

Id. Cendoj: 21041370032011100001

Organo: Audiencia Provincial

Sede: Huelva

Sección: 3

Tipo de Resolución: Sentencia

Fecha de resolución: 18/03/2011

Nº Recurso: 8/2010

Ponente: ANTONIO GERMAN PONTON PRAXEDES

Procedimiento: PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO

AUDIENCIA PROVINCIAL

SECCIÓN TERCERA

HUELVA

Rollo número: 8/2010

Procedimiento Sumario número: 2/2009

Procedencia Juzgado de Instrucción número 1 de Huelva.

SENTENCIA NUM

Ilmos Sres:

Don José M^a Méndez Burguillo

Don Antonio G. Pontón Práxedes

Don Luis G. García Valdecasas y García Valdecasas

En la ciudad de Huelva, a 18 de Marzo de 2011.

La Sección Tercera de esta Audiencia Provincial, compuesta por los Magistrados anotados al margen y bajo la ponencia del Ilmo. Sr. D. Antonio G. Pontón Práxedes, ha visto en Juicio Oral, la causa procedente del Juzgado de Instrucción número Uno de Huelva, seguida por el procedimiento de Sumario contra Jose Ángel, nacido el 22 de Febrero de 1965, con D.N.I. NUM000 y contra Frida, nacida el 7 de Febrero de 1975, con D.N.I. nº NUM001 en Prisión Provisional por esta causa, representados respectivamente por los Procuradores D^a Alejandra Martín Moreno y D^a Maria Luisa Torres Toronjo y defendidos por los Letrados D. Juan López Rueda y D. Manuel Domínguez Salcedo. Siendo partes el Ministerio Fiscal representado en el acto del Juicio Oral por D. Alfredo Flores Prada, la Acusación Particular de D. Celso y D^a Violeta, representados por la Procuradora D^a Inmaculada García González y asistidos por el Letrado D. Alberto Revuelta y los procesados.

ANTECEDENTES DE HECHO

PRIMERO .- Incoado Sumario por el referido Juzgado de Instrucción y seguido por todos sus trámites y practicadas las diligencias pertinentes y dictado Auto de Procesamiento, se dictó Resolución por esta Audiencia Provincial acordando su tramitación y enjuiciamiento por los tramites previstos por la Ley del Jurado y designado que fue Magistrado-Presidente en fecha 22 de Noviembre de 2010 se dictó nuevo Auto por el que se declaraba la Competencia para el enjuiciamiento de estos hechos a esta Audiencia Provincial a través de una de sus Secciones adecuándose su tramitación a las normas del proceso ordinario por delito con plena conservación de la

validez de cuantos actos procesales se habían practicado y no contradecían dicha Resolución y remitida la causa a la Oficina de Reparto de esta Audiencia Provincial fue turnada a esta Sección Tercera, dictándose Diligencia de Ordenación de 25 de Noviembre de 2010 por la que se daba traslado de las actuaciones a las partes personadas por término de diez días a fin de que manifestaran lo que tuvieran por conveniente respecto de la referida adecuación del procedimiento a Sumario.

SEGUNDO .- Tramitado el rollo de Sala conforme a la Ley, emitidos los escritos de conclusiones provisionales por el Ministerio Fiscal, Acusación Particular y la representación de los procesados, quienes propusieron las pruebas que estimaron convenientes a sus derechos e intereses y admitidas por el Tribunal las pertinentes, se señaló para el inicio de las Sesiones del Juicio Oral el día 16 de Febrero de 2011 y días sucesivos con el resultado que consta en Acta, quedando el día 25 de Febrero de 2011 el Juicio Visto para Sentencia.

TERCERO .- En dicho acto el Ministerio Fiscal en sus conclusiones definitivas, calificó los hechos como constitutivos de un delito de Abuso Sexual de los artículos 181.1 y 2 en relación con el artículo 180.1.3º(especial vulnerabilidad de la víctima por su edad) en su redacción anterior a la LO 5/2010 y de un delito de Asesinato del artículo 139.1 del mismo texto legal, de dichos delitos es responsable en concepto de autor material Jose Ángel y Frida es cooperadora necesaria artículo 28.2 en el delito de Asesinato, concurriendo en Jose Ángel y para el delito de Abuso Sexual la agravante de Reincidencia del artículo 2.8, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad penal en la acusada Frida, solicitando se le impusiera al acusado Jose Ángel y por delito de Asesinato la pena de VEINTE AÑOS de PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y por el delito de Abuso Sexual la pena de TRES AÑOS de PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y costas procesales. Abono de la Prisión Preventiva.

Y al amparo del artículo 57 en relación con el artículo 48.1 y 2 ambos del Código Penal se solicita además la pena de Prohibición de residir en Huelva así como de

aproximarse y comunicarse con los familiares de la víctima, sus padres, hermanos, tíos y abuelos por cualquier medio o procedimiento durante 33 años.

Y para la acusada Frida por el delito de Asesinato la pena de DIECISIETE AÑOS de PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y costas procesales. Abono de la Prisión Preventiva.

Y al amparo del artículo 57 en relación con el artículo 48.1 y 2 ambos del Código Penal se solicita además la pena de Prohibición de residir en Huelva así como de aproximarse y comunicarse con los familiares de la víctima, sus padres, hermanos, tíos y abuelos por cualquier medio o procedimiento durante 27 años.

En materia de Responsabilidad Civil los acusados indemnizarán conjunta y solidariamente a Celso e Violeta en la cantidad de 122.000Euros y a cada uno de los hermanos de la víctima Juan José y Daniel en la cantidad de 22.000 Euros, igualmente y en concepto de daño moral añadido indemnizarán a sus padres y hermanos en 19.000 Euros por los días que transcurrieron entre la muerte de la menor y el descubrimiento del cadáver con aplicación del artículo 576 de la LEC.

Y para el caso de ser condenados los acusados a penas superiores a 5 años de Prisión se señale expresamente en la Sentencia dada la gravedad de los hechos y de los delitos que en su caso la clasificación en tercer grado penitenciario no pueda producirse antes del cumplimiento de la mitad de la condena total impuesta.

Igualmente se interesó contra la testigo Reyes y por la posible comisión durante su declaración testifical en Juicio de un presunto delito de Falso Testimonio del artículo 458.2 del Código Penal de deducción de Testimonio de particulares y remisión al Juzgado de Guardia para la investigación de dicho delito.

La Acusación Particular en igual trámite calificó los hechos como constitutivos de un delito de Asesinato del artículo 139.1 del Código Penal y alternativamente:

a) de un delito Contra la libertad sexual del artículo 178 y 180.1.3º del Código Penal por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima.

b) De un delito Contra la libertad sexual del artículo 181.1 y 2 en relación con el artículo 180.3º por razón de la especial vulnerabilidad de la víctima.

Del delito Contra la Libertad Sexual es responsable en concepto de autor el acusado Jose Ángel y del delito de Asesinato deben responder Jose Ángel en concepto de autor y Frida en concepto de cooperadora necesaria.

Concurriendo en el delito contra la libertad Sexual en ambas calificaciones alternativas la agravante de reincidencia cualificada del artículo 66.5 del Código Penal, en el delito de Asesinato concurre respecto de Jose Ángel la agravante 2º y 6º del artículo 22 y respecto de Frida la agravante 2º del artículo 22 del Código Penal.

Solicitándose para el procesado Jose Ángel por el delito de Asesinato la pena de VEINTE AÑOS de PRISION y por el delito Contra la Libertad Sexual en el supuesto del apartado a) de la calificación segunda, la pena de DOCE AÑOS y en el supuesto del apartado b) de la calificación segunda la pena de CUATRO AÑOS y SEIS MESES DE PRISIÓN.

Además las penas accesorias correspondientes y costas incluidas las de la Acusación Particular.

Procede imponer a la procesada Frida por el delito de Asesinato la pena de DIECISIETE AÑOS y SEIS MESES de PRISIÓN además de las accesorias correspondientes y costas, incluidas las de la Acusación Particular. Abono de la Prisión Preventiva.

