



Presidente/a:

D. JOSE CARLOS MONTERO GAMARRA

Magistrados/as

DÑA. VICTORIA EUGENIA FARIÑA CONDE

DÑA. MERCEDES PÉREZ MARTIN ESPERANZA

=====

En VIGO, a treinta de diciembre de dos mil trece.

VISTO, por esta Sección 005 de esta Audiencia Provincial en la causa arriba referenciada, el recurso de apelación interpuesto por los Procuradores SILVIA CLAUDIA DOMINGUEZ DOMINGUEZ, JOSE VICENTE GIL TRANCHEZ , FATIMA PORTABALES BARROS , FATIMA PORTABALES BARROS , JOSE MARQUINA VAZQUEZ , MARIA JESUS VALENCIA ULLOA , JOSE VICENTE GIL TRANCHEZ , FATIMA PORTABALES BARROS , JOSE MARQUINA VAZQUEZ , en representación de Pelayo , MINISTERIO FISCAL , Maximo , Juan Pedro , Tatiana , XERENCIA MUNICIPAL URBANISMO CONCELLO DE VIGO , REGINA INSTALACIONES SL , Aurora , Borja , CONCELLO DE VIGO CONCELLO DE VIGO , contra la Sentencia dictada en el procedimiento PA : 0000353 /2009 del JDO. DE LO PENAL nº: 002 ; habiendo sido parte en él, como apelantes los mencionados recurrentes y como apelados: Fidel , Guillerma , Jorge , GUNEYPRO SA , SEGUROS CATALANA OCCIDENTE , MUSAAT , Rafael , Jose María , Pedro Jesús , Rosario , representado por el Procurador JOSE ANTONIO FANDIÑO CARNERO, MARIA MERCEDES PEREZ CRESPO , GLORIA QUINTAS RODRIGUEZ , MARIA ROSA DOLORES SEIJO NOVOA , MANUEL JUAN LAMOSO REY , GLORIA QUINTAS RODRIGUEZ , MARIA ROSA DOLORES SEIJO NOVOA , GLORIA QUINTAS RODRIGUEZ , FRANCISCO JAVIER TOUCEDO REY , EMILIO JOSE ALVAREZ PAZOS y el Ministerio Fiscal, en la representación que le es propia, actuando como Ponente el/la Magistrado/a Ilmo/a. Sr./a. JOSE CARLOS MONTERO GAMARRA.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO.- En el procedimiento de referencia se dictó Sentencia con fecha 21.2.2011 , cuya parte dispositiva es del tenor literal siguiente: " **FALLO:** 68 Que absuelvo a Pedro Jesús , Guillerma , Fidel , Jeronimo , Rosario , Jose María , Jorge , Samuel y a Rafael de los delitos de homicidio imprudente, lesiones imprudentes y daños imprudentes por los que fueron acusados.-69. Se declaran las costas de oficio, salvo las devengadas a doña Rosario y a la compañía Asemas se imponen que se imponen a don Juan Pedro , Tatiana , Ambrosio , doña Carina y don Pelayo , y, también las costas devengadas a doña Guillerma " .

Con fecha 21-3-2011, se dictó AUTO cuya parte dispositiva dice: " **PARTE DISPOSITIVA:** " Se corrige la sentencia dictada en autos en los siguientes puntos:

Se suprimen las menciones que constan en el texto de la sentencia a Miriam y a Ambrosio .

En el párrafo tercero se suprime la mención a Guillerma y a Rosario . Debe incluirse que solicitó también la condena, como responsable civil, de la compañía Mussat.

En el párrafo sexto, letra b, que la cantidad reclamada por daño moral por Don Pelayo fue de 30000 euros.

En el párrafo octavo, que la también se solicitó la condena de Guneypro como responsable civil.

En el párrafo noveno que se solicitó, respecto de las compañías aseguradoras el interés previsto en el artículo 20 de la Ley de Contrato de Seguro .

En al párrafo decimocatorce, en la primera línea, debe decir 26 de marzo de 1998, en lugar de 26 de marzo de 2006.

El párrafo 69, debe decir, que se declaran las costas de oficio, salvo las costas devengadas a Rosario y a Asemas que se imponen a Carina , Pelayo , Juan Pedro , Borja y Tatiana , y las costas devengadas a Guillerma que se imponen a Juan Pedro , Borja y Tatiana .

No ha lugar a la aclaración consistente en la adición de la modificaciones definitivas."

Y como Hechos Probados expresamente se recogen los de la sentencia apelada: " **HECHOS PROBADOS** : El día 26 de marzo de 2006 se otorgó escritura pública de constitución de la entidad Guneypro S.L., ante el Notario de Vigo don José Pedro Riol López, siendo socios de la misma, poseyendo cada uno 200 participaciones (de las 600 totales) don Jeronimo , doña Guillerma y don Fidel . Asimismo, en el momento de su constitución, se acordó que la administración de la sociedad fuese mancomunada designándose



administradores mancomunados a doña Guillerma , a don Rafael y a don Samuel , exigiéndose para la validez de las actuaciones realizadas en tal condición la actuación conjunta de dos de ellos. El día 7 de mayo de 1998 se procedió a la presentación de la escritura de constitución en el Registro Mercantil y se inscribió en dicho Registro el día 11 de mayo siguiente.-15. El objeto social de la sociedad era la actividad inmobiliaria, entre ella la promoción inmobiliaria, y, en concreto, la promoción sobre la finca del número NUM000 de la CALLE000 de Vigo que, habiendo sido propiedad exclusiva de la señora Guillerma , fue vendida por ella a la entidad Guneypro S.L., el día 18 de mayo de 1998, en dos terceras partes, conservando, por tanto la señora Guillerma y tercio del dominio que vendió en otra escritura publica de la misma fecha también a Guneypro S.L..-Desde el inicio de las operaciones societarias Guillerma fue excluida de la gestión de la sociedad Guneypro S.L., tanto por los administradores como por los otros dos socios, no tomando ninguna decisión, por tanto, la referida persona.-Para redacción del proyecto básico y el proyecto de ejecución del edificio a construir en dicho solar fue contratada la arquitecta superior doña Rosario , quien era, a la sazón, nuera de Fidel , la cual realizó el proyecto básico de ejecución de la obra, en el que se describían las tareas a realizar para la demolición del edificio preexistente en el solar, y las tareas previstas para tal demolición eran de carácter genérico ya que durante la demolición se deberían adoptar las medidas necesarias que demandase la misma. Previamente a la redacción de dicho proyecto básico la señora Rosario examinó tanto el edificio que iba a ser demolido como el muro que existían en la colindancia del mismo con el edificio del número NUM001 de la CALLE000 , no apreciando en el mismo ningún tipo de deficiencia.-El día 5 de febrero de 1999 el Concello de Vigo, a través de la Gerencia Municipal de Urbanismo, otorgó licencia a Guneypro S.L., para la ejecución de la referida obra.-Para la ejecución de las tareas de demolición, Fidel , con el consentimiento de Samuel y de Rafael , contrató a Pedro Jesús , y asimismo fueron designados como arquitectos técnicos para esta tarea (y la ulterior edificación) Jose María y Jorge .-El día del comienzo de las tareas de demolición Jose María llamó por teléfono a Rosario , y esta le indicó que no iba a dirigir la ejecución de la obra, y, asimismo puso este hecho en conocimiento de su marido, del que estaba separada, para que este se lo comunicase a su suegro, Fidel . Al mismo tiempo comunicó dicha renuncia al Colegio de Arquitectos de Galicia el día 23 de febrero de 1999.-La ejecución de las tareas de demolición del edificio preexistente en el solar número NUM000 de la CALLE000 se realizó retirando primero la cubierta, y luego la tabiquería de las planta superior, las vigas que sostenían esta planta, fueron retiradas una a una, retirándolas de los huecos en los que estaban colocadas, retirándolas sin esfuerzo. Para la realización de estas tareas se empleó un camión con una pluma grúa. Dicho camión, propiedad de la empresa Marsio, fue contratado por Pedro Jesús . Estas tareas se realizaban por el propio señor Pedro Jesús o bien por indicación del mismo por Higinio .-Durante la ejecución de estas tareas los arquitectos técnicos Jose María y Jorge acudían diariamente al lugar de la obra, donde comprobaban el avance de los trabajos.-Hasta la finalización de las tareas de demolición del edificio del número NUM000 no se evidenció en el edificio colindante, sito en el número NUM001 , ningún signo de que existiese un riesgo de desplome.-El edificio situado en el número NUM001 de la CALLE000 era propiedad en dicho momento de la compañía Rogina Instalaciones S.L., este edificio constaba de planta baja, tres plantas más y aprovechamiento bajo cubierta, estando prácticamente desocupado, y en el mismo vivían las siguientes personas: en el piso NUM001 NUM002 el matrimonio formado por Juan Pedro y Tatiana , y sus hijos, Adriano y Juan Pedro , y en el piso NUM003 NUM002 Romulo , su hijo Maximo la mujer de este, María Milagros y las dos hijas de ambos. Asimismo en el bajo del edificio, en la parte del mismo que lindaba con la calle Isabel II, la más alejada del número 6, estaba establecido un local de negocio en en que se encontraba la Farmacia propiedad de doña Aurora . Todos estos inmuebles se encontraban arrendados a la propiedad del edificio.-En la parte trasera del edificio del número NUM001 estaba el domicilio de doña Josefa , una vivienda situada en el patio trasero que constaba de planta NUM004 y NUM005 .-El día 2 de marzo de 1999, alrededor de las 7 de la tarde, cuando ya habían finalizado las tareas de demolición del edificio del número NUM000 de la CALLE000 , y se encontraban en el mismo Higinio , Isaac y Pedro Jesús , recogiendo unos sillares de piedra, el muro de carga situado entre el solar que ocupaba este edificio y el del número NUM001 , se desplomó, arrastrando consigo la parte del edificio que estaba más próxima al solar del número NUM000 , que cayeron en su integridad, manteniéndose en pie el patio central y la parte que lindaba con la calle Isabel II.-A consecuencia de esta caída parte de los escombros de este edificio cayeron sobre la vivienda de la señora Josefa , golpeándola en la región dorsal produciéndole una fractura de la columna vertebral, fracturas costales, rotura de la arteria aorta, hígado y bazo, lesiones que le causaron la muerte a consecuencia del shock traumático derivado de las mismas.-Asimismo en el domicilio del número NUM001 NUM002 del edificio del número NUM001 de la CALLE000 se encontraban, en ese momento, Adriano y su madre, Tatiana , quienes fueron arrastrados en la caída, sufriendo el primero diversas contusiones y la segunda un esguince cervical.-A consecuencia de la caída el edificio del número NUM001 de la CALLE000 resultó destruído en la parte más próxima al solar del número NUM000 , resultado totalmente inhabitable en su totalidad."



