo dispuesto en el artículo 4.3. del mismo cuerpo legal.

Es más, en el informe final que la Letrada del ahora apelante realizó en la audiencia celebrada en la primera instancia manifestó, expresamente, que no había pedido conocer la identidad del “testigo protegido G303” porque entendía que era una prueba nula y que, además, se descalificaba por sí misma al analizar las contradicciones que, según ella, se apreciaban en sus declaraciones, así como por la forma en la que había sido traído al proceso.

Finalmente, en el propio escrito de interposición del recurso de apelación se viene a reconocer el voluntario mantenimiento en la ignorancia de la identidad del protegido, al afirmarse expresamente que ni se impugnó ni se quiso impugnar la decisión de protección adoptada. Y se añade más adelante, en el mismo escrito, que *“Esta defensa nunca solicitó conocer la identidad del testigo protegido, toda vez que – siendo imputado- todo lo que dijera era completamente irrelevante en principio; desde el punto y hora en que esta persona es irresponsable por sus declaraciones (y no se le puede pedir cuentas ni imputar por falso testimonio), conocer su identidad no aportaba nada a la defensa” (“sic”).*

En la vista del recurso expresamente se rechazó la posibilidad de repetir el juicio y contar así con una nueva posibilidad de interrogar al “coimputado” conociendo su identidad.

Es decir, la defensa del menor pudo haber solicitado conocer la identidad del “coimputado protegido”, en atención a lo dispuesto en el artículo 4.3. de la Ley Orgánica 19/1994, teniendo en cuenta que era precisamente esa Ley la que el Juzgado de Menores estaba aplicando en orden a ocultar su identidad, sin que así lo hiciese. De

haberlo hecho, habría conocido su identidad o, al menos, hubiese obligado al Juzgado de Menores a motivar una hipotética denegación; y tal decisión denegatoria sí habría podido fundamentar una petición de nulidad de actuaciones sobre la base de la existencia de una situación material de indefensión.

Si a todo ello se une que la defensa del menor ahora recurrente tuvo la oportunidad de interrogar e interrogó al “coimputado protegido” en la audiencia celebrada en la primera instancia, ha de concluirse que, como antes adelantábamos, ninguna indefensión material puede entenderse producida.

Procede rechazar, por todo lo expuesto, la pretensión de nulidad de la declaración del “coimputado protegido” que se formula en el recurso.

TERCERO. Sobre la pretensión de nulidad del acceso a los mensajes de “Whatsapp” existentes en el teléfono del menor

Fundamenta tal pretensión la parte apelante en el hecho de que el acceso a esos mensajes fuese acordado por el Juzgado de Instrucción en la causa de mayores y no por el Juzgado de Menores en la presente causa, por entender que era este último el único competente para adoptar tal medida.

El análisis de esta pretensión exige dejar constancia previa de determinados hitos procesales, para proceder posteriormente a determinar su relevancia en orden a valorar si ha de prosperar o no dicha pretensión.

3.1. Hitos procesales

a) Las Diligencias Previas nº 6525/2014 del Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid (causa de mayores) fueron incoadas el mismo día en que se produjeron los hechos, esto es, el 30 de noviembre de 2014.

b) Por Auto de 1 de diciembre de 2014, el Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid declaró el secreto de la causa de mayores, que fue levantado por medio de Auto del mismo Juzgado de 16 de enero de 2015.

c) Por medio de oficio de 16 de diciembre de 2014 (f. 2 al 82; Tomo I), la policía comunicó a la Fiscalía de Menores que, en el marco de una operación policial, se Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación de Menores 430/2016

había procedido a la detención, en esa misma fecha, de varias personas -entre las que se encontraban los tres menores aquí expedientados- por su supuesta implicación en la riña entre aficiones futbolísticas en cuyo transcurso se produjo el fallecimiento de uno de los aficionados del Deportivo de la Coruña, Francisco Javier Romero Taboada, indicando que por tales hechos ya se seguían las Diligencias Previas nº 6525/2014 del Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid y que habían sido declaradas secretas.

d) En base al oficio policial antes referido, la Fiscalía de Menores nº 8 de Madrid procedió a incoar, el mismo día 16 de diciembre de 2.014, su expediente de reforma nº 1886/2014, en relación con los tres menores, por un presunto delito de riña tumultuaria del artículo 154 del Código Penal, imputando, además, al ahora apelante, A.C.G., un delito de tenencia de arma prohibida del artículo 563 del Código Penal, acordando, entre otras diligencias, que se reclamase testimonio de la causa de mayores (f. 356 y 357; Tomo II), contestando el Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid a dicha petición por medio de oficio de 5 de enero de 2.015, en el que se indicaba que una vez que se dispusiera de la correspondiente copia de la causa, dado el volumen de la misma, se procedería a su remisión a la Fiscalía de Menores.

e) La Fiscalía de Menores procedió también a solicitar del Juzgado de Menores de Guardia, en fecha 16 de diciembre de 2.014, la declaración de secreto del expediente (f. 359 y 360; Tomo II), que fue acordada, por el plazo de un mes, por Auto del Juzgado de Menores nº 3 de Madrid de 17 de diciembre de 2.014 (f. 86 y 87; Tomo I), quedando levantado el secreto el día 17 de enero de 2.015, al no haberse procedido a su prórroga (f. 406 al 409; Tomo II).

f) El expediente judicial de reforma fue incoado por el Juzgado de Menores nº 4 de Madrid, con el número 319/2014, por medio de Auto de 19 de diciembre de 2.014 (f. 99 y 100; Tomo I), en base al parte de incoación de 16 de diciembre de 2.014 (f. 1; Tomo I) que le fue remitido por la Fiscalía de Menores.

g) Por medio de oficio de 17 de diciembre de 2.014, la policía solicitó, en la causa de mayores, autorización para proceder al clonado de los teléfonos móviles pertenecientes a treinta y una de las treinta y siete personas que habían sido detenidas en

el día anterior, entre ellas los tres menores aquí expedientados, incluyendo en esa petición de autorización los teléfonos de estos últimos (f. 758 al 766; Tomo III).

h) Por medio de Auto de 17 de diciembre de 2.014, dictado en la causa de mayores, se acordó el clonado de todos esos teléfonos, incluidos los de los tres menores, así como el análisis y visionado de las agendas, mensajes de SMS, conversaciones de “Whatsapp” y archivos internos de imagen, incluidos vídeos, que pudieran existir en esos teléfonos móviles.

i) Por medio de oficio de 28 de abril de 2.015 (f. 441; Tomo III), la policía informó a la Fiscalía de Menores de que el Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid había autorizado el estudio y análisis de los teléfonos móviles ocupados a determinados detenidos en el momento de su detención, incluidos los teléfonos de los tres menores expedientados, adjuntando a dicho oficio el resultado de ese estudio y análisis en lo que se refería a estos últimos (f. 442 al 701; Tomo III).

j) A la vista de la información referida en el precedente apartado, la Fiscalía de Menores dictó Decreto de 29 de abril de 2.015 (f. 438 del Tomo II y f. 440 del Tomo III) en el que acordaba reclamar del Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid la urgente remisión del testimonio de la causa de mayores que ya había solicitado en fecha 16 de diciembre de 2.014 y que aún no le había sido remitido.

k) Por medio de oficio de 30 de abril de 2.015, el Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid remitió a la Fiscalía de Menores un CD conteniendo copia digitalizada de los quince tomos que en ese momento tenía la causa de mayores, habiendo tenido entrada dicho oficio y CD en la Fiscalía en fecha 6 de mayo de 2.015 (f. 707; Tomo III).

l) Por medio de Decreto de 20 de mayo de 2.015 (f. 710; Tomo III), la Fiscalía de Menores acordó reclamar del Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid diligencia del Secretario por la que se testimoniase que el contenido del CD remitido se correspondía bien y fielmente con los originales de los quince tomos de la causa de mayores, así como se remitiese testimonio específico del oficio policial por el que se solicitaba la autorización para el análisis de los teléfonos y de los Autos acordándolo, siendo remitida tal diligencia y testimonios por medio de oficio de 20 de mayo de 2.015

suscrito por el Secretario del Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid (f. 757 al 774; Tomo III).

3.2. Relevancia de la crónica procesal expuesta en orden a la determinación de la validez o nulidad del acceso a los mensajes de “Whatsapp” del menor.