En materia de Responsabilidad Civil sin perjuicio de la responsabilidad que se solicita por el Ministerio Fiscal se interesa que ambos procesados indemnicen por el especial dolor provocado así como por la angustia vivida durante los 54 días que

permaneció desaparecida y las secuelas que dichos hechos han dejado y continúan en la actualidad conjunta y solidariamente a los padres y a los dos hermanos de la pequeña Paula en la cantidad de un Millón de Euros más los intereses legales correspondientes.

CUARTO .- En el mismo trámite las Defensas de los procesados solicitaron la libre Absolución de sus patrocinados.

Y por la Defensa de Frida se solicitó además se proceda a deducir Testimonio de Particulares contra el testigo Reyes por si la conducta de dicha testigo pudiese resultar constitutiva de delito previsto en el párrafo 2 del artículo 458 del Código Penal.

HECHOS PROBADOS

PRIMERO.- Que entre las 16'30 y 16'40 horas del día 13 de Enero de 2008 la menor Paula de Cinco años edad (nacida el 12 de Diciembre de 2002) salió de su domicilio sito en la PLAZA000 nº NUM002,NUM003, Bda. de El Torrejón de este Capital en donde vivía con sus padres Celso e Violeta y sus hermanos José y Daniel de 13 y 10 años de edad dirigiéndose por la acera de los números impares de la AVENIDA000 al Kiosco sito a la altura del nº NUM005 de la referida Avda. esquina con la PLAZA001 de la citada Barriada con la finalidad de comprar chucherías.

En aquellos momentos Paula vestía una camiseta color fucsia con un rótulo escrito con círculos brillantes plateados con la palabra "Love", una falda vaquera corta, leotardos de color rosa y botas vaqueras de color azul con cremallera.

Una vez en el referido Kiosco adquirió una bolsa de palomitas siendo atendida por Juan Ignacio y a continuación regresó a su domicilio por la misma acera cuando al llegar a la altura del Edificio nº1 la menor fue observada por el procesado Jose Ángel,

mayor de edad y ejecutoramente condenado por Sentencias firmes de fecha 13/12/2004 dictada por el Juzgado de lo Penal nº4 de Sevilla por delito de Abusos Sexuales; fecha 30/12/2005 dictada por el Juzgado de lo Penal nº 1 de Sevilla por delito de Abusos Sexuales; así como por Sentencias posteriores firmes de fechas 1/7/2008, Juzgado de lo Penal nº 3 de Gijón por delito de Abusos Sexuales y de 4/5/2009 por igual delito dictada por el Juzgado de lo Penal nº 5 de Sevilla, quien se encontraba asomado a la ventana de su vivienda sita en el primer Piso en el que convivía con su esposa y su hermana la también procesada Frida, mayor de edad y con antecedentes penales no computables.

El procesado con la finalidad de satisfacer su ánimo libidinoso atrajo arrojándole a la acera un osito de color blanco.

Paula cogió el osito y se adentró en el portal haciéndole gestos el acusado para que llegara hasta su domicilio, subiendo la menor el único tramo de escalera que conduce a dicha vivienda momento en el que el procesado para obtener placer sexual comenzó a efectuar diversos tocamientos sobre su cuerpo y como quiera que la menor se resistiese a estos tocamientos el procesado para evitar que huyera la agarró por la muñeca y por el tórax originándose un forcejeo, sufriendo la menor lesiones consistentes en contusión en cráneo a nivel de región parietal postero-inferior izquierda con afectación de piel y hueso, contusión en hemitorax izquierdo en plano torácico inferior en parte más lateral y plano torácico medio en porción más medial así como contusión en muñeca, rodilla y codo derecho, lesiones estas que no sangraron pero fueron de entidad suficiente como para dejar a la menor inconsciente, el acusado ante esta situación decidió deshacerse del cuerpo con vida de la menor para lo cual entró en la vivienda y cogiendo uno de los carritos de la compra que habitualmente utilizaba de color marrón introdujo en ese estado de inconsciencia a Paula tapándola con un chaquetón de color negro para evitar que se le viera la parte que sobresalía que era la cabeza.

SEGUNDO.- Una vez introducida la menor en ese estado de inconsciencia en el carrito, el acusado se dirigió a la habitación de su hermana Frida, la cual se encontraba

durmiendo, despertándola, contándole lo que minutos antes había sucedido y pidiéndole que le ayudara a trasladar a la menor en el vehículo marca Hyundai Accent de color azul matrícula JRP que era utilizado habitualmente por la procesada.

A estos efectos bajaron hasta el vehículo que estaba estacionado en la PLAZA000 introduciendo Jose Ángel el carrito en el maletero del vehículo dirigiéndose ambos hasta la zona de las Marismas próxima el Estero del Rincón lugar al que llegaron por el "camino de acceso a la llamada tubería de la confederación" en donde Jose Ángel sacó el carrito del maletero y arrojó a la menor al agua cuando aun estaba viva, produciéndose la muerte de la menor por asfixia por sumersión.

Frida se marchó del lugar en el vehículo y Jose Ángel se fue andando a su domicilio donde llegó con las botas manchadas de barro y sin el carrito que había utilizado para transportar a la menor del que se había deshecho en el camino de vuelta.

Una vez en su domicilio al que llegó sobre las 17'30 horas le dijo a su esposa que fueran a dar una vuelta, caminando ambos hasta la Avda. de Andalucía adquiriendo entre las 18 y 19 horas en un Bar una botella de agua, regresando posteriormente al domicilio donde Frida les comunicó que los familiares de la menor habían estado en la casa buscándola.

Jose Ángel procedió a lavar las botas que llevaba cuando arrojó a la menor para evitar que en ellas se encontraran restos orgánicos.

Al día siguiente a las 5'30 horas el procesado y su mujer se dirigieron a la estación de Autobuses de esta Ciudad dirigiéndose a Sevilla en donde pernoctaron ese día en el Servicio de Urgencias del Hospital Virgen del Rocío, marchándose el día 15 de Enero a Granada donde fueron detenidos sobre las 22'45 horas en la estación de autobuses por funcionarios policiales y trasladados a la Comisaría de Policía nacional en donde tras prestar declaración fueron puestos en libertad.

Trasladándose nuevamente a Madrid, a Valencia y finalmente a la localidad de Pajaroncillo (Cuenca) en donde se les unió la procesada y en esta última localidad permanecieron hasta el día 25 de Marzo en el que se dirigieron en autobús a Cuenca en donde fueron detenidos.

Días previos a la detención el procesado realizó diversas gestiones relativas a la posibilidad de cobrar su pensión en el extranjero.

El cuerpo sin vida de la menor apareció sobre las 17'30 horas del día 7 de Marzo de 2008, siendo avistado por dos operarios de la empresa Cepsa flotando boca abajo en la desembocadura de los ríos Tinto y Odiel, siendo rescatado por una embarcación de la Guardia Civil en las proximidades del pantalán Reina Sofía en la zona denominada Torre Arenilla.

TERCERO.- Jose Ángel padece una parafilia del tipo pedofilia con impulsos sexuales intensos y recurrentes, con fantasías o comportamientos sexuales con niñas prepuberes, no sufriendo alteración de sus capacidades intelectivas, cognitivas ni volitivas y es capaz de comprender la ilicitud de sus acciones y de actuar conforme a dicha comprensión.

Frida no presenta alteración mental ni alteración psicopatológica que disminuya o merme sus facultades intelectivas y volitivas.

FUNDAMENTOS DE DERECHO

PRIMERO .- CONSIDERACIONES GENERALES: LA SENTENCIA JUSTA

Ha constituido petición común de todas las partes de esta causa el dictado de una Sentencia Justa.

En efecto, las Acusaciones con sus pretensiones condenatorias, las Defensas con sus respectivas solicitudes de Libre Absolución, han instado de este Tribunal que pronuncie una Sentencia Justa.

Y el procesado en su ultima palabra también pidió Justicia pero añadió "Justicia pero la de aquí, la del Juzgado", estableciendo una distinción rigurosamente incierta pero socialmente comprensible.

En definitiva nos demandan "la más excelente de todas las Virtudes" (Aristóteles), "la reina y señora de todas virtudes" (Cicerón),"

aquello que debe hacerse según Derecho o razón" (Diccionario de la Lengua Española, 4).