SEGUNDO.- Contra dicha Sentencia, por la representación procesal del hoy recurrente, se interpuso recurso de apelación que formalizó exponiendo las alegaciones que constan en su escrito, el cual se halla unido a las actuaciones.

TERCERO.- Por el Órgano Judicial sentenciador se remitieron a este Tribunal los autos originales con todos los escritos presentados y, recibidos que fueron, se señaló día para deliberación, la que tuvo lugar el día 8-11-2013.

HECHOS PROBADOS

Se aceptan los hechos declarados probados de la sentencia apelada, con la corrección en el párrafo decimocatorce, en la primera línea, que debe decir 26 de marzo de 1998, en lugar de 26 de marzo de 2006 (como aclara el auto de 21 de marzo de 2011).

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO.- Sobre la alegada falta de jurisdicción del Juzgador, como motivo impugnatorio de la sentencia, con pretendido alcance de nulidad de la misma, que basa la parte acusadora pública en el dato de haber sido dictada la sentencia en fecha 21 de febrero de 2011, cuando el Magistrado Juez de lo Penal nº-2 de Vigo que la dicta había ya cesado en el cargo como consecuencia de su nombramiento como Juez de lo Penal nº 4 de Pontevedra en fecha 22 de enero de 2011, decir que no puede prosperar, pese a los fundamentos jurídicos que señala el Ministerio Público contenidos tanto en el Reglamento 1/1995, de 7 de junio, de la Carrera Judicial como en la propia Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial.

En orden a la solución del problema planteado, conviene citar el art. 155 de la LECrim ., que arroja luz sobre la cuestión: "Cuando fuere trasladado, jubilado, separado o suspenso algún Magistrado, votará las causas a cuya vista hubiere asistido y que aún no se hubiesen fallado".

Desde la misma óptica podemos examinar también el contenido del art. 194.1 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil , aplicable a un modo supletorio (conforme a lo dispuesto en el art. 4 de la misma Ley) al proceso penal en todo lo no previsto.

Dicho art. 194.1 textualmente reza: "En los asuntos que deban fallarse después de la celebración de una vista o juicio, la redacción y firma de la resolución, en los tribunales unipersonales, o la deliberación y votación, en los tribunales colegiados, se realizarán, respectivamente, por el Juez o por los Magistrados que hayan asistido a la vista o juicio, aunque después de ésta hubieran dejado aquéllos de ejercer sus funciones en el tribunal que conozca del asunto".

Incluso la propia Ley Orgánica del Poder Judicial abunda en la misma solución al disponer en su art 256 que "cuando fuere trasladado o jubilado el Juez o Magistrado deliberará, votará, redactará y firmará las sentencias, según proceda, en los pleitos a cuya vista hubiese asistido y que aún no se hubieren fallado, salvo que concurriera causa de incompatibilidad o proceda la anulación de aquélla por otro motivo".

Es más, la solución de que estamos hablando, aparece refrendada por la Comisión Permanente del Consejo General del Poder Judicial, que entre los acuerdos que adoptó en su sesión ordinaria del día 11 de septiembre de 2012, se encuentra un acuerdo interpretativo sobre la problemática que se suscita en los supuestos de anulación de sentencias, cuando el Magistrado/a que la dictó en primera instancia no se encuentra ya en servicio activo (se refería a una Magistrada que por cuidado de hijos se encontraba en Excedencia Voluntaria en primera anualidad).

En dicha ocasión la Comisión Permanente se expresó (en lo que aquí nos interesa) en los siguientes términos:

"Primero.-Que, en consonancia con cuanto establece el artículo 256 de la Ley Orgánica del Poder Judicial , la obligación de dictar sentencia en los procesos de cualquier orden, ha de entenderse como una consecuencia de la intermediación que preside la práctica de las pruebas y la celebración del juicio, y de ahí que aún después de trasladados o jubilados los miembros de la carrera judicial, han de deliberar, redactar y firmar las sentencia correspondientes a los asuntos a cuya vista hubieren asistido.

Segundo.-Esta obligación legal tan solo encuentra en el invocado precepto, la excepción de situaciones de incompatibilidad o nulidad del juicio, convirtiéndose por tanto en un deber inherente a la condición judicial".

Por consiguiente, hemos de concluir, que por el motivo impugnatorio indicado la nulidad pretendida carece de apoyo jurídico.



SEGUNDO.- Sobre la necesaria imparcialidad objetiva del órgano judicial nos habla tanto la representación procesal, en su escrito de recurso, de la Sra. Aurora , como la representación procesal, en su escrito de adhesión al recurso del Mº Fiscal, de ROGINA INSTALACIONES S.L. .

Dice la sentencia del Tribunal Constitucional 60/2008 : "La imparcialidad judicial se encuentra dirigida, en efecto, a asegurar que la pretensión sea decidida por un tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio y que se someta exclusivamente al Ordenamiento jurídico como criterio de juicio. Esta sujeción estricta a la Ley supone que la libertad de criterio en que estriba la independencia judicial no sea orientada a priori por simpatías o antipatías personales o ideológicas, por convicciones e incluso por perjuicios o, lo que es lo mismo, por motivos ajenos a la aplicación del Derecho. En definitiva, la obligación de ser ajeno al litigio puede resumirse en dos reglas: primera, que el Juez no puede asumir personalmente funciones de parte; segunda, que no puede realizar actos ni mantener con las partes relaciones jurídicas o conexiones de hecho que puedan poner de manifiesto o exteriorizar una previa toma de posición anímica a su favor o en contra (STC 5/2004, de 16 de enero , F 52)". Añadiendo la sentencia del Tribunal Constitucional 306/2005, de la Sala Primera, de 12 de diciembre de 2005 , que "se ha puntualizado, no obstante, que no basta con que las dudas o sospechas sobre la imparcialidad del Juez surjan en la mente de la parte, sino que lo determinante y decisivo es que las razones para dudar de la imparcialidad judicial, por un lado, queden exteriorizadas y apoyadas en datos objetivos y, por otro, alcancen una consistencia tal que permita afirmar que se hallan objetiva y legítimamente justificadas".