Partiendo de los hitos procesales que hemos dejado expuestos en el precedente apartado, lo primero que debemos destacar es que el Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid carecía de competencia para acordar el clonado de los teléfonos móviles de los tres menores expedientados y el análisis y visionado de las conversaciones de “Whatsapp” en ellos registradas, como hizo por medio de Auto de 17 de diciembre de 2.014 en el que también acordaba la misma diligencias respecto de otras veintiocho personas mayores de edad, por las razones que se van a exponer a continuación. No obstante, teniendo en cuenta que el único menor apelante ha sido A.C.G. nos referiremos exclusivamente a él en lo sucesivo, pues las conclusiones que puedan extraerse no afectarían a los otros dos menores no recurrentes, en la medida en que ninguno de ellos ha sido acusado finalmente de homicidio y que reconocieron sus respectivas intervenciones en los otros delitos por los que fueron condenados, habiéndose aquietado a las condenas que les han sido impuestas.

Por tanto, ciñéndonos exclusivamente al menor A.C.G., hemos de señalar que la diligencia de clonado y análisis del teléfono móvil del referido menor, acordada por el Juzgado de Instrucción, que implicaba el conocimiento del contenido de conversaciones de “Whatsapp” que habían tenido lugar en un proceso de comunicación ya finalizado entre el menor y terceros y que se encontraban registradas en su terminal telefónico, es indudable que afectaba al derecho a la intimidad contemplado en el artículo 18.1. de la Constitución (SSTC nº 70/2002, FJ 9) y que el órgano competente para acordarla no era otro que el Juzgado de Menores, a solicitud del Ministerio Fiscal, en atención a lo dispuesto en los artículos 16.1., 23.3. y 26.3. de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores.

De ello se sigue que el Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid, que tuvo conocimiento, desde el primer momento, de que entre los teléfonos cuyo clonado y análisis era solicitado por la policía se encontraba el de un menor de edad, debió denegar la autorización solicitada respecto de este último y deducir testimonio, en su caso, para su remisión a la Fiscalía de Menores, a fin de que esta última pudiera solicitar Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelacion de Menores 430/2016

del Juzgado de Menores, si lo estimaba procedente, la práctica de esa diligencia respecto del teléfono del menor, máxime teniendo en cuenta que cuando el Juzgado de Instrucción acordó la adopción de la citada diligencia (17-12-2014) ya se había iniciado la instrucción en la Fiscalía de Menores (16-12-2014).

Lo que se acaba de afirmar no entra en colisión con lo dispuesto en el artículo 16.5. de la Ley Orgánica 5/2000, pues este último precepto lo que indica es que cuando los hechos delictivos hubiesen sido cometidos conjuntamente por mayores y menores de edad, el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa de mayores, tan pronto como compruebe la edad de los imputados, ha de adoptar las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora “respecto de los mayores de edad” y ha de ordenar remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal para que éste proceda a incoar el correspondiente expediente de reforma, si lo estima procedente, y practique las diligencias de instrucción que estime oportunas. Es decir, el precepto no autoriza el proceder que ha seguido el Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid respecto del investigado menor de edad, máxime cuando en el Auto por el que se acuerda el clonado y acceso a las conversaciones de “Whatsapp” registradas en el teléfono móvil del menor nada se razona sobre la necesidad de adoptar esa medida también respecto de este último para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad.

Lo expuesto determina la nulidad de la diligencia acordada por el Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid respecto del menor A.C.G., en atención a lo dispuesto en el artículo 238.1º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, que señala que los actos procesales son nulos de pleno derecho cuando se produzcan por o ante un Tribunal con falta de jurisdicción o de competencia objetiva o funcional.

A lo expuesto debe agregarse que la actuación del Juzgado de Instrucción, al acordar dicha diligencia, ha situado en manifiesta indefensión al menor de edad, teniendo en cuenta, de un lado, que el clonado y posterior acceso a sus mensajes de “Whatsapp” ha tenido lugar en una causa –la de mayores- en la que ni siquiera había llegado a ser parte y en la que se produjo ese volcado y acceso sin darle siquiera la oportunidad de intervenir o participar en tal diligencia. Y no constituye justificación de tal conducta procesal el hecho de que la causa hubiese sido declarada secreta, si se repara en que la intervención en ese volcado y acceso viene a garantizar el derecho de defensa, al igual que la presencia en un registro, sin que a nadie se le ocurra realizar un

registro de vivienda de un imputado de forma subrepticia y sin contar con la presencia de éste, bajo el argumento de que la causa ha sido declarada secreta.

A lo expuesto debe agregarse que el hecho de que se había acordado y practicado esa diligencia por el Juzgado de Instrucción ni siquiera fue conocido por la Fiscalía de Menores hasta que, por medio de oficio de 28 de abril de 2.015 –más de cuatro meses después de haber sido acordada-, la policía informó a esta última de que el Juzgado de Instrucción nº 20 de Madrid había autorizado el estudio y análisis del teléfono intervenido al menor cuando fue detenido el día 16 de diciembre de 2.014.

De lo expuesto se sigue que el menor no ha podido intervenir en la indicada diligencia, practicada sobre su teléfono móvil y acordada por un Juez que funcionalmente no tenía competencia para acordarla, y que sólo ha podido acceder a su resultado meses más tarde, lo que constituye un motivo adicional para declarar su nulidad, en atención a lo dispuesto en el artículo 238.3º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, por vulneración del derecho de defensa que al menor viene reconocido en el artículo 24 de la Constitución.

3.3. Inexistencia de vulneración de derechos fundamentales sustantivos

Ahora bien, la citada nulidad no se produce, como resulta de lo ya expuesto, por vulneración de derechos fundamentales sustantivos.

En este sentido, pese a que el Juzgado de Instrucción carecía de competencia para acordar el clonado y acceso al contenido del teléfono móvil del menor, la entidad de esa infracción procesal no alcanza a generar una vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley (art. 24 CE), pues ello sólo acontece, de conformidad con una reiterada jurisprudencia del Tribunal Constitucional, cuando el órgano judicial que asume la competencia lo hace de un modo fraudulento y con una consciente manipulación normativa, lo que no puede entenderse que haya ocurrido en el supuesto que nos ocupa, en el que lo máximo que cabría apreciar sería una actuación errónea o negligente del Juzgado de Instrucción al acordar el clonado y acceso al teléfono del menor.

En este sentido, en la Sentencia nº 35/2000, de 14 de febrero, el Tribunal Constitucional asimila la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley a la “*ruptura deliberada del esquema competencial por capricho o conveniencia ajenos a su estricta dimensión jurídica, en función de circunstancias de hecho*”, Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación de Menores 430/2016

añadiendo que el referido derecho *“puede quedar en entredicho cuando un asunto se sustraiga indebida e injustificadamente al que la ley lo atribuye para su conocimiento, manipulando el texto de las reglas de distribución de competencias con manifiesta arbitrariedad”*.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 191/2011, de 12 de diciembre, exige, para que pueda apreciarse la vulneración del derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, que la interpretación normativa que conduzca a la asunción de la competencia *“suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias”*.

Tampoco puede entenderse que se haya producido una vulneración del derecho a la intimidad del menor, contemplado en el artículo 18.1. de la Constitución, por el solo hecho de que la diligencia de clonado y acceso a las conversaciones registradas en su teléfono móvil haya sido acordada por el Juez de Instrucción y no por el Juzgado de Menores, pues, en cualquier caso, viene autorizada judicialmente y el Auto en que así se acuerda motiva suficientemente la adopción de la medida respecto de los teléfonos intervenidos a los detenidos, entre los que se incluía el del menor, al señalar que la diligencia viene justificada en atención a la gravedad del delito por el que se procedió a la incoación de la causa, considerándola idónea, necesaria y útil en orden al esclarecimiento de hechos tan graves, añadiendo que, en base a todo ello, se encuentra justificada y resulta proporcionada, en el caso concreto, la restricción del derecho fundamental, en atención al interés constitucional en la persecución del delito investigado.

Debe destacarse también que la autorización judicial fue concedida por el Juzgado de Instrucción en el marco de la investigación de los mismos hechos delictivos que eran objeto del expediente incoado en la Fiscalía de Menores, de tal manera que se trata de un supuesto de jurisdicciones concurrentes, en los que en ocasiones se producen involuntarios solapamientos en el ámbito de las respectivas investigaciones, que si bien pueden dar lugar a infracciones normativas en el ámbito de la legalidad ordinaria no llegan a alcanzar, como aquí ocurre, relevancia constitucional, teniendo en cuenta la existencia de la correspondiente autorización judicial justificadora de la injerencia y la concreta finalidad perseguida por la misma.