La Justicia es el apoyo del mundo y la injusticia el origen y manantial de todas las calamidades que le afligen (Baron de Holbach).

En este sentido ya proclamaba Chiovenda "que la trascendente finalidad de la actividad jurisdiccional es hacer Justicia" y cierto es también que el Derecho no se agota en una estructura formal, basada en elucubraciones teóricas y abstractas, sino que debe recoger el latido social, el latido histórico para satisfacer el valor Justicia pues en un Estado moderno es del interés público hacer Justicia y el único medio éticamente aceptable para ese objetivo es el descubrimiento de la verdad a través de los órganos específicamente establecidos, los Tribunales de Justicia.

El "derecho a la Sentencia Justa" en el proceso penal reclama que su conclusión respete los Principios Constitucionales vinculados a una verdadera Administración de Justicia, Juzgándose y haciéndose ejecutar lo juzgado, mediante la celebración de un Juicio Oral sujeto a los Principios de Inmediación, Contradicción, Oralidad y Publicidad y en donde el Tribunal tras la práctica de las pruebas propuestas y admitidas forme motivadamente su plena convicción con absoluto respeto a la legalidad vigente y esta

es al menos formalmente desde el punto de vista de legalidad, normativo o positivo la Sentencia Justa que evidentemente no colmará las pretensiones de todas las partes y así en numerosas ocasiones podemos contemplar cómo se critican ciertas Resoluciones Judiciales de las que se predicán que "son legales pero no justas".

Nos hallamos ante un proceso penal y por tanto ante la aplicación del Derecho Penal y sin entrar en disquisiciones doctrinales- pues no es lugar para ello- en orden a su definición bien como " conjunto de normas jurídicas que regulan el ejercicio del poder punitivo del Estado; conectando en el delito la pena como consecuencia jurídica ".(Mezger) bien como "Conjunto de leyes que determinan los delitos y las penas que *el poder* social impone al delincuente" (Cuello Calón) o como "Conjunto de reglas establecidas por el Estado, que asocian el crimen como hecho a la pena como su legítima consecuencia (Von Listz); es lo cierto que la Sentencia Justa que nos demandan recae sobre unos hechos concretos de relevancia penal que han de ser examinados a la luz de los Principios propios de esta rama del Derecho y que intentaremos plasmar en la presente Resolución.

Ya referíamos como el procesado pedía la Justicia "del Juzgado" como si hubiese dos Justicias, la que se administra desde el interior de los muros de los Palacios de Justicia y la que se administra en algunos-pocos- platós de Televisión o en los estudios de algunas-pocas- emisoras de radio o en las redacciones de algunos-pocos- Periódicos y si bien como señalábamos es comprensible que una parte de la Sociedad que es a la que en estos momentos nos dirigimos, crea en esa doble Justicia, lógicamente y desde nuestra posición de Jueces tenemos que proclamar en voz alta que solo hay una Justicia, la que emana del Pueblo y en nombre del Rey se Administra por Jueces y Magistrados constitucionalmente independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la Ley, esta es la JUSTICIA.

Como declara nuestro Tribunal Constitucional la Constitución consagra por separado la libertad de Expresión artículo 20.1 a) y la Libertad de Información artículo 20.1 d).

Y este Tribunal quiere destacar la función esencial que en un Estado de Derecho realiza el Periodismo, como recordaba recientemente el Ganador del Premio Andalucía de Periodismo Ramos Espejo: "Los periodistas tenemos la obligación de escribir para un público al que no consideremos ignorante. De aportar luz a los hechos, interpretarlos a la luz de la verdad", en palabras de Carlos Fuentes: "Ejercer el periodismo es una forma de ejercer la libertad social: el periodista es factor indispensable para que los hombres y las mujeres, bien informados, actúen política, social y personalmente para mejorar su entorno".

Y siguiendo con nuestro Tribunal Constitucional, Sentencia de 4 de Octubre de 2010, "forma parte ya del acervo doctrinal de este Tribunal el criterio de que la comunicación que la Constitución protege es la que transmite información veraz relativa a asuntos de interés general o relevancia pública (por todas, STC 28/1996, de 26 de febrero, FJ2 EDJ 1996/443). Han de concurrir, pues, en principio los dos mencionados requisitos: que se trate de difundir información sobre hechos noticiosos o noticiables por su interés público y que la información sobre estos hechos sea veraz". Y "con relación al requisito de la veracidad de la información este Tribunal ha señalado que la libertad reconocida en el art. 20.1 d) CE EDL 1978/3879 no se erige únicamente en derecho propio de su titular, sino en una pieza esencial en la configuración del Estado democrático, garantizando la formación de una opinión pública libre y la realización del pluralismo como principio básico de convivencia". Es esta garantía la que justifica la exigencia constitucional de la veracidad en el legítimo ejercicio de la libertad de información atendiendo al recíproco derecho de los ciudadanos de recibir aquélla, rechazando como tal derecho constitucional la transmisión de rumores, invenciones o insinuaciones insidiosas, así como la de noticias gratuitas o infundadas (STC 199/1999, de 8 de noviembre, FJ 2 EDJ 1999/34597).

Destacándose en la citada Sentencia que se ha insistido "reiteradamente en que el concepto de veracidad no coincide con el de la verdad de lo publicado o difundido, ya que, cuando la Constitución requiere que la información sea "veraz", no está tanto privando de protección a las informaciones que puedan resultar erróneas...si bien al

informador, se le puede y se le debe exigir que los que transmite como "hechos" hayan sido objeto de previo contraste con datos objetivos.

Y por lo que hace a la relevancia se ha declarado que "la Constitución sólo protege la transmisión de hechos "noticiables", en el sentido de que se hace necesario verificar, con carácter previo, el interés social de la información, ya sea por el carácter público de la persona a la que se refiere o por el hecho en sí en que esa persona se haya visto involucrada" pues "sólo tras haber constatado la concurrencia de estas circunstancias resulta posible afirmar que la información de que se trate está especialmente protegida por ser susceptible de encuadrarse dentro del espacio que a una prensa libre debe ser asegurado en un sistema democrático".

Y en este mismo sentido se ha pronunciado en distintas ocasiones el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, entre otras, Sentencia de 21 de Octubre de 2010 en el caso Saliyev contra Rusia o de 12 de Octubre de ese mismo año *caso Saaristo y Otos v. Finlandia* o de 1 de Junio del citado año caso Gutiérrez Suárez contra España.

Y aunque resulte obvio hay que seguir recordando a una pequeña parte de la Sociedad que estos Procesados como todos los acusados en todos los procedimientos Penales son Inocentes hasta que un Tribunal de Justicia por Sentencia Firme declare lo contrario.

LA PRESUNCION DE INOCENCIA.

Beccaria, en su obra capital "De los Delitos y de las Penas

establece que la presunción de inocencia es un principio necesario, manifestando que: "un hombre no puede ser llamado reo antes de la Sentencia del juez, ni la sociedad puede quitarle la pública protección sino cuando esté decidido que ha violado los pactos bajo los que fue concedida".

En el siglo XVIII se transforma uno de los postulados fundamentales y es precisamente en 1789 cuando la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano lo sanciona en forma explícita. En efecto, en el sistema inquisitivo prerrevolucionario, el acusado no era considerado un simple sospechoso, más bien se le estimaba culpable, al cual le correspondía el deber de destruir las conjeturas de culpabilidad, demostrando su inocencia.

La crítica a este sistema vino de la mano del pensamiento iluminista del siglo XVIII cuyos exponentes más notables fueron Montesquieu, Voltaire y Rousseau, que criticaron ese sistema que avasallaba la persona y los derechos del individuo, postulándose un innegable nexo entre libertad y seguridad del ciudadano, llegándose a afirmar que cuando la inocencia de los ciudadanos no está asegurada, tampoco lo está su libertad.