Pues bien, en nuestro caso, no se alcanza a comprender como se puede dudar de la imparcialidad del Juez de lo Penal por el hecho de inadmitir determinadas preguntas, bajo declaración de impertinencia, o de denegar la petición de que los peritos fuesen examinados todos juntos.

Sobre la trascendencia de tales decisiones hablaremos, tratándose de unas facultades del Juez en el orden probatorio, cuya imparcialidad por tal razón no tiene porque ponerse en entredicho.

Es más, en cuanto a determinadas frases que profirió, encuentran su justificación en el desarrollo del debate y en la inmediatez en su seguimiento por el Juez. Pero nada apunta a que la razón de tales manifestaciones haya sido la pérdida de su necesaria condición de tercero ajeno a las partes y a los intereses en litigio. Ninguna relación jurídica con alguna de ellas se denuncia. Y tampoco se denuncia la existencia de conexiones de hecho con cualquiera de las mismas, que puedan poner de manifiesto una previa toma de posición anímica a su favor o en su contra. No hay, pues, datos objetivos o razones consistentes para dudar de la imparcialidad judicial. La prueba hubo que practicarla, siendo la labor de juzgar, en ello hemos de convenir, mucho más compleja de lo que aparentemente unas simples frases hayan podido anticipar.

Solo decir a efectos dialécticos, en cuanto al planteamiento de la cuestión, examinada por ROGINA INSTALACIONES S.L., en la oportunidad de su posicionamiento al adherirse al recurso del Ministerio Fiscal (que sin embargo no cuestiona la imparcialidad del Juez), que en la reunión plenaria de la Sala 2ª del Tribunal Supremo celebrada el 27 de abril de 2005, se adoptó un nuevo criterio en punto a la adhesión, al inclinarse por una interpretación amplia, que se propuso y aceptó, con respaldo en los términos en que aparece redactado el último párrafo del art. 861 LECrim ., de tal modo que el recurrido quedaría autorizado para articular un recurso no preparado ante la Audiencia Provincial, aprovechando el trámite dado al formulado por la parte recurrente, como dice la norma procesal citada "alegando los motivos que le convengan", es decir, los que favorezcan a él en su postura procesal en defensa de sus propios intereses, es decir, que en nuestro caso pese a la expresión por ROGINA de adhesión al recurso del Ministerio Fiscal, nada empece, aprovechando el trámite conferido, para el planteamiento de la cuestión de nulidad, que como hemos razonado se desestima como motivo de nulidad.

TERCERO.- Se plantea como motivo impugnatorio tanto por la representación procesal de Maximo y otros como por la representación procesal de los Sres. Pelayo Carina la nulidad de actuaciones con retroacción de las mismas al momento anterior a la celebración del juicio oral a causa de "la dilación indebida a la hora de dictar sentencia", por haber pasado casi cuatro meses (en realidad 3 meses y 19 días) desde que finalizó la vista hasta la fecha en que se dictó.

Antes de entrar en el tratamiento jurídico que la doctrina jurisprudencial daba a la cuestión no podemos menos que de forma somera señalar una serie de datos que reflejan en su conjunto la complejidad de la causa enjuiciada, con un volumen de miles de folios, con once años de instrucción, nueve acusados, siete acusaciones y cuyas sesiones de Juicio Oral se sucedieron a lo largo de casi un mes. Por consiguiente, la tardanza de tres meses y pico en dictar la sentencia se nos representa como razonable, dada la extensión y complejidad aludida.

Es más, nuestra doctrina jurisprudencial mayoritaria es inequívoca al respecto, al estimar que lo procedentes es rechazar la petición de nulidad, siendo clarificadora la STS núm. 13737/2009, de 28 de diciembre de 2010 , al declarar que "El principio de concentración e intermediación juega en el Plenario, y para su protección se



encuentra el art. 788. Ahora bien, sin perjuicio de reconocer que dichos principios siguen vigentes hasta la notificación de la sentencia, pues es en ese momento cuando el imputado conoce la decisión de la justicia, ello no puede servir para la aplicación analógica del art. 788 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal como pretende el recurrente. El propio ordenamiento jurídico dentro del haz de derechos de contenido constitucional reconoce el derecho a un juicio sin dilaciones indebidas - art. 24.2 de la Constitución (RCL 1978, 2836)- y esta Sala garantiza la efectividad de este derecho a través de la disminución de la pena vía atenuante analógica como así acordó en la Junta General de 21 de mayo de 1999 -tercera y última que abordó esta cuestión. Más aún, en el art. 4 -4º del C. Penal (RCL 1995, 3170 y RCL 1996, 777) se abre la vía de indulto cuando se hubiesen apreciado dilaciones".

Anteriormente, como se deja dicho en la sentencia del alto Tribunal reseñada, ya se había abordado la cuestión. Esto es, los efectos que una vulneración del derecho a un proceso sin dilaciones indebidas pueden producir en el seno de un procedimiento penal. Además de la última reunión del pleno no jurisdiccional de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo indicada, hubo otras dos. En la primera de ellas, del día 2-10-92, obtuvo mayoría de votos entre los Magistrados la postura de la no incidencia de tal vulneración en el pronunciamiento condenatorio. Luego el tema volvió a tratarse en otra reunión de 29.4.97. Y por último, en una tercera y última reunión, la ya señalada de 21 de mayo de 1999, en la que se acordó reconocer la eficacia en la sentencia penal condenatoria a esta violación del mencionado derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a través de la circunstancia atenuante analógica recogida en el art. 21.6 del CP a la razón vigente que se correspondía con la del art. 10.10 CP 1973 . Se acordó pues por mayoría la posición que mantenía que esa lesión de un derecho fundamental de orden procesal, reconocida en el art. 24.2 CE , podía producir efecto en la cuantía de la pena a través de la mencionada atenuante, como una compensación al reo por el perjuicio producido por el retraso en el procedimiento por causas ajenas al propio condenado.

Postura ésta sentada en la jurisprudencia, por ejemplo 858/2004, de 1 de julio, que sobre la fase del art. 4.4 CP ha descartado que la inexistencia de dilaciones indebidas sea un presupuesto de validez del proceso y por ello de la sentencia.

Actualmente, la circunstancia atenuante en cuestión, con carta de naturaleza legal, consta introducida, con un perfil definido, en el Código Penal, art. 21. 6º, a raíz de la LO 5/2010, de 22 de junio , con entrada en vigor el 23 de diciembre de 2010.

Por lo tanto la inexistencia de dilaciones indebidas no son un presupuesto de validez del proceso, jugando, de existir, únicamente como atenuante para el caso, obviamente, de una sentencia condenatoria.

CUARTO.- Sobre la nulidad planteada de la sentencia por supuesto quebrantamiento del art. 742 LE Criminal al producirse "incongruencias omitivas", se dirá lo que a continuación pasamos a exponer.

Bajo el epígrafe de "quebrantamiento de forma", respecto del art, 742 LECrim . Impugna el Ministerio Fiscal la sentencia por "incongruencia omisiva", entendiendo que la omisión de pronunciamiento de las cuestiones que detalla en el recurso han generado indefensión a la acusación pública. Por su parte, también la representación del Sr. Juan Pedro , Sra. Tatiana y Sr. Borja , invoca la misma transgresión.

Sin embargo, las aludidas cuestiones-presuntas omisiones-tienen una respuesta expresa, o implícita, en la sentencia. Es más, los aspectos que se dicen omitidos en la misma, entendemos, no tienen que ver con la pretendida incongruencia omisiva de las sentencias. A este respecto es clara la doctrina del Tribunal Supremo al indicar que la incongruencia omisiva se predica del silencio o falta de respuesta de algún pedimento o pretensión jurídica formulada por las partes en sus calificaciones definitivas y no sobre cuestiones fácticas. Y en nuestro caso, las omisiones que se plantean atienden a elementos facticos de los escritos de acusación o conclusiones definitivas.