3.4. Posibilidad de tomar en consideración, a efectos probatorios, los mensajes de “Whatsapp” extraídos del teléfono del menor

Las importantes irregularidades que se han producido y que ya hemos dejado señaladas no tienen, en este caso, la trascendencia que la parte apelante les otorga, pues la declaración de nulidad de la diligencia cuestionada, que no tiene en su base la vulneración de ningún derecho fundamental sustantivo (STC nº 81/1998), no impide que puedan valorarse los mensajes de “Whatsapp” extraídos del teléfono del menor, teniendo en cuenta que este último, cuando fue interrogado en el acto de la audiencia, vino a reconocer haber enviado buena parte de esos mensajes, incluidos los de contenido más comprometedor. A ese dato fundamental han de añadirse algunas consideraciones sobre otras pruebas que también se practicaron en dicho acto.

Así, debemos señalar, en primer lugar, que el policía nacional nº 80.234 manifestó en la audiencia haber sido quien realizó, en la causa de mayores, el informe pericial sobre el clonado de los teléfonos intervenidos, habiendo procedido a extraer toda la información contenida en los terminales, añadiendo que una vez que extrajo dicha información la remitió a la Unidad Policial Investigadora, que fue la que hizo, a su vez, el análisis y estudio de la información extraída.

Es de destacar que, tras la declaración del perito, el Ministerio Fiscal manifestó que consideraba innecesario que se procediera a un nuevo clonado de teléfonos móviles en ese momento, dado que entendía que las defensas no impugnaban el clonado ya efectuado, sin que ninguna de las demás partes realizase objeción alguna a lo manifestado por el Ministerio Fiscal.

En definitiva, esa declaración viene a advenir que los mensajes de “Whatsapp” obrantes en la causa como correspondientes al teléfono móvil del menor fueron extraídos realmente de dicho teléfono.

Por otra parte, hemos de reiterar, por la importancia de este dato, que el menor A.C.G. fue interrogado en la audiencia sobre el contenido de esos mensajes y que vino a reconocer en sus contestaciones, de forma expresa o implícita, haber enviado al menos parte de ellos, con lo que viene a advenirse, también por esta vía, la realidad de los mensajes y de sus contenidos, así como que el referido menor fue el autor de los mismos.

En este sentido, puede comprobarse en la grabación de la audiencia que al menor le fueron leídos buena parte de los mensajes de “Whatsapp” extraídos de su teléfono móvil y que mantuvo una actitud ambigua o equívoca en sus contestaciones: manifestó que no recordaba haber escrito determinados mensajes; que pudiera haber escrito y enviado otros; y que sí reconocía haber enviado otros tantos.

Es de destacar también que cuando al menor se le leyó el mensaje en el que se manifestaba “*sin porra me he quedado, le he pegado un pqlizon a uno*” (“sic”), obrante al folio 648 del Tomo III, manifestó, en un primer momento, con total rotundidad, que sí recordaba haberlo escrito, explicando, a continuación, que en ese momento acababa de finalizar la pelea y que la gente que había intervenido en ella estaba contando sus “hazañas” (“sic”) y que él en ese momento tuvo la “desgraciada idea” (“sic”) de intentar envalentonarse contando cosas que realmente no habían ocurrido, aunque añadió, al final de esa explicación, que no recordaba haber escrito los mensajes, entrando así en abierta contradicción con lo que acababa de manifestar.

En definitiva, por todo lo expuesto, es plena convicción de este Tribunal que los mensajes de “Whatsapp” obrantes en la causa como extraídos del teléfono del menor fueron realmente redactados y remitidos por éste, no existiendo obstáculo alguno a que puedan ser objeto de valoración junto con las restantes pruebas practicadas.

CUARTO. Valoración de las pruebas en las que se ha fundamentado la condena del menor: declaración del “coimputado protegido” y posibles elementos de corroboración

Ya hemos dejado dicho que la valoración que ha de realizarse de la declaración del denominado “testigo protegido G303” ha de ser la que es propia de las declaraciones de los coimputados, por lo que parece conveniente realizar algunas consideraciones previas en relación con los criterios jurisprudenciales que se vienen manejando al respecto.

4.1. Consideración jurisprudencial de las declaraciones de coimputados

La Jurisprudencia del Tribunal Constitucional y la del Tribunal Supremo han venido estableciendo una serie de requisitos o condiciones sin cuya presencia la declaración del coimputado no puede constituir prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia del acusado.

Constituye resolución de necesaria referencia la Sentencia del Tribunal Constitucional nº 153/1997, de 29 de septiembre, en la que se señala que cuando la única prueba de cargo consiste en la declaración de un coimputado es preciso recordar la doctrina del propio Tribunal, que indica que el acusado, a diferencia del testigo, no

Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación de Menores 430/2016

sólo no tiene obligación de decir la verdad, sino que *“puede callar total o parcialmente o incluso mentir”*, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, reconocidos en el artículo 24.2. de la Constitución, y que son garantías instrumentales del más amplio derecho de defensa, añadiendo que *“la declaración inculpativa del coimputado carece de consistencia plena como prueba de cargo cuando siendo única, como aquí ocurre, no resulta mínimamente corroborada por otras pruebas”*.

En el mismo sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional número 111/2011, de 4 de julio, viene a señalar que la declaración del coimputado carece de aptitud para destruir la presunción de inocencia cuando, siendo prueba única, no está mínimamente corroborada por algún hecho, dato o circunstancia externa, dado que el imputado, a diferencia del testigo, no tiene la obligación de decir la verdad, sino que, por el contrario, le asiste el derecho a guardar silencio total o parcialmente y no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, añadiendo, además, que esa mínima corroboración ha de recaer, precisamente, sobre la participación del acusado en los hechos punibles que el órgano judicial hubiera considerado probados.

En esta última Sentencia se recuerda también que en la doctrina del propio Tribunal se ha venido considerando la declaración de un coimputado en la causa como *“una prueba sospechosa”*, que despierta una *“desconfianza intrínseca”*, por lo que para que tal declaración alcance virtualidad probatoria resulta exigible un plus probatorio, consistente en una corroboración mínima de la misma.

Esta doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional ha venido siendo recogida por el Tribunal Supremo en múltiples Sentencias, de las que son exponente, entre otras, las de 1 de abril de 2.013 (STS nº 326/2013), 12 de marzo de 2.014 (STS nº 219/2014), 27 de noviembre de 2.014 (STS nº 831/2014), 9 de septiembre de 2.015 (STS nº 513/2015), 19 de mayo de 2.016 (STS nº 426/2016) y 1 de junio de 2.016 (STS nº 472/2016).

En concreto, en la Sentencia de 9 de septiembre de 2.015 (STS nº 513/2015), recuerda el Alto Tribunal que la declaración del coimputado no llega a alcanzar siquiera el estatus de prueba de cargo apta para desvirtuar la presunción de inocencia si no cuenta con algún elemento corroborador, externo al contenido de la propia declaración, en lo que se refiere a la intervención del acusado en el concreto hecho por el que es acusado, al señalar, textualmente, lo siguiente:

“Como es bien sabido (STS 881/2012, de 28 de septiembre entre muchas otras), el Tribunal Constitucional ha introducido unas ciertas reglas valorativas respecto de las declaraciones de co-imputados. Sin la observancia de esos estándares o elementos complementarios la declaración del coimputado sería "insuficiente" en abstracto (más allá de las circunstancias del supuesto concreto) para desmontar la presunción de inocencia. No "inutilizable" o "inválida" o "ilegítima", sino "insuficiente". La valoración de las declaraciones de coimputados no constituye exclusivamente un problema de fiabilidad en concreto. Reclama reglas de valoración abstractas que excluyen su capacidad para fundar en determinadas condiciones una condena. En la constatación de que estamos ante una prueba peculiar que genera ab initio una cierta desconfianza radica el sustrato de esa singularidad. Respecto de esta prueba no bastan las normas generales de las demás: que sea lícita, que se practique bajo el principio de contradicción, que esté racionalmente valorada y motivada... Hace falta un plus: unas condiciones externas, verificables desde fuera, más allá de que el proceso racional por el que un Tribunal llega a conferirles credibilidad esté fuertemente asentado y sea convincente. Si pese a ello fallan esas garantías externas y, en lo que aquí interesa, la corroboración, habrá de declararse contraria a la presunción de inocencia la condena fundada en ese elemento de convicción. No basta la racionalidad y consistencia de la motivación. Es necesario un añadido que viene constituido por unos criterios de valoración interna (test de fiabilidad); y por la necesidad de un complemento (corroboración externa).