La presunción de inocencia es un derecho subjetivo público, que se ha elevado a la categoría de derecho humano fundamental que posee su eficacia en un doble plano por una parte, opera en las situaciones extraprocesales y constituye el derecho a recibir la consideración y el trato de no autor o no partícipe en hechos de carácter delictivo o análogos a éstos; por otro lado, el referido derecho opera fundamentalmente en el campo procesal, con influjo decisivo en el régimen jurídico de la prueba"

La Presunción de inocencia es pues pilar básico y fundamental en torno al cual se construye el modelo actual de proceso penal, la principal vertiente del derecho a la presunción de inocencia es su significado como regla probatoria del proceso penal. La presunción de inocencia, en este sentido, puede considerarse como una regla directamente referida al juicio de hecho de la sentencia penal, con incidencia en el ámbito probatorio, conforme a la cual la prueba completa de la culpabilidad del imputado debe ser suministrada por la acusación, imponiéndose la absolución del inculcado si la culpabilidad no queda suficientemente demostrada.

El principio de Presunción de inocencia es un derecho fundamental para la adecuada realización del Derecho Penal y su ejecución, la presunción de inocencia constituye para unos un derecho y para otros una garantía.

El artículo 11.1 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, dispone que: "toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad, conforme a la ley y en juicio público en el que se hayan asegurado todas las garantías necesarias para su defensa". El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado establece en su artículo 14.2 que "toda persona acusada de un delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley".

El artículo 66 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional bajo la rubrica de la "Presunción de Inocencia" señala que "se presumirá que toda persona es inocente mientras no se pruebe su culpabilidad ante la Corte de conformidad con el derecho aplicable."

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre proclama asimismo que "Se presume que todo acusado es inocente, hasta que se pruebe que es culpable. Toda persona acusada de delito tiene derecho a ser oída en forma imparcial y pública, a ser juzgada por tribunales anteriormente establecidos de acuerdo con leyes preexistentes y a que no se le imponga penas crueles, infames o inusitadas".

Nuestra Constitución en su artículo 24 proclama como derecho fundamental el derecho a la Presunción de Inocencia respecto del que se han pronunciado en múltiples ocasiones los Tribunales de Justicia.

Nuestro Tribunal Constitucional nos recordaba a estos efectos desde la Sentencia 31/1981, de 28 de Julio, que el derecho a la presunción de inocencia, en su vertiente de regla de juicio, y en esta sede constitucional, se configura como el "derecho a no ser condenado sin prueba de cargo válida". De tal suerte que "sólo cabrá constatar la

vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado (STC 189/1998, de 28 de septiembre, FJ 2 y, citándola, entre otras muchas, SSTC 120/1999, de 28 de junio, FJ 2; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 3; 155/2002, de 22 de julio, FJ 7 y 202/2002, de 11 de noviembre, FJ 3)" (STC 229/2003, de 18 de diciembre, FJ 24).

El Tribunal Supremo por todas ellas, Sentencia de 30 de Diciembre de 2009 señalaba que "el derecho a la presunción de inocencia se configura, en tanto regla de juicio y desde la perspectiva constitucional, como el derecho a no ser condenado sin pruebas de cargo válidas, lo que implica que exista una mínima actividad probatoria, realizada con las garantías necesarias, referida a todos los elementos esenciales del delito y que de la misma quepa inferir razonablemente los hechos y la participación del acusado en ellos. De modo que, como declara la STC. 189/98 de 28.9 sólo cabrá constatar la vulneración del derecho a la presunción de inocencia cuando no haya pruebas de cargo válidas, es decir, cuando los órganos judiciales hayan valorado una actividad probatoria lesiva de otros derechos fundamentales o carente de garantías, o cuando no se motive el resultado de dicha valoración, o, finalmente, cuando por ilógico o insuficiente no sea razonable el iter discursivo que conduce de la prueba al hecho probado".

Y también hallamos referencias continuas a este Principio en las STEDH, 29 de Junio, 22 de Abril y 18 de Marzo de 2010.

SEGUNDO.- DE LA CALIFICACION JURIDICA DE LOS HECHOS.

Los hechos declarados Probados son constitutivos:

A.- De un delito de Abuso Sexual de los artículos 181.1 y 2 del Código Penal en su redacción anterior a la Ley Orgánica 5/2010.

Y ello por cuanto que concurren en la conducta del procesado todos los requisitos que exigen nuestra Jurisprudencia para definir dicha figura delictiva:

1º El elemento objetivo o de contacto corporal o tocamiento impúdico o cualquier otra manifestación o exteriorización con significado sexual cuya variedad es múltiple.

2º Un elemento subjetivo o tendencial que tiñe de antijuricidad la conducta y que se ha llamado "ánimo libidinoso" o propósito de obtener una satisfacción sexual.

Como declara la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de Junio de 2007 el delito de abusos sexuales del artículo 181.1 del Código Penal está comprendido entre los que constituyen un ataque a la libertad o indemnidad sexual de otro y así se desprende del tenor literal del precepto que describe la conducta típica como la realización de actos que ataquen a dichos bienes jurídicos, sin violencia o intimidación y sin que medie el consentimiento de la víctima, añadiéndose que el referido tipo subjetivo exige el conocimiento de la naturaleza sexual del acto que se ejecuta, lo que implica a su vez la conciencia de afectación del bien jurídico y que tradicionalmente se ha requerido la concurrencia de ese ánimo tendencial el cual generalmente se desprende de la propia conducta del sujeto, pues es precisamente lo que la explica.

En este sentido la citada Sentencia indica que para afirmar el dolo basta con el conocimiento del peligro creado con la acción, de manera que será suficiente con que el autor conozca que su conducta, por su propia naturaleza, puede afectar negativamente a la libertad o indemnidad sexual de la víctima, porque lo importante es el atentado a la libertad o indemnidad sexuales y no tanto la intención del autor orientada a la satisfacción de sus deseos de esa clase, aunque normalmente aparezcan unidos.

Además, en el presente caso, los abusos sexuales se perpetraron sobre persona menor de trece años, por lo que no eran consentidos conforme a lo dispuesto en el párrafo 2º del citado artículo 181.

Se interesaba asimismo por las Acusaciones la aplicación del subtipo agravado del artículo 180.1.3º- especial vulnerabilidad de la víctima "por su edad".

Respecto de esta materia y con apoyo en la Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Diciembre de 2009 que a su vez cita la Sentencia de 26 de marzo de 2007 debe señalarse que si bien es posible desde el plano teórico aplicar la agravación del artículo 180.1.3º en los abusos cometidos sobre menores de trece años sin vulnerar el principio "non bis in idem", esto sólo ocurre cuando la especial vulnerabilidad de la víctima proviene de causa distinta de su propia edad.

La Resolución mencionada remite a las Sentencias de 9 de Febrero y 22 de octubre de 2004 que recuerdan que el artículo 67 del Código Penal "establece la denominada regla de inferencia de las circunstancias agravantes o atenuantes, cuyo fundamento está en el principio "non bis in idem", que proscribe con carácter general la doble valoración de un elemento o circunstancia, que forme parte de la esencialidad del tipo, o incluso de otros concomitantes o progresivos que establezcan un marco penal distinto o agravado en relación con el tipo básico. Y se afirma que aunque este principio no está reconocido expresamente en la Constitución se ha considerado directamente emanado del principio de legalidad penal proclamado en el artículo 25.1

Concluyéndose que al establecerse en el Código Penal, con carácter general, una punición agravada cuando la víctima es menor de Trece años, lo que se ha hecho es "fijar un tipo de especial protección cuando las víctimas de estos delitos sean menores de esta edad, es decir, no se trataría ya de aplicar una circunstancia que agrava la pena sino de fijar una punición más grave cuando la víctima del abuso sea menor de Trece años, aún cuando su inclusión sistemática se encuentra entre las circunstancias agravantes relacionadas en el artículo 180, al que se remiten los artículos 181.4 y 182.2, y art. 182.2, que tipifica los abusos sexuales".

En definitiva se afirma que "sólo en aquellos casos en los que además de la edad concurren otras circunstancias incardinables en la especial vulnerabilidad de la víctima, será compatible la aplicación del subtipo agravado, mientras que en aquellos supuestos-como el que ahora nos ocupa- en los que sólo sea la edad el hecho tomado para aplicar el tipo básico y la agravación no cabe esta última por infracción del Principio "non bis in idem".