Precisamente en orden a la pretendida vulneración de garantía procesal - art. 742 LECrim ., debemos traer aquí las enseñanzas que se extraen de la sentencia del Tribunal Supremo núm. 293/2006, de fecha 13 de marzo de 2006 , que interesan al caso. Así dicha sentencia nos dice, que:

"Es doctrina reiterada de esta Sala que el expresado motivo del recurso de casación presupone el silenciar o no dar respuesta, positiva o negativa, explícita o implícita, a algún pedimento o pretensión jurídica formulada por las partes en sus calificaciones definitivas. Así, en la sentencia de esta Sala 2026/2002, de 2 de diciembre se declara que la llamada "incongruencia omisiva" o "fallo corto" constituye un "vicio in iudicando" que tiene como esencia la vulneración por parte del Tribunal del deber de resolución de aquellas pretensiones que hayan traído al proceso oportuna y temporalmente frustrando con ello el derecho de la parte integrado en el de tutela judicial efectiva a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (Sentencias del Tribunal Constitucional 192/87, de 2 de diciembre, 8/1988, de 22 de enero y 108/1990, de 7 de junio, entre otras, y de esta Sala Segunda de 2 de noviembre de 1990, 19 de octubre de 1992 y de 3 de octubre de 1997,



entre otras muchas). La doctrina jurisprudencial estima que son condiciones necesarias para la casación de una sentencia por la apreciación de este "vicio in iudicando", las siguientes:

- 1) Que la omisión o silencio verse sobre cuestiones jurídicas y no sobre extremos de hecho;
- 2) Que las pretensiones ignoradas se hayan formulado claramente y en el momento procesal oportuno.
- 3) Que se trate de pretensiones en sentido propio y no de meras alegaciones que apoyan una pretensión;
- 4) Que no consten resueltas en la sentencia, ya de modo directo o expreso, ya de modo indirecto o implícito, siendo admisible este último únicamente cuando la decisión se deduzca manifiestamente de la resolución adoptada respecto de una pretensión incompatible, siempre que el conjunto de la resolución permita conocer sin dificultad la motivación de la decisión implícita, pues en todo caso ha de mantenerse el imperativo de la razonabilidad de la decisión (STS 77/1996, de 4 de febrero , 263/96, de 25 de marzo o 893/97, de 20 de junio). "...Por otra parte, no será ocioso recordar que, como señalan las STC 58/1996, de 15 de abril y 11 de febrero de 1997, la jurisprudencia constitucional ha acentuado la importancia de distinguir entre las alegaciones aducidas por las partes para fundamentar sus pretensiones y las pretensiones en sí mismas consideradas (SSTC 95/1990 , 128/1992 , 169/1994 , 91/1995 , 143/1995 y 58/1996). Respecto de las primeras, no sería necesario para la satisfacción del derecho a la tutela judicial efectiva una contestación explícita y pormenorizada a todas y cada una de ellas, pudiendo bastar, en atención a las circunstancias particulares concurrentes, con una respuesta global o genérica, aunque se omita respecto de alegaciones concretas no sustanciales".

En el caso que nos ocupa no se invoca como vicio de incongruencia omisiva una pretensión propiamente dicha, sino que las omisiones pretendidas forman parte de la versión de los hechos que se sostiene.

Así, con respecto al estudio previo del muro (cuestión fáctica), se argumenta que el juez a quo ha obviado tal cuestión. Es decir, si era menester la realización de un estudio profundo sobre el muro que colapsó por parte de los técnicos antes de la iniciación de los trabajos de demolición. Es un hecho que el muro se cayó. La sentencia reconoce la existencia de vicios ocultos en el muro. Por su parte las acusaciones sostienen que si se hubiese realizado un estudio minucioso del mismo se hubiesen diagnosticado dichos vicios ocultos.

Se pretende así que dicho estudio minucioso conforme e integre el presunto deber de cuidado infringido por aquellos acusados, cuando es el caso que tras el juicio el Juez llega a la conclusión de que no existe prueba sobre la conexión entre la caída del muro y los trabajos de demolición.

Es más, la sentencia se pronuncia de manera expresa sobre este particular, desestimando tácitamente la necesidad del estudio, afirmando que los vicios ocultos se trataban de circunstancias imprevisibles, lo que exigiría un examen desproporcionado, más aún cuando no existía indicio alguno de que el muro estuviese en mal estado. Sin que se hubiese probado que la causa de la demolición, dice el Juez, sea imputable a la actuación de los acusados.

También considera el Mº Fiscal que la sentencia prescinde de un pronunciamiento expreso al respecto de la cuestión de la necesidad o no de un proyecto de ejecución de la demolición que concretase las medidas a adoptar en el muro medianero para que éste no hubiese colapsado.

El debate sobre qué proyecto habría sido necesario haber elaborado por los acusados para que el CALLE000 , NUM001) no se hubiese derrumbado surge para la acusación desde el momento en que el proyecto que consta en las actuaciones (elaborado por la arquitecta Rosario) se denominó "Proyecto básico de derribo, manteniendo la fachada a CALLE000 , de edificio de 58 viviendas, locales comerciales y NUM003 sótanos para garajes, en CALLE000 NUM000 ". Sin embargo, ninguna carencia generadora de indefensión padece la sentencia, por el motivo que se cita. Pues es irrelevante si el proyecto es básico o de ejecución. E incluso es irrelevante si existe o se elaboró un proyecto. Ya que, aunque no existiese tal documento lo relevante penalmente seguiría siendo si la demolición de un edificio y la manera en que la acusación lograra acreditar que se hizo ocasionó el derrumbe del colindante. Y es el caso que la sentencia se expresa en el sentido que "no podemos concluir que la demolición se realizase de la forma que, los peritos señores Carlos Manuel y del Luis , presuponen en su informe para concluir que fuese determinante del desplome". En definitiva, si la acusación no ha demostrado que la demolición del CALLE000 NUM000 haya sido la causa del derrumbe del colindante, ninguna trascendencia tiene para el Fallo de la sentencia el tipo de proyecto que existía. De este modo, la desestimación implícita que contiene esta afirmación evita la necesidad de un pronunciamiento expreso de la sentencia sobre dicha particularidad (proyecto básico o de ejecución). La denunciada omisión en realidad revela una distinta valoración de la prueba, pues para la acusación pública es importante que no exista un proyecto más amplio y el incumplimiento, que manifiesta, del proyecto que había, sin embargo, la sentencia no conecta la causa del derrumbe con ningún proyecto, siquiera con el modo en que se ejecutó la demolición según la acusación, por lo que la falta de pronunciamiento expreso sobre tal aspecto no sería susceptible de alterar el fallo de la sentencia.



Sobre la capacitación que podía tener Pedro Jesús para realizar los trabajos de demolición, pretende otorgarse a tal extremo la categoría de infracción procesal, al entender que la falta de pronunciamiento sobre si el Sr. Pedro Jesús poseía o no los conocimientos necesarios para realizar la demolición hubiese sido determinante para una condena de prácticamente todos los acusados, cuando es lo cierto que la sentencia no considera probado como causa del derrumbe los trabajos de demolición, esto es, "que la demolición se realizase de la forma que los peritos Don Carlos Manuel y Luis presuponen en su informe". Todo ello afecta a la valoración de la prueba, siendo inocuo para el fallo de la sentencia que quien hubiese realizado la demolición sea no un experto perito en la materia, pues tras la prueba practicada, el juez consideró que no se había acreditado que el muro se cayese como consecuencia de los trabajos de demolición.

De igual manera la iniciación de unas obras de demolición sin la dirección técnica de un arquitecto superior, se trata de una cuestión fáctica, que tampoco afecta al fallo de la sentencia, que, como se dejó dicho, no considera, por no haber quedado probado, como causa determinante del derrumbe los trabajos de demolición.

Por su parte, la representación procesal de los Sres. Borja Adriano Ambrosio, bajo el epígrafe "Omisiones que han producido la preconstitución del Fallo (con base en el art. 722 LECrim.), invoca idéntico motivo. Se esgrime que el Juzgador a quo no ha incluido en la sentencia la modificación de las conclusiones provisionales con las adiciones que en la pertinente fase del plenario realizó dicha parte. En este sentido hemos de recordar que dicha cuestión fue objeto de solicitud de aclaración, y rechazada por auto de 21 de marzo de 2011, remitiéndose en este particular a la constancia en autos de las modificaciones introducidas por las partes, así como a la inexistencia de ningún tipo de perjuicio y de indefensión. Es más, los añadidos fácticos, que ya de por sí no constituyen pretensión alguna, no afectan al derecho de defensa de la parte, por cuanto dichas adiciones se han desestimado bien de manera expresa bien tácitamente.

Se denuncia igualmente, tanto por el Mº Fiscal como por la acusación particular (Sres. Borja Adriano Ambrosio), como causa de nulidad por incongruencia omisiva (art. 742 LECrim.), la "No resolución por el Juzgador de la cuestión de si las lesiones sufridas por Tatiana integran o no el tipo de lesiones graves por imprudencia grave...".