En el primer plano (test de fiabilidad) se mueven unos cánones paralelos a los elaborados para las declaraciones de la víctima, aunque en este caso suponen algo más que simples orientaciones. Necesariamente han de ser tomados en consideración. Entre ellos se encuentra el análisis de posibles motivaciones espurias, lo que se planteará en recursos posteriores.

Se configura, en cambio, como requisito sine qua non del valor probatorio de la declaración del coimputado la concurrencia de una corroboración externa.”.

Por otra parte en la Sentencia del Tribunal Supremo de 19 de mayo de 2016 (STS nº 426/2016) se recuerda, en lo que se refiere a la naturaleza externa que ha de tener el elemento corroborador y a la necesidad de que la corroboración vaya referida, precisamente, a la participación o intervención en el concreto delito que es objeto de acusación, lo siguiente:

“Igualmente hemos afirmado que los diferentes elementos de credibilidad objetiva de la declaración -como pueden ser la inexistencia de animadversión, el mantenimiento o no de su declaración o su coherencia interna- carecen de relevancia como factores de corroboración, siendo necesario que existan datos externos a la versión del coimputado que la corroboren, no en cualquier punto, sino en relación con la participación del recurrente en los hechos punibles que el órgano judicial considera probados.”

Finalmente, en la última de las Sentencias antes citadas, esto es, la muy reciente Sentencia de 1 de junio de 2016, el Tribunal Supremo, tras destacar la especial cautela que debe presidir la valoración de la declaración del coimputado a causa de la posición que éste ocupa en el proceso, sintetiza la doctrina consolidada del Tribunal Constitucional en esta materia señalando que los rasgos que la definen son los siguientes: a) es prueba legítima desde la perspectiva constitucional; b) es prueba insuficiente y no constituye por sí misma actividad probatoria de cargo mínima para enervar la presunción de inocencia; c) su actitud como prueba de cargo mínima se adquiere a partir de que su contenido quede mínimamente corroborado; d) se considera corroboración mínima la existencia de hechos, datos o circunstancias que avalen de manera genérica la veracidad de la declaración; y e) la valoración de la existencia de corroboración mínima ha de realizarse caso por caso.

4.2. Valoración en el presente caso de las declaraciones del “coimputado protegido”

Consideramos que, en el supuesto que nos ocupa, la declaración inculpativa que el “coimputado protegido” prestó en la audiencia celebrada en la primera instancia, sobre la que el Juzgado de Menores ha fundamentado la condena del menor ahora recurrente, no constituye prueba de cargo suficiente para enervar la presunción de inocencia, pues, de un lado, existen suficientes razones, subjetivas y objetivas, para dudar seriamente de la veracidad de dicho relato, y, de otro lado, no puede entenderse que cuente con elementos objetivos y externos de corroboración en lo que se refiere a la intervención directa del menor A.C.G. en la agresión sufrida por Francisco Javier Romero Taboada, que causó la muerte de éste.

Analizaremos, a continuación, esos dos aspectos por separado.

4.2.A. Razones para dudar de la veracidad de lo declarado por el “coimputado protegido”

Ya hemos visto que la Jurisprudencia califica esta prueba como “sospechosa”, añadiendo que genera una “desconfianza intrínseca”, de la que ha de partirse en su valoración.

Esa inicial desconfianza no ha podido ser despejada, en el supuesto que nos ocupa, sino que ha de entenderse reforzada a la vista de las circunstancias concurrentes, a las que después aludiremos. Pero parece conveniente exponer, previamente, los hitos procedimentales que se han ido sucediendo en la causa de mayores y en la de menores hasta la aparición del “coimputado protegido”, describiendo también las circunstancias en que tuvo lugar su declaración policial, para exponer a continuación las razones que apoyan la desconfianza en sus declaraciones.

1º) Circunstancias en que se produce la aparición en la causa del “coimputado protegido”

Las circunstancias en las que se produjo la aparición en la causa del “coimputado protegido” no son las más idóneas en orden a otorgarle credibilidad.

En efecto, el examen de la causa de mayores permite constatar que existió un error policial a la hora de explicar la secuencia de los hechos que cabe apreciar en el vídeo de Ismael A., toda vez que inicialmente la policía indicó que era Jimmy la primera persona que se ve caer al río en el referido vídeo, cuando en realidad era la segunda persona que se ve caer, lo que llevó inicialmente a imputar el homicidio de Jimmy a cuatro personas (a las que identificaremos en lo sucesivo como Z, I, S y F) que, según la policía, formarían parte de un grupo de aficionados del Atlético de Madrid que habrían agredido y arrojado al río a esa primera persona a la que la policía confundió con Jimmy.

La existencia de ese error policial se evidencia de la siguiente documentación de la causa de mayores: a) oficio policial de 4 de diciembre de 2.014 (f. 586-592 del Tomo III); b) oficio policial de 15 de diciembre de 2.014 (f. 673-687 del Tomo III); c) atestado nº 5002/14 de 3 de diciembre de 2.014 (f. 780 al 1015 del Tomo IV y f. 1018 al 1029 del Tomo V; con especial referencia a los f. 789 al 791 del Tomo IV, f. 1123 al 1129 y 1206 al 1208 del Tomo V); d) oficio de 4 de diciembre de 2.014 (f. 1213 al 1219 del Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelacion de Menores 430/2016

Tomo V); y e) atestado nº 5308/14 de 21 de diciembre de 2.014 (f. 2328 al 2386 del Tomo IX, con especial referencia a los folios 2364 al 2386).

Como consecuencia de ese error se detuvo a las cuatro personas indicadas por la policía como presuntos autores de la muerte de Jimmy (Z, I, S y F) y se acordó su ingreso en prisión provisional en el mes de diciembre de 2.014.

Posteriormente, salió a la luz el error policial antes citado, como consecuencia de determinadas declaraciones testificales prestadas en la causa de mayores el día 21 de mayo de 2.015 (f. 4469 y ss. del Tomo XVI), comprobándose que la primera persona que cayó al río no era Jimmy, sino otro aficionado del Deportivo de la Coruña que también fue agredido por aficionados del Atlético de Madrid pero que no falleció. Ello dio lugar a que el Juzgado de Instrucción dictase Auto de 21 de mayo de 2.015 por el que se acordaba la libertad de las cuatro personas inicialmente imputadas, que fue confirmado por medio Auto de 22 de octubre de 2.015 de la Sección 6ª de esta Audiencia Provincial de Madrid (Tomo XVIII, sin foliar).

Tras la puesta en libertad de las cuatro personas inicialmente imputadas por homicidio en la causa de mayores, la policía continuó las investigaciones y elaboró dos nuevos atestados de fecha 15 de junio de 2.015: atestado nº 2862/15 (f. 4928 al 4971 del Tomo XVII) y atestado nº 2863/15 (f. 5068 al 5113 del Tomo XVII).

En el primero de esos dos atestados –el nº 2862/15-, cuyo original obra a los folios 782 al 823 del Tomo III de la causa de menores, la policía procede a imputar a dos de los menores expedientados, I.D.C.C. y A.C.G. -este último aquí apelante- un delito de homicidio por la muerte de Jimmy, apoyándose exclusivamente para ello en el contenido de los mensajes de “Whatsapp” que habían sido obtenidos de los teléfonos móviles de los dos menores y cuyas transcripciones ya obraban en la causa de menores desde el día 28 de abril de 2.015 (f. 441 y siguientes del Tomo III).

En el segundo de esos dos atestados –el nº 2863/15-, la policía manifiesta que tras haberse realizado un nuevo estudio del vídeo de Ismael A., se podía apreciar que los individuos que agredieron a la primera persona que cayó al río y que no falleció eran, en efecto, los cuatro (Z, I, S y F) que habían permanecido en prisión como presuntos autores de la muerte Jimmy como consecuencia del error inicial de identificación de esa primera persona, añadiendo que también se desprendía del citado vídeo que al menos dos de ellos (I y Z) habían intervenido también en la agresión a Jimmy y que tampoco podía descartarse que también hubieran intervenido los otros dos (S y F) en esta última agresión.

Esta versión policial de los hechos, que se recoge en el atestado nº 2863/15, viene expuesta a los folios 5070 al 5079 del Tomo XVII de la causa de mayores, debiendo destacarse que, según tal versión, Z, I, S y F formaban parte del grupo de agresores de la primera persona que cayó al río y que, antes de esa caída, Z ya habría seguido avanzando a fin de agredir a otros aficionados del Deportivo de La Coruña, de tal manera que Z no habría intervenido en el hecho de arrojar al río a esa primera persona, como puede apreciarse de lo que la policía manifiesta al folio 5072 “in fine” e inicio del folio 5073 del Tomo XVII de la causa de mayores.