Ni de las Conclusiones Definitivas de los escritos acusatorio ni del propio relato fáctico que hemos declarado probado se deduce la concurrencia de otras circunstancias distintas de la edad de la menor que nos permitan aplicar este subtipo agravado como también descartamos la pretensión de la Acusación Particular de calificar los hechos como constitutivos de un delito Contra la libertad sexual del artículo 178 pues no concurren los elementos configuradores propios de este delito de Violencia o Intimidación, el procesado atrajo a la menor mediante un pequeño juguete-un osito- sin emplear violencia o intimidación.

La violencia que hemos declarado probada surge en un momento posterior cuando Paula se resiste a esos tocamientos, es pues una violencia derivada de la resistencia.

B.- Un delito de Asesinato del artículo 139.1 del Código penal.

La alevosía, que cualifica el Asesinato respecto al tipo genérico del homicidio, es apreciable ex artículo 22.1 del Código Penal cuando el sujeto emplea en su ejecución medios, modos o formas que tiendan directa o especialmente a asegurarlo, sin el riesgo que para su persona pudiera proceder de la defensa por parte del ofendido.

La doctrina emanada de nuestro Tribunal Supremo viene caracterizándola por los siguientes elementos:

1.) Por su carácter mixto, y en tal sentido la Sentencia de 15 de Febrero de 2005 subraya que aunque tiene una dimensión predominantemente objetiva, incorpora un

especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuricidad, denotando de manera inequívoca el propósito del agente de utilizar los medios con la debida conciencia e intención de asegurar la realización del delito, eludiendo todo riesgo personal, de modo que al lado de la antijuricidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad, lo que conduce a su consideración como mixta. Y en análogo sentido la Sentencia 464/2005 de 13 de abril EDJ 2005/68316, entre otras muchas.

2) Que con esa doble dimensión que la convierte en mixta el punto esencial sobre el que convergen sus dos elementos está en la idea de falta de defensa, esto es de la anulación deliberada de la defensa de la víctima.

Su esencia se encuentra, pues, en la existencia de una conducta agresora que tienda objetivamente a la eliminación de la defensa; o bien en el aprovechamiento de una situación de indefensión cuyos orígenes son indiferentes (SS 1031/03, 8 de septiembre EDJ 2003/97988; 1214/03, 26 de septiembre EDJ 2003/110644; 1265/04, 29 de noviembre EDJ 2004/184819), lo que significa que no es imprescindible que de antemano el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, sino que es suficiente que se aproveche en cualquier momento de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima así como de la facilidad que ello supone (SS 1464/03, 4 de noviembre EDJ 2003/146639; 1567/03, 25 de noviembre EDJ 2003/186742; 58/04, 26 de enero EDJ 2004/6346; 1338/04, 22 de noviembre EDJ 2004/184837; 1378/04, 29 de noviembre).

3) Que las tres formas que puede adoptar esa idea esencial de la indefensión son:

A) La alevosía proditoria o traicionera, como trampa, celada, emboscada o traición. En ella se abusa de la confianza o de una situación confiada en la que el sujeto pasivo no teme una agresión como la efectuada.

B) La alevosía sorpresiva consistente en una actuación súbita, repentina o fulgurante, que por su celeridad no permite a la víctima reaccionar ni eludir el ataque.

C) La alevosía apreciable en este caso por desvalimiento, en la que el sujeto busca o se aprovecha de las personales características o de la especial situación en que se encuentra la víctima, muy disminuida en sus posibilidades de defensa (niños, ancianos, inválidos, persona dormida, sin conciencia, etc...).

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

5) Que la eliminación de toda posibilidad de defensa de la víctima en la alevosía no es incompatible con los intentos defensivos de la víctima, que deriven del propio instinto de conservación.

Consideramos que nos hallamos ante un supuesto de dolo directo pues el procesado con pleno conocimiento y voluntad se aprovechó de esa imposibilidad de defensa derivada de la corta edad de Paula, ello no obstante, y para analizar cuantas posibilidades jurídicas puedan plantearse ha de tenerse en cuenta que la doctrina contenida, entre otras, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de Julio de 2009, señala que la alevosía y más concretamente la "alevosía de desvalimiento", en la que el agente se aprovecha del absoluto desamparo de las víctimas tales como un niño de muy corta edad, es compatible con el dolo eventual.

La condición infantil del sujeto pasivo, en cuanto encierra por sí misma una indefensión, constituye una de las modalidades de alevosía, recogida ya en el Derecho histórico y destacada de manera reiterada por la Jurisprudencia que especialmente incluye en esa clase de personas desvalidas o indefensas a los niños.

El dolo intencional, es decir la intención de conseguir el resultado, no excluye, según el Tribunal Supremo, un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, la vida de la pequeña Mari Luz pues "lo decisivo es el grado de probabilidad del resultado advertido por el autor; de modo que cuando existe un alto grado de probabilidad de que se produzca nos encontramos en el terreno del dolo eventual".

Significativamente la Sentencia de dicho Alto Tribunal de 7 de Julio de 2008 declaraba que "se permite admitir la existencia de dolo cuando el autor somete a la víctima a situaciones peligrosas que no tiene la seguridad de controlar, aunque no persiga el resultado típico".

En igual dirección doctrinal la Sentencia de 17 de Junio de 2008 recoge la doctrina de la Sala y declara que "el dolo eventual supone que el agente se representa un resultado dañoso, de posible y no necesaria originación y no directamente querido, a pesar de lo cual se acepta, también conscientemente, porque no se renuncia a la ejecución de los actos pensados".

A efectos dialécticos si bien un sector doctrinal propició que se rechazara la posibilidad de un Asesinato cometido por dolo eventual sin embargo, la Sentencia del Tribunal Supremo recoge la jurisprudencia de la Sala que se pronuncia en sentido contrario, es decir, admitiendo que un resultado de muerte pueda ser calificado de asesinato con la concurrencia de dolo eventual, y en ese sentido afirma que "no faltan propuestas que estiman perfectamente posible tal compatibilidad, distinguiendo entre el dolo referido a las circunstancias mismas que ha de ser abarcado por un dolo directo, y el dolo referido a la muerte respecto del que bastaría el dolo eventual.

No existe, por tanto, inconveniente legal alguno para calificar de asesinato una muerte cometida con dolo eventual siendo compatibles dolo eventual y alevosía, pero es de insistir, estimamos que el procesado tras efectuar diversos tocamientos sobre el

cuerpo de la menor generó una natural resistencia en Mari Luz y para evitar que huyera es cuando procedió a sujetarla por la muñeca y por el tórax con el resultado lesivo descrito en el factum y que determinó el estado de inconsciencia de la menor momento este en el que Jose Ángel decidió deshacerse del cuerpo con vida de Paula y es este el momento en el que quien hasta entonces era solo un pedófilo se convierte en asesino y se convierte con una voluntad decidida y firme realizando los actos necesarios para el resultado fatal de la muerte de Paula, realidad ésta que nos lleva a afirmar la presencia de un dolo directo.

En el supuesto de autos pues aunque se sostuviera-que no sostenemos- la tesis de que el dolo de la muerte pudo haber sido sólo eventual, lo que si era directa y plenamente conocida y querida por el acusado era la condición desvalida de la víctima, que por su corta edad, de Cinco Años, "no podía ofrecer obstáculo alguno a la acción de aquel, se produjera esta como se produjera (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de Octubre de 2002)".

Constatada del relato fáctico la existencia de dolo directo y cuando menos de dolo eventual, hemos de concluir también la existencia "animus necandi" puesto que bajo la expresión "ánimo de matar" se comprenden en la Jurisprudencia tanto el dolo directo como el dolo eventual, esto es, el conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento.

TERCERO.- VALORACION DE LAS PRUEBAS.

De los expresados delitos de Abuso Sexual y Asesinato es penalmente responsable en concepto de autor el procesado Jose Ángel por su directa, material y voluntaria ejecución de acuerdo con los articulo 27 y 28 del Código Penal y del delito de Asesinato es penalmente responsable en concepto de Cómplice la procesada Frida de conformidad con los artículos 27 y 29 del citado texto

Analicemos las pruebas que llevan a este Tribunal a la plena y unánime convicción en el dictado de este pronunciamiento condenatorio.