En cuanto al alcance del deber de congruencia respecto a la pretensión punitiva, conviene recordar que "es doctrina constitucional reiterada que el Juzgador está sometido constitucionalmente en su pronunciamiento a un doble condicionamiento, fáctico y jurídico. El condicionamiento fáctico queda constituido por los hechos que han sido objeto de acusación, de modo que ningún hecho o acontecimiento que no haya sido delimitado por la acusación como objeto para el ejercicio de la pretensión punitiva podrá ser utilizado para ser subsumido como elemento constitutivo de la responsabilidad penal. El órgano judicial en última instancia, no podrá incluir en el relato de hecho probados elementos fácticos que sustancialmente varíen la acusación, ni realizar consecuentemente, la subsunción con ellos. El condicionamiento jurídico queda constituido, por la calificación que de esos hechos realiza la acusación..." (SSTC 123/2005, de 12 de mayo, F.5; 247/2005, de 10 de octubre, F.2; 73/2007, de 16 de abril, F.3).

Lo cierto es que en nuestro caso ninguna de las acusaciones señaladas (pública y particular Sres. Borja Adriano Ambrosio) han especificado en el relato fáctico respectivo en que consistió el tratamiento médico que fue previo para sanar, razonando el Mº Fiscal en su escrito de recurso que ello no era necesario, por cuanto entendía "que lo que determina según el Código Penal el que una lesión sea o no grave es el si precisa o no de tratamiento médico quirúrgico para su sanidad, y que basta que en el relato fáctico se haga constar que "las heridas del lesionado precisaron de tratamiento médico para su sanidad", para que pueda el Juzgador pronunciarse sobre el particular a la vista de las pruebas que se practiquen en el juicio y determinar si las lesiones son o no graves y constitutivas de delito, ya que en la frase antedicha se recogen todos los elementos fácticos necesarios para que pueda fundarse en ella una condena por causación de lesiones graves.

Sin embargo, nuestro alto Tribunal nos enseña en STS 1043/02, 7-6, que "El tratamiento médico no es un hecho típico por sí mismo, sino un criterio para establecer la gravedad mínima de una lesión a los efectos del delito del art. 147". Añadiendo las SSTs 1221/04, 27-10 y 650/08, 23-10, que "El concepto de tratamiento jurídico es un concepto normativo que, en ausencia de una definición legal, debe ser alcanzado mediante las aportaciones doctrinales y jurisprudenciales que otorgan al mismo la necesaria seguridad jurídica que la interpretación del tipo requiere". Por consiguiente, es preciso que conste descrito todo aquello en que consistió el tratamiento médico o quirúrgico, aunque la descripción del contenido del tratamiento no tiene que ser exhaustiva y así nos lo dice la STS 1137/09, de 10-4, "No es preciso que se describan en la sentencia las maniobras concretas en qué consiste la asistencia o el tratamiento médico, bastando el empleo de términos que tengan un significado lo suficientemente preciso para poder entender cuáles han sido las actividades que la medicina ha considerado necesarias para la sanidad". En caso contrario, no se tendría "base fáctica alguna, para considerar que se ha producido el tratamiento médico que exige el tipo penal, tal como ha sido interpretado por reiterada jurisprudencia de esta Sala" (STS 1387/03, de 27-10).



Pero aun cuando llegásemos a la conclusión de que con la sola expresión de que la lesión concretamente padecida "precisó tratamiento médico para su sanidad", fuese suficiente para la formulación de acusación, tampoco prosperaría el delito imprudente del art. 152.1.1º) CP, ya que no ha quedado acreditado para el Juez a quo que la demolición fuese la causa del derrumbe del muro y edificio NUM001, ni tampoco la forma en que los peritos Don. Carlos Manuel y Luis presuponen se realizó para concluir que ello fuese determinante del desplome.

QUINTO.- Sostiene el Ministerio Público que hubo infracción del art. 724 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al denegar el Juzgador la petición efectuada (a la que se adhirió la acusación particular representada por Dª Fátima Portabales, Procuradora de Juan Pedro y otros) de que se examinaran juntos los peritos designados por el Juez de Instrucción, Don Carlos Manuel y Luis, y los peritos de la defensa, Imanol (Inteinco) y Prudencio.

Se nos dice, que el Juzgador tendría que haber admitido la solicitud del examen conjunto de todos los peritos "Habida cuenta de la divergencia entre unos y otros informes periciales y para tratar de que todos los peritos pudiesen contestar a las mismas preguntas y en su caso que cada uno de ellos pudiera expresar su opinión técnica sobre lo que indicaban los otros acerca de extremos relevantes referentes a las causas del derrumbe del muro medianero...", de modo que al no haberlo hecho el Juzgador, con dicha inadmisión o rechazo de la posibilidad de examen conjunto, generó indefensión, causante de la nulidad del juicio conforme a lo establecido en el art. 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

Pues bien, cabe señalar al respecto de tal manifestación que el contenido del art. 724 LECrim. no posee un carácter preceptivo, sino que se trata más de una facultad potestativa del Tribunal, siendo este en todo caso quien, valorando las circunstancias concretas, y en virtud del principio de inmediación, deberá optar por el examen conjunto o individualizado de los peritos.

Sobre la trascendencia de la denegación de la práctica de la prueba mediante el examen conjunto de los peritos, se pronuncia en el caso concreto por ella enjuiciado la Audiencia Provincial de Santa Cruz de Tenerife, Sección 5ª, en sentencia de 29 de marzo de 2010, cuando mutatis mutandi dice: "En el presente caso, pretende el Ministerio Fiscal la declaración de nulidad, no sobre la base de la denegación de la práctica de una prueba declarada pertinente, útil y necesaria, sino de la denegación de su práctica en la forma interesada, esto es, de forma conjunta, que ciertamente pudiera ser más conveniente, pero tal infracción - insistimos de la mera práctica- es una mera irregularidad procedimental, que no genera indefensión alguna, y es que ciertamente el art. 724 LECrim. prevé el examen conjunto si han de versar sobre los mismos hechos, -lo que a priori se desconoce y nada se dice al protestar-, también lo es, que dicha prevención está prevista para el procedimiento ordinario, no para el abreviado que rige lo dispuesto en el art. 788 LECrim. (basta un solo perito). Siendo aquel de aplicación subsidiaria, y no se observa que tal irregularidad tenga la trascendencia apuntada, ni menos que haya causado indefensión material, de hecho el examen continuo de los peritos no limita en modo alguno su interrogatorio".

Huelga decir, que sobre la interpretación del art. 724 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal. también se ha pronunciado repetidamente nuestro Alto Tribunal. Así en la nº-1090/1995, de 1 de febrero, nos dice que el art. 724 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contempla la posibilidad del examen conjunto de todos los peritos "pero su decisión corresponde al Tribunal que debe acordar si la prueba pericial que debe acordar si la prueba pericial, practicada separadamente y con sumisión a los principios de oralidad, inmediación y contradicción, satisface plena y cumplidamente el derecho de defensa de todas las partes.

Como señala la sentencia de 7 de diciembre de 1993 (RJ 1993/1082), lo que realmente se pretendía era un careo entre los diversos peritos lo que, dado el número de los mismos solo podría llevar a un oscurecimiento de los temas tratados. Siguiendo a la citada sentencia podemos decir que, en esta clase de pruebas, la contradicción legalmente prevista se concreta en las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan, pero no en esta especial, atípica e insólita forma procesal".

Más recientemente el Tribunal Supremo, abundando y reiterando dicha tesis, declaró en sentencia Núm. 929/2006, de 28 de septiembre, que "En cuanto a los aspectos materiales, alega la recurrente que se le produjo indefensión, y que la única forma de corregirla era la confrontación entre los peritos. Sin embargo, en el momento de interrogar..... Pudo, por lo tanto desarrollar su interrogatorio con toda libertad y disponiendo de la necesaria información previa. Tuvo a su alcance, asimismo, la posibilidad de destacar las diferencias entre una y otra pericial en cuanto a sus conclusiones y de interrogar a los nuevos peritos en particular.