Cuando la Fiscalía de Menores recibió el atestado nº 2862/15, procedió a dictar Decreto de 17 de junio de 2.015 (f. 824 del Tomo III), en el que, entre otros extremos, acordaba ampliar el expediente de reforma contra los menores I.D.C.C. y A.C.G. por delito de homicidio, imputándoles haber agredido y posteriormente lanzado al río a Jimmy, causándole la muerte, comunicando tal ampliación al Juzgado de Menores, que dictó Auto de 23 de junio de 2.015 ampliando el expediente judicial de reforma a esa nueva imputación (f. 889 y 890; Tomo IV).

Posteriormente, la Fiscalía de Menores dictó Decreto de 19 de junio de 2.015 (f. 858 del Tomo III), en el que reclamaba a la policía la remisión del vídeo de Ismael A., al no constar dicho vídeo en el expediente de reforma, solicitando también el Ministerio Público que la policía informase si en las imágenes de ese vídeo se identificaba a alguno de los dos menores imputados por homicidio.

En respuesta a la petición de la Fiscalía de Menores, la policía remitió un oficio de 22 de junio de 2.015 en el que, además de adjuntar el vídeo de Ismael A., se informaba de que en él no se observaba a ninguno de los dos menores imputados por homicidio (f. 868; Tomo IV).

Es de destacar también que obra en la causa de mayores (f. 5089 al 5092 del Tomo XVII) un oficio de 19 de junio de 2.015 suscrito por dos especialistas de la “Unidad Central de Identificación” de la “Comisaría General de Policía Científica” en el que, en relación con el estudio fisonómico que les fue solicitado para la identificación en el vídeo de Ismael A. de las dos personas que cayeron al río, manifestaron que la deficiente calidad de las imágenes del referido vídeo, debido fundamentalmente a su baja resolución, impedía realizar los estudios fisonómicos y antropométricos solicitados, por lo que ha de concluirse que resulta imposible identificar a nadie en esas imágenes con un mínimo de seguridad o fiabilidad o, si se prefiere, que no existe garantía alguna de acierto en las identificaciones que pudieran realizarse a partir de esas imágenes.

Desde el mes de marzo de 2.015 obra unido a la causa de mayores el informe de la autopsia practicada a Francisco Javier Romero Taboada de 4 de marzo de 2.015 (f. 3307 al 3319; Tomo XII), en el que consta que sufrió politraumatismo con lesiones craneo-encefálicas y abdominales y que la causa inmediata del fallecimiento fue una hemorragia abdominal aguda severa por rotura traumática del bazo.

Dos funcionarios policiales presenciaron la práctica de la autopsia, como consta a los folios 1278 al 1281 del Tomo V de la causa de mayores.

Con estas circunstancias previas se elabora por la policía el atestado nº 3085/15 de 1 de julio de 2.015 (f. 894 al 913 del Tomo IV de la causa de menores), en el que se indica que en fechas recientes –que no se concretan- funcionarios de la Brigada Provincial de Información –a los que no se identifica- habían tenido conocimiento –sin que se indique a través de qué vía- de que una persona había sido testigo presencial de los hechos y que, arrepentido de su actuación –no se indica la causa de ese arrepentimiento-, manifestaba su voluntad de prestar declaración sobre las agresiones que decía haber presenciado, aunque con la salvedad de que sus datos de identidad no figurasen en la causa por miedo a las represalias de que pudiera ser objeto y que la declaración fuese recibida por funcionarios de policía distintos a los que estaban investigando los hechos –tampoco se indica la razón de esto último-.

Se indica que, ante ello, se dispuso que por funcionarios de la Brigada se concertase una cita para recibirle declaración como testigo en el procedimiento que se estaba investigando contra los menores de edad –obviamente en el procedimiento policial y no en el de la Fiscalía de Menores si eran funcionarios policiales los que iban a recibir esa declaración y no el Ministerio Fiscal-, añadiendo que por incompatibilidad procesal no podría hacerlo en la causa de mayores.

Además, se señala en el mismo atestado que el Instructor del mismo dispuso que se otorgase a dicha persona el número de identificación de “testigo protegido G303” para su toma de declaración en dependencias policiales.

A continuación, ese mismo día 1 de julio de 2.015, se recibe declaración a dicha persona en dependencias policiales, en calidad de “testigo protegido G303”, y se practica, en las mismas dependencias, un reconocimiento fotográfico policial, con el resultado de que el denominado “testigo protegido G303” –en realidad “coimputado protegido”- manifestase, en esencia, que vio a una distancia de cinco metros cómo Z, I, S y F golpeaban a un aficionado del Deportivo de La Coruña de gran complexión y lo tiraban al río, añadiendo que, a continuación, el grupo siguió avanzando para continuar

Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelacion de Menores 430/2016

peleándose con aficionados del equipo de fútbol referido, uniéndose al grupo otras dos personas: una a la que denominaremos D y otra que era el menor A.C.G.

Acto seguido –sigue diciendo el “coimputado protegido”- uno de los miembros del grupo, en concreto Z, habría golpeado en la cabeza con una defensa extensible de hierro a otro aficionado del Deportivo de la Coruña, de complexión muy delgada, que habría caído a plomo al suelo -lo que el “coimputado protegido” afirma haber visto también por estar tan solo a cinco metros-, añadiendo que una vez que ese aficionado estaba en el suelo, el menor A.C.G. procedió a golpearle en repetidas ocasiones con una defensa extensible, a la vez que le propinaba múltiples patadas en la zona abdominal, y que también D y F agredieron a ese aficionado que estaba en el suelo propinándole varias patadas en esa misma zona corporal.

Afirmó también el “coimputado protegido” ante la policía que F y D procedieron, a continuación, a tirar al aficionado de complexión delgada al río Manzanares, añadiendo que ese aficionado no era otro que Jimmy.

Finalmente, manifestó el “coimputado protegido” ante la policía que había decidido declarar porque había tenido conocimiento de que los presuntos responsables de la muerte de Jimmy habían quedado en libertad y que ello le había ocasionado un gran cargo de conciencia.

Es de destacar que la policía no puso en conocimiento de la Fiscalía de Menores la existencia del denominado “testigo protegido G303” hasta el día 2 de julio de 2.015 (f. 912 del Tomo IV) ni tampoco comunicó –al menos no costa- que se le fuese a tomar declaración en dependencias policiales.

2º) Desconfianza en la veracidad de lo declarado por el “coimputado protegido”

Las razones que apoyan la desconfianza que merecen las declaraciones realizadas por el “coimputado protegido” son las que a continuación se van a desglosar.

a) Condición de coimputado y posible móvil autoexculpatorio

Ya hemos dejado dicho anteriormente que el estatus procesal que ostenta el “coimputado protegido” en la presente causa no es el de “testigo”, sino el de “coimputado”, pues él mismo reconoce en la declaración que prestó en la audiencia que

está imputado en la causa de mayores y que tuvo intervención directa en la riña tumultuaria en cuyo transcurso produjo la muerte de Francisco Javier Romero Taboada, también conocido como “Jimmy”.

Es más, su propia declaración le sitúa no solo como uno de los integrantes del grupo de aficionados del Atlético de Madrid que se pelearon el día de los hechos con aficionados del Deportivo de La Coruña, sino como uno de los individuos que se encontraban muy próximos al lugar en el que Jimmy estaba siendo agredido. Y de ello se sigue que tampoco cabe excluir que su declaración tenga en su base un móvil autoexculpatorio, tendente a dejar constancia de que él no tuvo intervención alguna en la concreta agresión que condujo a la muerte de Jimmy, obteniendo así la ventaja procesal de evitar que alguien pudiera atribuirle, incluso de forma injustificada, algún tipo de participación en ella.

Es decir, la imputación en la causa de mayores del “coimputado protegido” mantiene abierta la hipotética posibilidad de que pudiera acabar imputándosele no solo la participación en la riña, sino también un delito de homicidio por la muerte de Jimmy, alejándose esa posibilidad desde el momento en que consiga situarse procesalmente, en virtud de sus propias declaraciones, como mero partícipe en la riña, pero no en aquella muerte.

b) Ausencia de un conocimiento preciso de la fecha, forma y circunstancias del primer contacto entre la policía y el “coimputado protegido”

La ausencia del conocimiento de esas circunstancias, de las que no se ofrecen datos precisos en el atestado policial, es altamente relevante, pues impide que pueda valorarse judicialmente el grado de espontaneidad del “coimputado protegido” a la hora hacer aparición en el proceso y el reflejo que ello pudiera tener en su credibilidad, máxime cuando ya venía ostentando la condición de coimputado en la causa de mayores, sin que tampoco conste que en fase de instrucción se haya intentado clarificar tan importante cuestión.