Y partimos para ello de unos hechos evidentes: los Familiares de la Menor desde el inicio de esta causa han expresado que Paula el día de autos salió de su domicilio entre las 16'30 y 16'40 horas del día 13 de Enero de 2008 y se dirigió al Kiosco sito en la altura n° NUM005 de la AVENIDA000 para adquirir chucherías y que efectivamente las adquirió, así lo aseveró el testigo Juan Ignacio quien señaló que se acercó al Kiosco por la AVENIDA000, añadiendo que regresó "por la misma acera".

Y nadie volvió a verla, salvo los procesados por las razones que expondremos, hasta que su cadáver apareció sobre las 17'30 horas del día 7 de Marzo de 2008 flotando boca abajo en la desembocadura de los ríos Tinto y Odiel.

Por consiguiente ese lapso tiempo constituye el objeto de nuestro enjuiciamiento.

A.- DE LOS ABUSOS SEXUALES

Siguiendo el anterior relato una vez que Paula retoma el camino de vuelta a su casa desde el kiosco llega hasta el n° NUM004 de la AVENIDA000 donde el procesado se encontraba asomado a la ventana de su vivienda, momento en que este reclama la atención de la menor en la forma descrita en el Factum, logrando que Paula entrara en el portal y subiera las escaleras.

Esta conclusión se deriva de la Segunda declaración del procesado efectuada el día 27 de Marzo de 2008 ante la Juez de Instrucción- que será objeto de un especial estudio- e introducida en el acto del Juicio Oral mediante su expresa lectura, en la que reconoció que "desde su ventana vio a Paula regresar del Kiosco y le tiró un muñeco, un osito blanco al suelo y que la niña lo recogió comenzando a subir los escalones y él desde la puerta de su casa que está enfrente la llamó con la mano para que subiera" por consiguiente tenemos que descartar la tesis propuesta por su Defensa de que

después de adquirir las chucherías pudiera cruzar la citada Avda. pues el procesado, la vio desde su casa, "la llamó" y la menor subió.

Y estimamos que a continuación y aun cuando el procesado en dicha declaración manifieste que "la niña se asustó, se volvió hacia atrás, tropezó y se cayó...que en ningún momento llegó a tocar a la niña porque no le dio tiempo", es lo cierto:

1º.- Que la finalidad de atraer a la niña era como reconoció en la citada declaración "por eso que le pasa con las niñas y no puede evitar".

Y eso que "le pasa con las niñas" quedó patente y manifiesto en la exposición que realizaron en el acto del Juicio Oral los Forenses de IML de Granada al describir que son "sus impulsos sexuales intensos y recurrentes, con fantasías o comportamientos sexuales con niñas prepuberes".

2º.- Que efectivamente llegó a tener contacto con Paula, pues así se desprende de las contusiones que presentaba la menor en la muñeca derecha a nivel de cara palmar y hemitorax izquierdo como resulta del Informe Forense del IML de Huelva.

A continuación y en el forcejeo, bien porque la menor se cayera y se golpeará en la cabeza o bien porque fuera el propio procesado el que le propinara el golpe, es lo cierto que Paula sufrió "contusión en cráneo a nivel de región parietal postero- inferior izquierdo con afectación de piel y hueso", que la dejó en estado de inconsciencia y así lo declaró Jose Ángel en la referida declaración "que cuando se acercó Paula estaba inconsciente...que cree que el golpe se lo dio en la nuca".

El acusado en el Plenario se acogió a su derecho a no declarar expresando que esa declaración ante el Juez de Instrucción se encontraba condicionada por las Coacciones que había sufrido en Cuenca por parte de la Policía.

En primer término y como señala la Sentencia del Tribunal Supremo de 1 de Julio de 2010 contemplando la posición del inculpado que en el Plenario ejerce su derecho a

no declarar "que nadie puede ser condenado por el ejercicio de un derecho que le concede la Constitución y los Tratados Internacionales firmados por España como es el de guardar silencio" mas se añade que "cuando la acusación ha presentado una serie de datos que incriminan al imputado, y éste, en el Plenario se acoge a su derecho al silencio, esta actitud no es algo neutro ni indiferente para el Tribunal sentenciador, sino que el hecho que se le ofrezca la posibilidad de que de una explicación exculpatoria, o que contradiga dichas pruebas y nada diga, dicho silencio no es prueba de cargo, sino que solo tiene un valor de robustecer la certeza del Tribunal derivada de las pruebas de cargo porque si se le ofrece la posibilidad de una explicación y no ofrece ninguna, la conclusión es clara: no hay explicación exculpatoria alguna" y en dicha Sentencia se alude a la reiterada doctrina que en esta materia ha establecido tanto del TEDH como del Tribunal Constitucional.

Analicemos pues la génesis y circunstancias de esta declaración.

Esta declaración se practicó con plena observancia de todas las garantías legales en presencia de su Letrado y difícilmente puede admitirse que la realizara de forma "condicionada" cuando fue a su instancia y además la segunda que efectuó ese mismo día y así se expresa f.964 que "siendo las 23,20 horas del día 27 de Marzo de 2008 habiendo solicitado el detenido ser oído nuevamente en declaración sobre los hechos " (el subrayado es nuestro).

En este mismo sentido los Forenses del IML de Huelva explicaron en el Juicio Oral que no estuvieron presentes en la primera declaración del acusado pero que finalizada esta fueron a comprobar el estado del procesado el cual se hallaba en los calabozos y Jose Ángel "de forma espontánea, inesperada" les dijo que quería hablar con el Fiscal y que "esto le ha pasado porque es lo que me sucede con las niñas".

Y cuestión fundamental a valorar, en esa declaración el procesado aportó datos objetivos, como el golpe que sufrió la niña en la nuca, que quedó inconsciente, que solo podían ser conocidos por quien los presencié.

El Tribunal Supremo en su Sentencia de 29 de Septiembre de 2010 ha expresado que dicha Sala "en varias sentencias tiene declarado que solo la presencia del Juez tiene la capacidad de generar actos de prueba ya que es la única autoridad dotada de suficiente independencia en el proceso, al estar encargado de la gobernanza del proceso y por tanto ser independiente del resto de las partes --SSTS 1338/2003; 1048/2006; 640/2006 ó 1043/2009, y en el mismo sentido STC 206/2003, f-jdco. segundo--: «....Juez es el único órgano que por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria...».

Es por ello que constituye dicha declaración prueba para este Tribunal, prueba que se complementa con el resultado del restante acervo probatorio.

B.- DEL ASESINATO.

Inconsciente PaulaJose Ángel decidió que tenía que deshacerse de la menor.

Como señalábamos es este el momento en el que el Pedófilo se transforma también en Asesino.

Y a tal fin como reconoció en la susodicha declaración una vez comprobó que Paula estaba inconsciente y que no tenía sangre "subió a su casa, cogió un carrito de la compra y dentro metió a Paula...y la tapo con un chaquetón negro para evitar que se le viera de la parte que sobresalía que era la cabeza".

Luego hemos de concluir sin ningún género de dudas que el procesado conocía que en esos momentos Paula aún estaba viva.

Introducida en el carrito el procesado acudió a la habitación de su hermana, la procesada Frida, para solicitar su ayuda al objeto de sacar a la niña de la vivienda y deshacerse de ella utilizándose con este propósito el vehículo marca Hynduai Accent matricula JRP que habitualmente utilizaba Frida.

Frida con conocimiento de que en el citado carrito se hallaba la menor con vida accedió a ayudar a su hermano y con este fin bajaron hasta donde se encontraba estacionado el coche, Jose Ángel introdujo el carrito en el maletero y se dirigieron en el vehículo hasta la zona de marismas próxima al estero del Rincón donde Jose Ángel arrojó el cuerpo.

La Sala llega a estas conclusiones tomando como fundamento tanto la prueba Directa que nos ofrece las declaraciones de los procesados como por las pruebas indiciarias practicadas ante este Tribunal.