Por otro lado, esta Sala, en algunos precedentes, (STS núm. 1090/1995, de 1 de febrero de 1996 (RJ 1996, 809)), entendió que, aunque el artículo 724 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, contempla la posibilidad del examen conjunto de todos los peritos "su decisión corresponde al Tribunal que debe acordar si la prueba



pericial, practicada separadamente y con sumisión a los principios de oralidad, intermediación y contradicción, satisface plena y cumplidamente el derecho de defensa de todas las partes.

En esta sentencia se cita la STS de 7 de diciembre de 1993 (RJ 1993,10182), en la que se entendió que el "careo" es una forma de contraste de prueba que se proyecta normalmente respecto a las declaraciones de acusados y testigos (arts. 451 y siguientes y 729.1º de la LECrim .), pero no en la prueba pericial, en la que la contradicción legalmente prevista se concreta, según el citado art. 724, en las preguntas y repreguntas que las partes les dirijan: y no en esta especial, atípica e insólita forma".

Por su parte, la STS de 28 de noviembre de 2005, núm. 1440/2005 , nos dice, entre otras cosas, que "La previsión del art. 724 LECrim . Resulta forzosa respecto de los peritos propuestos por una parte y respecto de un mismo género de pericia determinado; cuando se trata de prueba proveniente de partes diversas, ciertamente tiene por finalidad facilitar la comprensión de los dictámenes -forzosamente técnicos de los peritos, posibilitando el recíproco intercambio de opiniones entre los peritos, pero ni siempre resulta posible su reunión en el mismo acto, ni la falta de ello determina la indefensión de las partes, si todas ellas disponen previamente de sus dictámenes, pueden conforme a ellos interrogar a los comparecidos en la sesión correspondiente y también pedir opinión sobre ello a los peritos que comparezcan en sesiones sucesivas".

En suma, el examen de los peritos de una manera individualizada siempre será válido y no susceptible de nulidad cuando se haya asegurado el derecho de contradicción de las partes. De modo que en nuestro caso, pese a alegarse infracción de normas o garantías procesales, es lo cierto que todos los peritos comparecieron a la vista, posibilitando el ser sometidos al interrogatorio de las partes, en cumplimiento del principio de contradicción, de forma que todas ellas tuvieron oportunidad de preguntar y obtener aclaraciones, no pudiendo por tanto, como antes ya se dijo, el motivo de nulidad prosperar, al no haberse causado la indefensión material que se alega.

SEXTO.- Se plantea también como motivo de nulidad del juicio y consecuentemente de la sentencia, la negativa del Juez a quo a que constasen en acta las preguntas a formular a dos acusados.

El hecho de que en ocasiones los Tribunales a quo hayan admitido la incorporación al acta de las preguntas a formular a los acusados que se hubiesen acogido a su derecho a no declarar, no indica que, en el caso contrario, dicha omisión sea causa de nulidad, pues se trata sin más de una posibilidad procesal, que como tal no puede amparar un quebrantamiento de una garantía procesal.

Sobre la cuestión planteada se ha pronunciado, en un supuesto similar, la Audiencia Provincial de Cádiz, en una ilustrativa sentencia de fecha 28 de septiembre de 2001 (AP de Cádiz, Sección 7ª, sentencia núm. 37/2001 de 28 de Sep .), la cual en lo que aquí interesa dice:

"En cuanto a las preguntas previamente redactadas es de advertir que se trata de un uso a extinguir ya que si el acusado utiliza su derecho a no declarar o a guardar silencio, si alguna de las acusaciones o intervinientes solicita que consten en el acta del juicio, las preguntas que se le hubieran formulado a fin de sacar las conclusiones que sean, como si éste hubiere optado por responderle al día de la fecha tal pedimento y su admisión tuvo mucho que ver con la forma en que antiguamente era entendida y valorada la declaración del acusado y, sobre todo, su silencio. Así, quedando constancia de las preguntas efectuadas y no contestadas, el Tribunal enjuiciador o, en caso de impugnación el superior, incluirían en el acervo valoratorio los concretos interrogantes y su falta de respuesta para deducir las correspondientes consecuencias.

Sin embargo, en la actualidad, dicha manera de proceder debe ser rechazada pues, independientemente de que ninguna norma lo ampara, el acusado tiene el derecho a no declarar y, si así lo ejercita, no ha de depararle perjuicio alguno. Carece de sentido, pues, hacer constar en acta las preguntas si ninguna conclusión se pueda extraer de su silencio".

Al respecto de la misma cuestión nuestro Alto Tribunal, como no podía ser de otra manera, es claro al respecto. Y así hemos de citar la sentencia TS núm. 176/2008, Sala de lo Penal, de 24 de abril , cuando dice:

"Denuncia, con amparo en el art. 5.4 de la LOPJ , la vulneración de su derecho a la seguridad jurídica y la arbitrariedad con afectación del art. 14 de la Constitución , por trato discriminatorio. Concreta tan grave acusación en el hecho de que se "ha vulnerado el derecho a realizar preguntas pertinentes a los imputados y que consten en el acta las mismas". A continuación no subsigue un fundamento de la impugnación ni expresión de los hechos. En el acta del juicio oral consta que los acusados se negaron, en el ejercicio de su derecho a no declarar, a contestar a las preguntas formuladas por la acusación. El ejercicio de ese derecho constitucional no puede ser violentado por la acusación insistiendo en sus preguntas y no es precisa la documentación de las preguntas que realiza, sino la expresión del ejercicio del derecho por parte del acusado.



Contrariamente a lo que el recurrente expresa el silencio del acusado no puede ser objeto de valoración por el Tribunal, pues del ejercicio de un derecho constitucional no debe subseguir un efecto negativo a su presunción de inocencia. Cuestión distinta es que el Tribunal de instancia, sobre la base de otra actividad probatoria distinta del silencio del acusado, pueda inferir efectos del silencio cuando el cúmulo de actividad probatoria exija del acusado una explicación de los hechos imputados".

Es decir, el silencio de los acusados está configurado en nuestro ordenamiento jurídico como un derecho de raíz constitucional (art. 24.2º CE). Se trata además de un acto jurídico, que se produce en un contexto jurídico-procesal. Por lo que hay que recordar, que como todo acto jurídico, produce una consecuencia jurídica. Esto es, el silencio del acusado tiene un valor negativo, pues no supone aceptación alguna de los hechos ni puede ser interpretado en contra de la presunción de inocencia que le ampara (art. 24.2º CE).

La plasmación en el acta de las preguntas solo está prevista a los efectos del recurso de casación por quebrantamiento de forma (art. 850.1 ª, 3 ª y 4ª de la L.E.Crim) frente a las resoluciones del Tribunal y su finalidad no es otra que contrastar la pertinencia y/o necesidad de la prueba denegada y/o desestimada. Por tanto, carece de toda justificación frente al silencio del acusado derivado del ejercicio de un derecho y que no puede producir perjuicio alguno a los acusados. Consecuentemente, la formulación de las preguntas es intrascendente, pues el Tribunal no puede sacar consecuencia perjudicial alguna para los acusados de las mismas.

Otra cuestión distinta, como ya se dijo, sería el de la existencia de otras pruebas contra el acusado, con las que pudiese contar el Tribunal para fundar su íntima convicción, como podría ser incluso su propia declaración en la instrucción introducida en el plenario mediante lectura (al amparo de los arts. 714 y 730 LECrim .), al tratarse el derecho al silencio de un derecho de ejercicio sucesivo, al que puede acogerse tantas veces sea llamado a declarar, en cuyo caso el silencio del mismo en juicio oral podría ser considerado como una "contradicción".

SEPTIMO.- Sobre el motivo de nulidad del juicio y de la sentencia por denegación o inadmisión de determinadas preguntas por parte del Juzgador bajo declaración de impertinencia, conviene recordar la postura del Tribunal Constitucional sobre el derecho a utilizar los medios de prueba, al declarar en la sentencia de 4 de diciembre de 1997 , que los medios de prueba pertinentes para la defensa, integran el contenido de un derecho fundamental contenido en el art. 24.2 de la Constitución , pero su infracción no es consecuencia de cualquier denegación judicial de peticiones de actividad probatoria, sino que requiere un efecto material de indefensión, esto es, requiere que la actividad no practicada y solicitada en tiempo y forma sea potencialmente trascendente para la resolución del conflicto.

No existe un derecho incondicional a la prueba (SS 6.11.90 y 10.7.2001). Y no se puede desapoderar a los órganos judiciales de la competencia que le es propia para apreciar su pertinencia y necesidad (SSTC 59/91 y 206/94).