Debe destacarse que el “coimputado protegido” tampoco clarificó suficientemente en la audiencia las circunstancias y razones de su aparición en el proceso, pues se limitó a afirmar que contactó con la policía a través de un amigo suyo llamado Antonio y que también es policía, pero sin ofrecer dato adicional alguno, lo que da lugar a que resulte inverificable dicha afirmación.

c) Falta de justificación de la tardía aparición en el proceso del “coimputado protegido”

Por otra parte, debe señalarse que no apoya la credibilidad del “coimputado protegido” su tardía aparición en el proceso, máxime cuando ofrece una argumentación que no permite justificar esa demora.

En este sentido, afirma el “coimputado protegido” en su declaración policial que había decidido declarar porque había tenido conocimiento de que los presuntos responsables de la muerte de Jimmy habían quedado en libertad -obviamente refiriéndose al descubrimiento del error policial que dio lugar a que fuesen puestos en libertad Z, I, S y F tras cinco meses de privación de libertad- y que ello le había ocasionado un gran cargo de conciencia. Y ciertamente no se comprende tal explicación para la demora teniendo en cuenta que, según la propia versión ofrecida por el “coimputado protegido” ante la policía, resultaría que al menos I y S no habrían intervenido en la muerte de Jimmy y que D y A.C.G. sí habrían intervenido, sin que parezca que al “coimputado protegido” le supusiese ningún cargo de conciencia, en cambio, que hubiese –igualmente sujetándonos a su versión- dos personas injustamente en prisión (I y S) por la muerte de Jimmy y otras dos injustamente en libertad (D y A.C.G.).

d) La versión que ofreció el “coimputado protegido” en su declaración policial ni siquiera es coincidente, en un extremo esencial, con la versión que venía sosteniendo la policía

Es de destacar que la policía ha venido sosteniendo una versión según la cual cuando el primer aficionado del Deportivo de la Coruña –el que no era Jimmy- es tirado el río por el grupo de atacantes del Atlético de Madrid, uno de los integrantes de ese grupo, en concreto Z, ya no se encontraba en el lugar donde ese primer aficionado cayó el río, sino que había continuado avanzando para pelearse con otros aficionados del Deportivo de La Coruña, hasta el punto de que, según la misma versión policial, habría sido el primero que golpeó a Jimmy con un objeto contundente en la cabeza antes de que llegasen los demás integrantes del grupo.

En cambio, el “coimputado protegido” afirma, en su declaración policial, que Z fue uno de los que tiró al río a ese primer aficionado, por lo que sólo caben las siguientes alternativas: o la policía se está equivocando de persona cuando identifica a Z en el vídeo de Ismael A. o el “coimputado protegido” confunde a Z con otra persona –lo que no parece posible teniendo en cuenta que afirma que lo conocía con anterioridad- o el “coimputado protegido” falta a la verdad cuando afirma que Z fue uno de los que tiró al río al primer aficionado del Deportivo de La Coruña.

En cualquier caso, nos estaríamos moviendo en unos márgenes de error o duda incompatibles con la fijación de unos concretos hechos como ciertos. Y siendo ello así no existe razón alguna para atribuir mayor fiabilidad a los restantes extremos de la declaración del “coimputado protegido”.

e) Existen discrepancias esenciales entre la declaración que el “coimputado protegido” prestó ante la policía y la que prestó posteriormente en la Fiscalía de Menores

Ello se comprueba poniendo en contraste la declaración policial prestada el 1 de julio de 2.015 (f. 902 al 905; Tomo IV) con la declaración prestada en la Fiscalía de Menores el 9 de julio de 2.015 (f. 931 al 903; Tomo IV).

De ese contraste se obtienen discrepancias esenciales entre ambas declaraciones, tanto en lo que se refiere a intervinientes como en lo que se refiere a la forma de suceder los hechos.

En efecto, en la declaración policial el “coimputado protegido” manifestó que en la agresión al primer aficionado del Deportivo que cayó al río intervinieron Z, I, S y F, y que entre los cuatro lo tiraron al río; en cambio, en la declaración prestada en la Fiscalía de Menores manifestó que no sabía cómo ni quién había agredido a ese primer aficionado, aunque sí que afirma que esa agresión fue con puñetazos y que uno de los que le agredieron era D.

Por otra parte, en la declaración policial el “coimputado protegido” manifestó que en la agresión a Jimmy fue Z el primero que le golpeó en la cabeza con una defensa extensible, dando lugar a que Jimmy cayese a plomo al suelo, procediendo a continuación D, F y el menor A.C.G. a golpearle cuando estaba en el suelo, afirmando que A.C.G. le golpeaba con una defensa extensible y con patadas en la zona abdominal y que D y F también le daban patadas en la zona abdominal, añadiendo que luego entre

Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelación de Menores 430/2016

F, D y otros que no recordaba procedieron a tirar al río a Jimmy; en cambio, en la declaración ante la Fiscalía de Menores afirma que quienes golpearon a Jimmy fueron Z, D y A.C.G., no mencionando a F como agresor e incluyendo a Z no sólo como el que primero golpeó a Jimmy en la cabeza, sino también como uno de los que le daba patadas y porrazos en la zona abdominal cuando estaba en el suelo, añadiendo a continuación que fueron F y D quienes tiraron a Jimmy al río sin mencionar que nadie más interviniese en esta última acción.

Desde luego, las diferencias de contenido entre ambas declaraciones resultan alarmantes, sin que puedan entenderse subsanadas por medio de las contestaciones que ofreció el “coimputado protegido” a las preguntas que le fueron formuladas en la misma declaración que prestó en la Fiscalía de Menores.

En este sentido, es de destacar que consta en el acta de dicha declaración una pregunta formulada por la Sra. Fiscal que, de ajustarse literalmente a lo que consta en dicha acta, habría que calificar necesariamente de sugestiva. Nos referimos al extremo del acta en el que se indica: *“Que preguntado por la Fiscal si Francisco también pego al aficionado de complexión delgada ya que así lo dijo en la declaración policía manifiesta que sí” (“sic”)* –el subrayado es nuestro–.

Y tampoco constituye, desde luego, justificación de las contradicciones existentes entre ambas declaraciones el hecho de que el “coimputado protegido” manifestase también en la declaración prestada ante la Fiscalía de Menores, según consta en acta, lo siguiente: *“Que está un poco nervioso y le han hecho las preguntas de forma distinta como se le hicieron en la Brigada” (“sic”)*.

Antes al contrario, esta última justificación no hace más que intensificar las dudas sobre la veracidad de lo declarado por el testigo protegido, pues, de un lado, no se comprende que la diferente forma de preguntar pueda conducir a que existan divergencias sustanciales en el contenido de ambos relatos, de tal manera que la explicación más natural para la existencia de tan notables divergencias es que el “coimputado” hubiese elaborado un relato sobre unos hechos realmente no vividos, con los consiguientes fallos a la hora de exponer por segunda vez un relato memorizado; y, de otro lado, resulta también preocupante el absoluto desconocimiento de las preguntas que le fueron realizadas al “coimputado” en su declaración policial, dado que sólo constan las respuestas en el atestado, por lo que no cabe excluir que, incluso de buena fe y por una incorrecta técnica en la formulación de las preguntas, dicho interrogatorio pudiera haber estado repleto de preguntas sugestivas.

Desde luego, para evitar tales dudas lo deseable hubiese sido que la policía hubiese puesto directamente en conocimiento de la Fiscalía de Menores, que es la competente para la instrucción de la causa, la posible existencia de una persona coimputada en la causa de mayores que estaba dispuesta a declarar en las circunstancias por la policía señaladas, a fin de que la propia Fiscalía pudiera decidir lo que hubiese estimado oportuno, tanto en relación con el otorgamiento de protección a dicha persona como en lo referente a su toma de declaración, dada la importancia que podría llegar a tener la práctica de tal diligencia y cuando no consta que existiese urgencia alguna en esa toma de declaración, en lugar de no informar a la Fiscalía de la existencia de dicho declarante hasta el día después de haberle tomado declaración policial.

f) Falta de credibilidad intrínseca de la declaración prestada por el “coimputado protegido” en la audiencia celebrada en el Juzgado de Menores

Se comprenderá que todos los antecedentes que ya hemos dejado expuestos nos conduzcan a negar toda credibilidad a la declaración que prestó el “coimputado protegido” en la audiencia que se celebró ante el Juzgado de Menores el día 25 de enero de 2.016.