Jose Ángel como reiteradamente hemos señalado ha admitido que introdujo en estado de inconsciencia a la menor en el carrito y si bien en esa citada declaración en fase de Instrucción, sostiene que "la arrojó en una alcantarilla" próxima al Hotel AC sito al inicio de la Avda de Andalucía, dicha manifestación entra en colisión:

- a.- Con lo expresado por Frida.
- b.- Con lo manifestado por el testigo Hermenegildo.
- c.- Con el resultado de las pruebas Periciales.

De la declaración sumarial de Frida a la que se remitió en la Vista Oral y que también fue introducida en dicho acto mediante su lectura se concluye que Jose Ángel requirió su ayuda, que el carrito se introdujo en ese vehículo y que no se desplazaron hasta una alcantarilla próxima al Hotel AC.

El testigo Sr. Hermenegildo, Técnico de la Empresa Aguas de Huelva, que colaboró con la Policía y Bomberos en la revisión de gavias y distintos colectores próximos a la Bda de El Torrejón, declaró a este Tribunal que si bien con cierta habilidad puede abrirse con un destornillador de grandes dimensiones la tapadera de la alcantarilla que refiere el procesado, precisó que para que el cuerpo- caso de haber sido arrojado por

ella- hubiese llegado a la marisma del estero del Rincón tendría que haber llovido "con intensidad" recalcando "mucho" y además que dada la velocidad que lleva en esa zona el agua, aproximadamente 1m/segundo, el cuerpo se hubiese golpeado continuamente con las paredes de hormigón armado, añadiendo que ese colector por donde en esta hipótesis hubiese circulado la niña, se revisa quincenalmente y el aliviadero de dicho colector lo revisan semanalmente, indicando que desde el 13 de Enero hasta el 7 de Marzo lo revisaron varias veces.

Y a preguntas de la Defensa de la procesada matizó que esos meses "no fue una época lluviosa, no llovió con intensidad" que fue a partir del 19 de Marzo cuando llovió con intensidad y que un día de lluvia normal el cuerpo no podía haber sido arrastrado por el interior del colector.

Por su parte los Forenses del IML de Huelva, en concreto D^a Luisa declaró que el cadáver desde un primer momento indicaba que el cuerpo había permanecido en un medio acuático, en un entorno de aguas remansadas pero no estancadas "como el de la marisma del estero del Rincón, parcialmente sumergida y en posición decúbito prono".

Asimismo el también Perito Forense Sr. Juan Pablo dictaminó a este respecto que en el examen externo del cadáver en el momento de la autopsia presentaba "cambios compatibles con Saponificación (proceso de conversión de grasa en jabón) en todo el plano corporal con predominio en planos anteriores", especificando que el entorno más adecuado para producirse un fenómeno de saponificación es el agua remansada pero no estanca con una temperatura del agua relativamente templada comprendida entre 21°C y 45°C y que son especialmente proclives a sufrir este fenómeno los niños de corta edad por su composición corporal, deduciéndose de este proceso y como data de la muerte que "podría ser de al menos 4 semanas o superior en relación con la fecha del hallazgo".

La Doctora María del Pilar aclaró al Tribunal que de haber circulado el cuerpo de la menor por el interior de una tubería hubiese presentado contusiones y hematomas

diseminados por toda la superficie corporal, en tanto que el cadáver solo presentaba las lesiones que se han descrito en el correspondiente Informe de Autopsia y que hemos recogido en la narración de Hechos probados.

Tenemos que hacer referencia asimismo al Informe que sobre la localización del cadáver desde la muerte de la menor hasta su aparición se emitió por el Departamento de Geología de la Universidad de Huelva, por los Doctores. D. Cipriano y D. Evaristo.

Los Peritos narraron en el Juicio Oral que la finalidad de dicho dictamen era determinar la localización del cuerpo de Paula desde el día 13 de Enero de 2008 hasta el 7 de Marzo de dicho año, estudio que se efectuó en una doble vertiente, señalándose en primer término que se realizó un análisis de determinación de concentraciones de Tierras Raras recogidas en las ropas y las botas de la menor y muestras de los bajos del automóvil utilizada por Frida.

Respecto del primer estudio- muestras de la falda, de la blusa y en las suelas de ambas botas- se concluyó que las muestras de la falda y botas presentaban un alto grado de concordancia con los patrones típicos observables en los sedimentos de la zona baja del estuario del Río Tinto localizados entre la tubería de confederación entre las ciudades de Huelva y Palos de la Fra. y la Punta del Sebo y que la recogida en la blusa presentaba "una concentración absoluta similar a la que muestra la materia en suspensión de esta zona del estuario del río tinto".

Ocupándonos ahora del apartado relativo al análisis hidrodinámico de la circulación mareal de la ría de Huelva, análisis que tiene por objeto concretar "la posible historia del cuerpo" teniendo en cuenta las cotas máximas reales alcanzadas por la marea durante el citado periodo y la interacción de las masas de agua con el viento.

Explicaron los Peritos que el estado de degradación del cadáver cuyas zonas mayores de descomposición se localizaban en torno a boca, rodilla y manos en tanto que el resto presentaba "una sorprendente ausencia de rastros de carroñeo por parte de animales característicos del estuario, peces, cangrejos o ratas, hizo pensar que el

cuerpo había permanecido la mayor parte del tiempo tendido boca abajo en un sector de la marisma lo suficientemente alto como para no ser afectado por todas las pleamares y lo suficientemente contaminado como para explicar la ausencia de ese tipo de animales.

Y esta premisa llevó a los Doctores a analizar las cotas teóricas alcanzadas por las pleamares tanto el día de la desaparición como los días posteriores.

En el Plenario los Peritos expusieron los gráficos de mareas con las cotas teóricas y reales utilizando los datos del mareógrafo Huelva 3 que la Autoridad Portuaria de Huelva posee y ubicado en el lugar donde apareció el cadáver, concluyéndose tras el análisis pertinente que el cadáver tuvo que ser arrojado con la marea subiendo, debiendo estar en el agua entre las 16'40 y las 17'40 horas del día 13 de Enero o entre las 5'00 y las 7'54 del día 14 de Enero "antes de los momentos de la pleamar" pues si se hubiese arrojado ese día en un momento posterior las corrientes de reflujo hubiesen arrastrado el cuerpo al canal principal.

Los Peritos valorando todas las circunstancias y factores técnicos necesarios ofrecieron su tesis de lo acaecido al cadáver durante esos días y por qué apareció flotando en esa zona.

Ciertamente como expresaron las Defensas los Peritos ofrecieron una hipótesis pero ha de tenerse en cuenta:

a.- Que se trata de una Tesis motivada, razonada y apoyada en datos objetivos y técnicos.

b.- Que no contradice en materia horaria el relato cronológico que se deriva de las otras pruebas practicadas que nos sitúan a las 16'30 y 16'40 del día 13 de Enero cuando Paula se marcha de su domicilio con dirección al Kiosco para comprar chucherías.

En este contexto también tenemos que incluir el resultado del Informe emitido por los Funcionarios del Instituto Nacional de Toxicología que en el correspondiente estudio de diatomeas (una clase de algas unicelulares microscópicas) donde concluyen que se han identificado los mismos géneros de diatomeas en las muestras que se tomaron en el estero del Rincón y en la confluencia de los ríos Tinto y Odiel que en la muestra de médula ósea de Paula. No apreciándose en la recogida de dichas muestras ni irregularidad, ni alteración alguna de la cadena de custodia.

Ese acervo probatorio nos lleva a la conclusión de que el cuerpo con vida de Paula fue arrojado por el procesado en la zona de las Marismas próxima al Estero del Rincón.

Y decimos que fue arrojada con vida sobre la base del dictamen Forense y el emitido por los citados Funcionarios del Instituto Nacional de Toxicología.

Los Forenses del IML de Huelva en su Informe Definitivo declararon que de acuerdo con los resultados de las dos autopsias y de los estudios complementarios, determinaron que la muerte fue debida a una asfixia por sumersión "posiblemente en aguas de las marismas de Huelva".

Por su parte en el referido Informe de Diatomeas se establece, Primero, que desde el punto de vista cuantitativo los hallazgos de diatomeas en la muestra de médula ósea son sugestivos de que se halla producido inhalación pre mortem de agua y desde el punto de vista cualitativo también se cumplen los criterios de sumersión.