Hemos, pues, de decir con carácter general que es el juez de instancia el que, bajo la intermediación de la prueba, debe efectuar el control sobre el tipo de interrogatorio que se practica a las persona que deben deponer en sala, en función de distintos criterios, entre ellos, la sana crítica, la condición en que declaran, la utilidad, la reiteración, sugestión y factores varios.

En nuestro caso, difícil resulta entender que la inadmisión de determinadas preguntas, bajo la consideración de impertinencia, pueda haber causado indefensión a la parte implicada en el interrogatorio en el contexto de un juicio cuyas sesiones se fueron sucediendo a lo largo de casi un mes, con amplias declaraciones, y difícil es pensar en ese contexto de prueba global, donde hubo ocasión de formular múltiples preguntas, en una vulneración de la contradicción con efectos de indefensión material, por el hecho de que algunas preguntas hubieran sido inadmitidas por impertinentes.

OCTAVO.- También se sostiene por el Mº Fiscal y partes acusadoras, que se ha producido un error en la apreciación de la prueba.

Conviene insistir a este respecto, que desde la doctrina sentada por el Pleno del Tribunal Constitucional, a través de la sentencia núm. 167/2002, de 18 de septiembre , se imposibilita al órgano ad quem valorar las pruebas personales que no se hubieran practicado ante él, así como las indiciarias, cuyo juicio de inferencia se hubiere efectuado sobre la prueba personal en la que tampoco hubiere mediado, al no haber observado las garantías de intermediación y contradicción que exige la práctica de toda prueba.

A partir, pues, de la mencionada sentencia, la apelación penal ha quedado condicionada por el principio de intermediación, no pudiendo el Tribunal de segunda instancia entrar en el examen o valoración de pruebas practicadas ante la inmediata presencia del Tribunal a quo, y que no son susceptibles de ser reproducidas ante aquél. Esto es lo que ocurre con la prueba testifical, con la prueba de confesión y con la prueba pericial no unánime.



Por tanto, es imposible que un Tribunal de apelación pueda revocar una sentencia absolutoria y dictar un pronunciamiento condenatorio, a menos que se base sólo en la prueba documental o en una prueba pericial única o unánime, salvo la celebración de vista pública en segunda instancia, de modo que el órgano judicial de apelación pueda resolver tomando un conocimiento directo e inmediato de dichas pruebas (STC 43/2005, de 28 de febrero).

Dicha conclusión, no se desvirtúa por el hecho de que también exista prueba documental en la causa, pues la misma es insuficiente para poder enervar el principio de presunción de inocencia, y es que dicha documental debería ser contrastada asimismo con las pruebas de carácter personal, que se practicaron en juicio ante la intermediación del Juzgador a quo, lo que no puede efectuarse en esta alzada.

Es más, no todo documento unido a la causa es susceptible de constituir prueba documental; este es el caso de las pruebas periciales. Conforme a la doctrina de nuestro alto Tribunal, las mismas no siempre constituyen documentos a los mencionados efectos, pues se trata de una prueba personal, y no documental, a pesar de que aparezca documentada. Para que una prueba pericial pueda tener carácter documental, y por lo tanto pueda ser objeto de valoración por el Tribunal conecedor de la segunda instancia, esta, como ya se ha indicado, tendrá que tener carácter unitario, o, en el caso de que existan varias, poseer un carácter unánime y no contradictorio.

Así nuestro alto Tribunal en sentencia núm. 409/2006, de 13 de abril, nos enseña lo siguiente: "Y con respecto al informe pericial, también se considera por el Tribunal Supremo que no constituyen documentos a estos efectos la prueba pericial, pues se trata de una prueba personal y no documental, aunque aparezca documentada, a efectos de constancia. Ahora bien, excepcionalmente se les reconoce este carácter cuando existiendo un único informe o varios absolutamente coincidentes, sobre un determinado extremo fáctico respecto del cual no existen otros elementos probatorios Así pues la excepción requiere que él o los dictámenes periciales sean coincidentes respecto de una cuestión sobre la que no exista otra forma de probarla y que, sin embargo, el Tribunal sin una justificación razonable se haya apartado de lo indicado en el dictamen pericial. Ahora bien, aunque, como dijimos, en ciertos casos un informe pericial pueda ser considerado documento a los efectos del art. 849.2 LECrim . "sin embargo, no cabe hablar de una equiparación plena de la prueba pericial a la documental a estos efectos del art. 849.2 LECrim . . No lo permite la diferente naturaleza de estos dos medios de prueba". La pericial es una prueba de carácter personal donde el principio de intermediación procesal, particularmente cuando, aquí ocurrió, esta prueba se practica en el juicio oral, tiene una relevancia que no aparece en la documental. Si, como hemos dicho, en definitiva la interdicción de la arbitrariedad constituye el fundamento último de la norma del art. 849.2 LECrim . en esta clase de prueba dado su carácter personal, ha de tener mayor importancia la explicación que al efecto nos ofrezca el Tribunal de instancia sobre su apreciación de lo escuchado en juicio (SSTS 275/2004 de 5.3/RJ 2004, 1461 / y 768/2004 de 16.6/RJ 2004, 4430/)...".

Sobre la naturaleza de la prueba pericial nos habla asimismo el Tribunal Constitucional.

"En relación a la prueba pericial, atendida su naturaleza y la del delito enjuiciado, podrá ser valorada sin necesidad de oír a los peritos y de reproducir íntegramente el debate procesal, cuando en el documento escrito de los informes periciales estén expuestas las razones que pueden hacer convincentes las conclusiones a que estos informes lleguen (STC 143/2005 de 6.6), esto es cuando el Tribunal ad quem valora la prueba pericial solo a través del reflejo escrito que la documenta (STC 75/2006 de 13.3). No así cuando el perito haya prestado declaración en el acto del juicio con el fin de explicar, aclarar o ampliar su informe, dado el carácter personal en tal caso adquiere este medio de prueba (STC 10/2004 de 9.2 , 360/2006 de 18.12.21 /2009 de 26.1). "De este modo, al valorar la prueba pericial realizada en el acto del juicio, el respecto a los principios de publicidad, intermediación y contradicción, que forman parte del derecho a un proceso con todas las garantías, hubiera requerido que el Tribunal de apelación hubiera oído personalmente a los peritos autores de los informes que declararon en el acto del juicio, dado el carácter personal de estos medios de prueba (STC 360/2006, de 18 de diciembre /RTC 2006, 360/, F.4; en el mismo sentido, STC 10/2004, de 9 de febrero (RTC 2004,10/ F.7), para así poder llevar a cabo la valoración y ponderación que ha efectuado de la prueba pericial practicada y ratificada en el juicio, corrigiendo la del Juzgado de lo Penal" (STS 21/2009, de 26 de enero, fundamento jurídico 3º in fine).

A la luz de la doctrina jurisprudencial expuesta al respecto de la prueba pericial, no cabe la posibilidad en el presente procedimiento de que la práctica como tal pueda ser considerada como prueba documental, pues además de coexistir en la causa una pluralidad de informes periciales sobre los mismos han declarado en el acto del juicio sus autores. Ambas circunstancias llevan a concluir que han de ser consideradas de carácter personal, y, consecuentemente, no podrán entrar a ser valoradas por el Tribunal ad quem, en pos a la salvaguardia de la intermediación, contradicción efectiva, oralidad y publicidad, principios que sí han concurrido en las sesiones de Juicio Oral. Esto es, no puede aceptarse que la interpretación de las pruebas periciales, pueda hacerse "solo" con base a lo "documentado", cuando los peritos comparecieron en el acto del juicio oral, habiéndose sometido a los interrogatorios de las partes, en una amplia exposición. Dicho lo cual, solo añadir



que la inmediación no podrá ser nunca garantizada ni sustituida mediante la simple reproducción video-gráfica del acto del juicio, conforme a lo acuñado por doctrina constitucional reciente (SSTC de 21 de mayo de 2009 y núm. 2/2010 , de 11 de enero).