En efecto, es de destacar, en primer lugar, que la Juzgadora “a quo” le advirtió de que podía guardar silencio y de que no tenía obligación de incriminarse a sí mismo y que podía incluso faltar a la verdad, con lo que resulta imposible sostener que su declaración tenga la naturaleza de declaración testifical.

Por otra parte, el “coimputado protegido” volvió a afirmar en la audiencia, de nuevo y a diferencia de lo que dijo inicialmente ante la policía, que Z no se limitó a golpear en la cabeza a Jimmy con la defensa, sino que también le daba golpes en la zona abdominal cuando estaba en el suelo, al igual que F, D y el menor A.C.G., añadiendo que luego entre D y F lo tiraron al río.

Explicó que participarían en la pelea entre doscientas y doscientas cincuenta personas entre ambas aficiones.

También afirmó, a preguntas de la Letrada de la defensa del A.C.G., que él (el coimputado protegido) iba también avanzando con los demás aficionados del Atlético de Madrid mientras se desarrollaba el enfrentamiento con los aficionados del Deportivo de La Coruña y que por ello pudo presenciar las dos agresiones –la del primer Sección nº 04 de la Audiencia Provincial de Madrid - Recurso de Apelacion de Menores 430/2016

aficionado del Deportivo de La Coruña y la de Jimmy- a una distancia de entre cinco y seis metros, en ambos casos, ya que afirma que avanzaba en paralelo al grupo que realizó las dos agresiones.

Vuelve a reiterar que las personas que agredieron al primer aficionado fueron Z, I, F y S y que entre los cuatro lo tiraron al río, lo que entra en contradicción con la versión policial, como ya hemos visto, en lo que se refiere a la intervención de Z.

La Letrada de A.C.G. puso de manifiesto al “coimputado protegido” las discrepancias entre la declaración policial y de la Fiscalía, a las que se dio lectura, sin que tampoco ofreciese una respuesta satisfactoria en relación con tales discrepancias.

En definitiva, la declaración prestada en la audiencia tampoco sirvió para despejar las serias dudas de veracidad que ya han sido puestas de manifiesto.

Pero es que, además, tampoco resulta verosímil esa declaración desde un punto de vista interno, pues es difícil aceptar que el “coimputado protegido”, que participó activamente en una riña tumultuaria con múltiples intervinientes –más de doscientas personas entre ambas aficiones- pudiera llegar a tener una visión tan nítida de la actuación de cada uno de los intervinientes en las dos agresiones sucesivas que culminaron con caída al río, hasta el punto de identificar a los distintos intervinientes y precisar las conductas desplegadas por cada uno de ellos, cuando es de suponer que estando inmerso en una riña o pelea de semejantes características estaría ocupado él mismo en atacar o en defenderse de las agresiones que, a su vez, realizaban los aficionados del Deportivo de La Coruña. Es decir, el relato que ofrece se corresponde con el de un mero espectador que no hubiese estado ocupado en otra cosa que percatarse de lo que otros intervinientes en la pelea realizaban, lo que no se ajusta, desde luego, al contexto descrito por el propio “coimputado protegido” y al que se desprende del visionado del vídeo de Ismael A.

En definitiva, las declaraciones ofrecidas por el “coimputado protegido”, por todo lo ya expuesto en la presente resolución, no ofrecen garantía alguna de veracidad, tanto por sus contenidos como por las circunstancias que concurren en quien las realiza.

4.2.B. Ausencia de elementos objetivos y externos de corroboración

Aunque diésemos por completamente veraz –a los meros efectos hipotéticos o dialécticos- el relato de los hechos ofrecido por el “coimputado protegido” seguiría faltando un elemento esencial para que esa declaración pudiera erigirse en prueba de

cargo suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia del menor A.C.G., pues no existen elementos objetivos y externos de corroboración de dicha declaración en lo que se refiere a la intervención del referido menor en las agresiones que condujeron a la muerte de Jimmy.

El reconocimiento por parte del menor A.C.G. de su participación en la riña tumultuaria y de que esgrimió una porra durante dicha riña no constituyen, desde luego, elementos de corroboración de la declaración del “coimputado protegido” en lo que se refiere a la intervención de dicho menor en la muerte de Jimmy. Ese reconocimiento lo único que permite dar por acreditado es lo expresamente reconocido, que no es otra cosa que la activa participación en una pelea multitudinaria entre aficiones de dos equipos de fútbol rivales y la posesión de un arma durante dicha pelea.

Tampoco constituye elemento de corroboración de lo declarado por el “coimputado protegido”, en lo que se refiere a la afirmada intervención de A.C.G. en la muerte de Jimmy, el hecho de que del informe de autopsia se desprenda que la causa inmediata del fallecimiento fue una hemorragia abdominal aguda severa por rotura traumática del bazo, teniendo en cuenta que ese dato lo único que permite corroborar es que Jimmy fue golpeado en el abdomen, pero no que el autor de esos golpes fuese el menor ni que el instrumento utilizado para propinarlos fuese una porra.

En cualquier caso, debe destacarse que el informe de autopsia obraba en la causa de mayores desde el mes de marzo de 2.015, por lo que es claro que el “coimputado protegido”, al estar formalmente imputado en dicha causa, pudo tener conocimiento de los datos de la autopsia previamente a prestar su declaración inculpativa contra el menor A.C.G. y, por tanto, tuvo la posibilidad de acomodar su relato a lo que se desprende del referido informe de autopsia, por lo que lo expuesto en este último está muy lejos de ser una coincidencia corroboradora de dicho relato.

Finalmente, tampoco los mensajes de “Whatsapp” obrantes en el teléfono de A.C.G., correspondientes a momentos anteriores y posteriores a la riña y cuyas transcripciones obran a los folios 634 al 650 del Tomo III, constituyen elemento de corroboración de la declaración del “coimputado protegido” en lo que se refiere a la intervención del menor en la muerte de Jimmy. Tales mensajes, por su contenido, lo único que permiten corroborar es la intervención del citado menor en la pelea multitudinaria que tuvo lugar en la mañana del día 30 de noviembre de 2.014, en la ribera del río Manzanares, entre las dos aficiones rivales; incluso puede servir para

acreditar que A.C.G. golpeó con una porra a alguno de los integrantes de la afición rival, pero no que llegase a agredir a Jimmy.

En efecto, los mensajes de “Whatsapp” que las acusaciones pretenden esgrimir como elementos de corroboración de la intervención de A.C.G. en la muerte de Jimmy, por considerarlos, al parecer, más comprometedores, serían, fundamentalmente, cuatro mensajes remitidos desde el teléfono móvil de aquél, sobre las 9:26 horas del día 30 de noviembre de 2.014, que son de los siguientes tenores literales: *“diossssss”* (“sic”); *“que pakizon jajajajaja”* (“sic”); *“Los hemos reventadddddo”* (“sic”); *“Buah”* (“sic”); *“sin porra me he quedado, le he pegado un pqlizon a uno”* (“sic”).

Ahora bien, tales mensajes son lo suficientemente inespecíficos como para que no puedan ser considerados como elemento corroborador de la intervención del citado menor en el delito de homicidio del que ha sido acusado, teniendo en cuenta que la muerte se produjo en el transcurso de una riña multitudinaria, en la que no solo resultó agredido Jimmy, sino otros muchos intervinientes en los hechos, como resulta de los propios atestados policiales en los que se alude a la existencia de varias personas lesionadas, incluso algunas por arma blanca.

Debe recordarse, en este sentido, que hubo otro aficionado del Deportivo de La Coruña que fue también agredido por varias personas y que fue arrojado al río, pero que no falleció, resultando simplemente lesionado, por lo que esos mismos mensajes de “Whatsapp” también podrían ir referidos a esta agresión o a cualquiera otra de las que se produjeron aquella mañana y no a la agresión sufrida por Jimmy.

Es más, si bien se mira, no es el mensaje lo que permite corroborar como cierto el relato del “coimputado protegido” sino que lo que se produce, en el supuesto que nos ocupa, es un paradójico efecto inverso, pues aquél, por su presencia en el lugar de los hechos y el conocimiento de lo sucedido que ello le proporcionó y por sus relaciones y contactos con muchos de los intervinientes en la pelea multitudinaria, podría haber señalado como autor de la muerte de Jimmy a cualquiera de esos intervinientes, lo que hubiera llevado también a una acusación por homicidio en el caso de que ese interviniente hubiese enviado mensajes de contenido similar a los enviados por A.C.G., lo que diluye por completo el efecto corroborador que pretende atribuirse a estos últimos. Es decir, habría tantos potenciales autores de la muerte de Jimmy como intervinientes en la pelea que hubieran remitido mensajes de contenido similar a los remitidos por A.C.G.; y lo que los acabaría convirtiendo en autores sería el mero hecho de que el coimputado protegido los hubiese señalado como tales.

En este sentido, parece oportuno recordar que también obran en la causa los mensajes de “Whatsapp” correspondientes al menor I.D.C.C. (f. 651 y siguientes del Tomo III) y que sus contenidos eran en ocasiones más comprometedores (ver f. 656; Tomo III) que los de los mensajes de A.C.G., de tal manera que la única diferencia entre la situación procesal de ambos menores estriba en que A.C.G. ha sido señalado por el “coimputado protegido” como autor de la muerte de Jimmy, mientras que I.D.C.C. no.

Se comprenderá, por todo ello, la nula virtualidad que el contenido de los mensajes remitidos por A.C.G. tienen para corroborar lo declarado por el “coimputado protegido”.

Por lo demás, el menor dio en la audiencia una explicación aceptable o comprensible –desde la mentalidad de un adolescente o joven que interviene voluntariamente en una pelea de esas características- sobre las razones por las que envió esos mensajes, al indicar que cuando terminó la pelea los que habían intervenido en ella estaban contando sus “hazañas” y que en ese momento él mandó esos mensajes para “envalentonarse” contando cosas que en realidad no habían ocurrido.

Igualmente, cierto es que tras conocerse por los medios de comunicación la muerte de Jimmy y recibir A.C.G. mensajes de preocupación de su novia en relación con lo que había ocurrido, aquél remitió a ésta un par de mensajes afirmando que había estado estudiando toda la mañana y que no había ido al fútbol ese día, pero ello tampoco constituye elemento de corroboración de la intervención de A.C.G. en la muerte de Jimmy, sino la reacción natural de quien sabía que había intervenido en una pelea multitudinaria en cuyo transcurso de había producido un hecho tan grave y pretendía no verse implicado en una muerte en cuya causación no había intervenido.

QUINTO. Resumen y consecuencias de todo lo expuesto: absolución del menor por el delito de homicidio; imposición de medida por los delitos de riña tumultuaria y tenencia ilícita de armas

Como síntesis o recapitulación de todo lo que hemos dejado expuesto en la presente Sentencia, debemos expresar que las razones de la decisión que aquí adoptamos pueden condensarse en la forma que indicamos en el siguiente párrafo.

No existe prueba de cargo suficiente para destruir la presunción de inocencia del menor A.C.G. respecto del delito de homicidio del que ha sido acusado por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular, en relación con la muerte de Francisco

Javier Romero Taboada, también conocido como Jimmy, pues a la vulneración de los derechos procesales de dicho menor ha de añadirse la falta de credibilidad del denominado “testigo protegido”, por las siguientes razones: a) no tiene en realidad la condición de testigo, sino la de imputado, habiendo declarado, tanto ante la Fiscalía de Menores como ante el Juzgado de Menores, con la expresa advertencia de que no estaba obligado a decir la verdad; b) desde un punto de vista subjetivo, las circunstancias y razones de su aparición en el proceso no son claras, pudiendo deberse a móviles de autoexculpación o a la búsqueda de otras ventajas procesales, y las versiones de los hechos que ha ido ofreciendo a lo largo del procedimiento (primero ante la policía, luego ante la Fiscalía de Menores y, finalmente, ante el Juzgado de Menores) presentan relevantes discrepancias entre sí y carecen intrínsecamente de credibilidad en atención a su propio contenido; y c) desde un punto de vista objetivo, sus declaraciones no están suficientemente corroboradas por otros datos o elementos objetivos y externos que permitan atribuirles credibilidad, pues los existentes lo único que permiten corroborar es la participación del menor en la riña tumultuaria que tuvo lugar el día de los hechos, pero no su intervención en la muerte de Jimmy.

De ello se sigue, que procede estimar el recurso de apelación interpuesto y revocar parcialmente la Sentencia apelada, en el sentido de absolver a A.C.G. del delito de homicidio del que era acusado por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular.

Resta por determinar la medida que ha de imponerse a A.C.G. por los delitos de riña tumultuaria y de tenencia ilícita de armas por los que también había sido condenado en la primera instancia, sin que la condena por tales delitos haya sido combatida en el recurso de apelación interpuesto.

En este sentido, debe recordarse que la imposición de las medidas previstas en la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, no está sujeta a los criterios recogidos en el artículo 66 del Código Penal, sino a criterios distintos y alejados de consideraciones meramente penológicas, según resulta de lo dispuesto en los artículos 5.2., 7.3., 8 y 9 de la referida Ley Orgánica, de tal manera que rige un criterio de flexibilidad en la elección de la medida adecuada y de su duración, estando presidida dicha elección por los parámetros señalados en el citado artículo 7.3., entre los que se erigen como fundamentales la personalidad y el interés del menor.

Por otra parte, de los artículos 7.4. y 11 de la referida Ley Orgánica se desprende la posibilidad de imponer al menor infractor una sola medida con independencia de que se trate de uno o más hechos.

En atención a lo expuesto y teniendo en cuenta la valoración positiva de las circunstancias del menor que se desprende del informe del Equipo Técnico de 10 de diciembre de 2.015, que orienta una medida de prestaciones en beneficio de la comunidad, y teniendo en cuenta también que esa valoración positiva viene a confirmarse en el informe oral emitido por la representante del Equipo Técnico en la vista que se ha celebrado ante este Tribunal, estima la Sala adecuado al interés del menor, en atención a lo dispuesto en el artículo 7.1. g) y k) de la Ley Orgánica 5/2000 y demás preceptos antes citados, imponerle, por la comisión de un delito de riña tumultuaria y de un delito de tenencia ilícita de armas, una medida de sesenta horas de prestaciones en beneficio de la comunidad, que se sustituirán, si el menor no prestase su consentimiento a la realización de tales prestaciones o si las incumpliese, por cinco permanencias de fin de semana en centro cerrado.

Finalmente, procede confirmar los restantes pronunciamientos de la Sentencia apelada que no se opongan a los de la presente.

SEXTO. No procede hacer imposición de las costas de la primera instancia ni de las de esta alzada.

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

FALLAMOS

Que estimando el recurso de apelación interpuesto la Letrada D.^a María José Cabero Freire y por el Letrado D. Gonzalo Martínez-Fresneda, en nombre y representación del menor A.C.G., contra la Sentencia de 10 de febrero de 2.016, dictada por el Juzgado de Menores nº 4 de Madrid en el Expediente de Reforma nº 319/2014, debemos **REVOCAR Y REVOCAMOS PARCIALMENTE** dicha resolución, en el sentido de realizar los pronunciamientos siguientes:

1º) Que **DEBEMOS ABSOLVER Y ABSOLVEMOS** al menor **A.C.G.** del **DELITO DE HOMICIDIO** del que era acusado por el Ministerio Fiscal y por la acusación particular.

2º) Que **IMPONEMOS** al menor **A.C.G.**, por los **DELITOS DE RIÑA TUMULTUARIA Y TENENCIA ILÍCITA DE ARMAS** por los que ha sido declarado autor responsable en la primera instancia, la **MEDIDA DE SESENTA HORAS DE PRESTACIONES EN BENEFICIO DE LA COMUNIDAD**, que se sustituirán, **si el menor no prestase su consentimiento a la realización de tales prestaciones o si las incumpliese**, por la **MEDIDA DE CINCO PERMANENCIAS DE FIN DE SEMANA EN CENTRO CERRADO**.

3º) Que **CONFIRMAMOS** los **RESTANTES PRONUNCIAMIENTOS** de la Sentencia apelada que no se opongan a los de la presente.

No procede hacer imposición de las costas de la primera instancia ni de las de esta alzada.

Notifíquese esta Sentencia de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 248.4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial, y, con certificación de la presente, devuélvanse los autos originales al Juzgado de procedencia.

Contra la presente Sentencia cabe preparar, en la forma y plazo señalados en el artículo 42 de Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores, el recurso de casación para la unificación de doctrina que en dicho precepto se regula, que no suspende ni retrasa la firmeza de la presente resolución.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se llevará testimonio al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

PUBLICACIÓN.- Leída y publicada fue la anterior Sentencia en Madrid a