Sobre las pruebas personales, apreciadas con inmediación, se ha pronunciado la STS núm. 1384/2004, de 22 de noviembre , que nos enseña que "... la invocación del derecho fundamental a la presunción de inocencia permite a este Tribunal constatar si la sentencia de instancia se fundamenta en: a) una prueba de cargo suficiente, b) constitucionalmente obtenida, c) legalmente practicada, y d) racionalmente valorada. Pero -claro está- ello no supone suplantar la valoración por parte del Tribunal sentenciador de las pruebas apreciadas con inmediación, como las declaraciones testificales o las manifestaciones de los propios imputados o coimputados, así como los dictámenes periciales, ni realizar un nuevo análisis crítico del conjunto de la prueba practicada para sustituir la valoración ponderada y directa del Tribunal sentenciador. La jurisprudencia de esta Sala (STS núm. 1095/2003, de 25 de julio / RJ 1993, 3772/) es reiterada en lo que concierne a la exclusión del objeto de la casación de la cuestión de la credibilidad de los testigos, en la medida que ésta depende de la inmediación, es decir, de la percepción sensorial directa de la producción de la prueba. Se trata en tales casos, de una cuestión de hecho, en sentido técnico, que, por lo tanto, no puede ser revisada en un recurso que solo tiene la posibilidad de controlar la estructura racional de la decisión sobre los hechos probados".

Es decir, por encima del principio de inmediación no se puede llevar a cabo por el órgano ad quem un reexamen y reimpresión de pruebas tales como las testificales, examen de los acusados y periciales practicadas en el juicio oral, pues ello sería claramente contrario a lo dispuesto por nuestra doctrina constitucional.

NOVENO .- Denuncia el Mº Fiscal (y acusación particular Sra. Aurora) "Infracción de ley. Vulneración de los arts. 142.1 y 267 del Código Penal , o subsidiariamente infracción de los arts. 621.2 y 3 del Código Penal "

De este modo se denuncia que la errónea valoración de la prueba por el juzgador a quo conduciría inexorablemente a la aplicación de los preceptos indicados, esto es, a la condena de los acusados. Obviamente, sí como sostiene la acusación ésta hubiese demostrado que efectivamente tuvo lugar una escandalosa demolición, llevada a cabo de la edificación de CALLE000 NUM000 , que hubiese determinado (o ser causa eficiente) la caída del muro y edificación colindante, naturalmente, procedería plantearnos la aplicación de los mentados preceptos, en función de la participación de cada uno de los acusados en los hechos. Pero ello no ha ocurrido para el Juez en el presente supuesto. Esto es, no se ha acreditado que la demolición haya sido causa necesaria, suficiente y bastante del derrumbe, ni que la imprudencia ni leve ni mucho menos grave haya presidido la conducta de los acusados, ya que no se ha acreditado que las patologías contenidas en el muro y edificación colindante fuesen previsibles para aquéllos.

En definitiva, el motivo que se expresa bajo el epígrafe inicialmente reseñado, se trata de un motivo de apelación directamente vinculado a la valoración de la prueba por el Juez de lo Penal, que no ha considerado la existencia de una prueba concluyente que le permitiese asegurar que la causa directa, eficaz y cierta del derrumbe pudiese ser atribuida a la conducta de los acusados.

DÉCIMO.- En cuanto a las costas correspondientes o causadas a Rosario y su aseguradora ASEMAS, que en la sentencia se imponen a Carina y Pelayo (representados por la Procuradora Dª Silvia Domínguez) y a Juan Pedro , Borja y Tatiana (representados por la Procuradora, Dª Fátima Portabales), se dirá que tal decisión no la encontramos suficientemente justificada o motivada.

En materia de costas procesales su imposición al querellante o acusación particular no se rige por un principio objetivo que determine su imposición a dicha parte, sino que la regla general es la no imposición, aún cuando la sentencia haya sido absolutoria y contraria a sus pretensiones, excepto cuando se aprecie temeridad o mala fe en la actuación de la parte acusadora.

Por temeridad se debe entender el sostenimiento de una pretensión que aparece ex ante como claramente improcedente. Y en nuestro caso no podemos ignorar, que a pesar de que el Mº Fiscal no formuló acusación contra la arquitecta Rosario , hubo un auto de apertura de Juicio Oral que la incluyó, es decir un control por parte del Juez de Instrucción, que permitió al mismo valorar si en las diligencias practicadas realmente existían o no indicios racionales de criminalidad contra aquélla, pues en caso contrario, de no apreciarse la existencia de tal clase de indicios lo procedente sería acordar el sobreseimiento correspondiente.

Por lo demás, el hecho de una renuncia documentada de la arquitecta, no hace sin más aparecer ex ante como claramente improcedente la pretensión contra ella sostenida, ya que, como es sabido, ningún hecho llega incondicionalmente acreditado al juicio oral, salvo que haya conformidad expresa o que el hecho objetivo no se discuta. Además fue negada la validez de la renuncia.

Todo ello nos lleva a dejar sin efecto la imposición de las costas causadas a Rosario y a su aseguradora ASEMAR.



En cuanto a las costas correspondientes o causadas a Guillerma que en la sentencia se imponen a Juan Pedro , Borja y Tatiana , se dirá que esta decisión tampoco la vemos suficientemente justificada o motivada.

Como anteriormente hemos dicho la norma general es la no imposición de las costas al querellante o acusador particular, aún cuando la sentencia haya sido absoluta y contraria a sus pretensiones. Es más tampoco aquí podemos obviar que hubo un auto de Apertura de juicio oral que permitió valorar la existencia de indicios racionales que incluyó a la Sra. Guillerma . La cual ostentaba en la entidad GUNYPRO S.L. la condición de socio con una tercera parte de las participaciones (es decir, un 33% del capital social), al igual que Jeronimo y Fidel , contra los que sí formuló acusación el Mº Fiscal; y al propio tiempo, la misma, ostentaba la condición de administrador mancomunado, al igual Rafael y Samuel , contra los que de igual manera que el resto de los socios sí formuló acusación el Mº Fiscal. Por consiguiente, y toda vez, como anteriormente se dijo, ningún hecho llega incondicionalmente acreditado al juicio oral, la simple razón de haberse alejado la acusación particular de la postura del Mº Fiscal, sin otro razonamiento añadido, entendemos resulta insuficiente para acordar la imposición de las costas causadas a la Sra. Guillerma a los mentados Juan Pedro , Borja y Tatiana .

Todo ello nos lleva, pues, a dejar sin efecto la imposición de las costas antedichas.

DÉCIMO PRIMERO.- En suma, cumple desestimar los recursos de apelación (y adhesión) interpuestos contra la sentencia Nª- 93/2011 del Juzgado de lo PENAL de Vigo Nª DOS dictada en Procedimiento Abreviado 353/2009, de fecha 21 de febrero de 2011 (con auto aclaratorio de 21 de marzo de 2011), excepto el recurso formulado por la representación procesal de Carina y Pelayo y el formulado por la representación procesal de Juan Pedro , Borja y Tatiana , que se estiman solo en parte y únicamente en lo que se refiere al pronunciamiento de imposición de costas devengadas a Rosario y devengadas a Guillerma , pronunciamientos de condena en costas señalados que se dejan sin efecto, confirmando en todo lo demás la sentencia apelada, con declaración de oficio de las costas de esta alzada, al no existir méritos bastantes para su imposición, y declaración de oficio igualmente, consecuentemente con lo dicho, de las costas procesales de la primera instancia.

Por todo lo expuesto, vistos los preceptos legales de general y pertinente aplicación y, en virtud de la potestad jurisdiccional que nos confiere la CE. .

FALLAMOS:

Que debemos desestimar y desestimamos los recursos de apelación (y sus adhesiones) interpuestos contra la sentencia del Juzgado de lo PENAL DE VIGO Nª-DOS, dictada en Procedimiento Abreviado 353/2009, de fecha 21 de febrero de 2011 (con auto aclaratorio de 21 de marzo de 2011), excepto el recurso formulado por la representación procesal de Carina y Pelayo y el recurso formulado por la representación procesal de Juan Pedro , Borja y Tatiana , que se estiman solo en parte y únicamente en lo que se refiere al pronunciamiento de imposición de costas devengadas a Rosario y devengadas a Guillerma , pronunciamientos de condena en costas señalados que, con revocación en parte de la sentencia, se dejan sin efecto, confirmando en todo lo demás la sentencia apelada, con declaración de OFICIO de las costas procesales de ambas instancias.

Notifíquese el presente a las partes personadas, de conformidad con lo establecido en el artículo 248-4º de la Ley Orgánica del Poder Judicial , haciéndoles saber que contra la misma no cabe recurso.

Expídase testimonio de esta resolución para su unión al rollo de Sala y para su remisión al Juzgado de procedencia, para cumplimiento de lo acordado, tomándose las oportunas notas en los libros registro de esta Sección.

Así, por esta nuestra Sentencia, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.