Y tampoco apreciamos ni en la toma, ni en la recepción de esa muestra, irregularidad alguna que pudiera alterar los resultados de ese dictamen y así lo expresaron los Peritos en el Plenario.

Estudiemos en estos momentos la participación de Frida en estos hechos.

La procesada se acogió igualmente a su derecho a no declarar y leída que le fue su declaración ante el Juez de Instrucción f. 958 y ss se ratificó en su contenido.

En esta declaración Frida admite:

1.- Que sobre 16'45 h del día de autos su hermano la llamó a su habitación y le dijo que le acompañara en coche a comprar a una tienda próxima a Carrefour.

2.- Que vio que Jose Ángel cogió un carrito de compra.

3.- Y que introdujeron ese carrito en el coche.

4.- Que dejó a Jose Ángel en una parada de Autobús frente a un Polígono y lo vio tomar la dirección de Fuerzas Armadas a Federico Molina.

Y si bien niega que tuviera conocimiento de que la niña estuviera en el interior del carrito y que se desplazara hasta la zona del estero del Rincón por la carretera de la tubería de la confederación, es lo cierto que las pruebas practicadas, nos llevan a la tesis expuesta anteriormente, esto es, que Jose Ángel le pidió ayuda y ella accedió en las circunstancias expuestas a prestarla.

Aseveración esta que fundamentamos en los siguientes razonamientos.

Primero, porque el relato de Frida no se acomoda a las reglas de la lógica y de la razón cuando sostiene que ignoraba que en el interior del carrito hubiese una niña, pues por la propia complexión de la menor y de las dimensiones del carrito debía evidenciarse su presencia, recordemos que Jose Ángel nos dice que tuvo que utilizar un chaquetón para taparle la parte del cuerpo que **sobresalía**, la cabeza.

En segundo lugar ese fatídico día era Domingo de Enero por lo que difícilmente Jose Ángel podía dirigirse a ese Hipermercado de Carrefour o a una tienda próxima para comprar.

En tercer lugar tenemos que estudiar los resultados de la citada Prueba Pericial de los Doctores Cipriano y Evaristo.

Como expresábamos en su detallado estudio del análisis de determinación de concentraciones de Tierras Raras recogidas en los bajos del Automóvil que utilizaba Frida (siete muestras, muestras que se tomaron en todo momento bajo control Judicial) junto con cinco muestras recogidas en el citado camino de la confederación, se concluye que los restos de salpicadura encontrados en el coche proceden de un tipo de material similar al que se encuentra en el camino de acceso de la tubería de confederación, por ello en esta tesis ese coche estuvo en aquel lugar y esta conclusión debe valorarse **no aisladamente** sino conjuntamente con otras pruebas, especialmente con la relativa a las muestras recogidas en la falda, blusa y botas de la menor que nos sitúa el lugar donde se arrojó a Paula con esa carretera de la tubería de la confederación, es decir nos conecta a la Menor y al coche conducido por Frida, en este contexto e interrelacionando esas conclusiones qué sentido tendría ese desplazamiento con ese carrito en esas condiciones hasta ese lugar- lugar que no es de difícil acceso y así debe distinguirse entre el desconocimiento de un lugar y la dificultad para acceder a él, en el supuesto que nos ocupa no se ha probado que esa carretera fuera de difícil acceso- si no era porque Frida conocía que en el interior del carrito se encontraba la menor.

Como expresábamos hemos fundamentado nuestra convicción en prueba directa y en prueba indirecta.

La Sentencia del Alto Tribunal de 21 de Septiembre de 2010 proclama que "la validez de la prueba de indicios, así como su capacidad para enervar la presunción de inocencia, ha sido reconocida reiteradamente tanto por la doctrina del Tribunal Constitucional como por esta Sala", exigiéndose que el razonamiento se apoye en elementos de hecho y que éstos sean varios; que estén acreditados por prueba directa; que sean concomitantes al hecho principal; que se relacionen reforzándose entre sí, y que de su valoración conjunta fluya de modo natural la conclusión relativa a la

existencia del hecho que se pretende acreditar, con respeto al recto criterio humano racional.

De acuerdo con dicha Jurisprudencia la prueba indiciaria no es prueba subsidiaria, ni más débil o insegura que la prueba directa, "constituyendo la única prueba disponible -prueba necesaria- para acreditar hechos internos de la mayor importancia, como la prueba del dolo en su doble acepción de prueba del conocimiento y prueba de la intención".

La prueba directa- continúa señalando dicha Sentencia-, "entendiendo por tal la prueba personal, lo es porque alguien vio y percibió lo que ocurrió y lo cuenta al Juez. La prueba indirecta se vertebró en la suma enlazada y no desvirtuada de una serie de datos -datos base-, que a través de ellos permiten al Juez arribar al hecho-consecuencia a través de un explícito juicio de inferencia fundado en un razonamiento lógico-inductivo en el que la solidez de los indicios avalan la solidez de la conclusión, siempre en los términos propios de la certeza judicial y que se pueden condensar en la fórmula "que emplea el TEDH de certeza más allá de toda duda razonable".

Estimamos que este juicio de inferencia entre los indicios y el hecho a acreditar respecto de Frida nos permite concluir sin ningún género de dudas su participación en estos hechos en la forma expuesta, pues como nos reitera la doctrina Jurisprudencial "toda verdad judicial es una verdad razonable, y es una verdad que suele ser fragmentaria en relación a la totalidad de lo ocurrido y desde esa fragmentariedad hay que situar a la procesada en esos hechos y en ese escenario concreto y determinado.

Ahora bien estimamos que esta participación de la procesada debe ser subsumida no a título de Autoría por Cooperación necesaria como sostuvieron las Acusaciones sino de Complicidad.

Según la Jurisprudencia debe apreciarse la cooperación necesaria prevista en el artículo 28.b) del Código Penal cuando se colabora con el ejecutor directo aportando

una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la "conditio sine qua non"), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), y la complicidad se apreciará cuando no concurriendo las circunstancias antes expuestas caracterizadoras de la cooperación necesaria exista una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario.

El cómplice no es ni más ni menos que un auxiliar eficaz y consciente de los planes y actos del ejecutor material, del inductor o del cooperador esencial que contribuye a la producción del fenómeno punitivo mediante el empleo anterior o simultáneo de medios conducentes a la realización del propósito que a aquéllos anima, y del que participa prestando su colaboración voluntaria para el éxito de la empresa criminal en el que todos están interesados, es por ello una participación accidental y de carácter secundario.

El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho.

Las Acusaciones acudían para sustentar su pretensión punitiva a la Teoría de los bienes escasos pues Frida aportaba el vehículo como medio para poder transportar el cuerpo de la menor desde la vivienda hasta el lugar en el que el procesado lo arrojó a la marisma, argumentándose que Jose Ángel no sabía conducir y que por tanto el vehículo era en aquellos momentos un bien escaso.

Reconociendo el indudable interés jurídico de esta tesis consideramos que como conforme a esta teoría de los bienes escasos es dable apreciar cooperación necesaria y no complicidad cuando se colabore a la ejecución del delito con un aporte material o dinámico difícil de conseguir, en el caso que nos ocupa el medio de transporte es una ayuda útil y eficaz al designio criminal pero estimamos que atendidas las circunstancias y en concreto a la posibilidad de deshacerse del cuerpo de Paula por otros medios, no debemos elevar a la categoría de cooperación necesaria esa colaboración eficaz y útil

de Frida, es más, aun cuando se aceptara la tesis de la Acusación siempre quedaría a efectos valorativos abierta una opción jurídica igualmente valida que nos conduciría a calificar ese conducta de la procesada como de Complicidad, esto es, que cuanto menos puede plantearse una duda jurídica razonable en la calificación de esa acción de Frida como subsumible en el ámbito de la cooperación necesaria, duda que debe resolverse en todo caso por la solución más favorable al reo, a la procesada.

CUARTO.- Para la formación de la convicción Judicial se han valorado oportunamente pero con menor incidencia otras pruebas como la declaración de D^a Ramona quien nos relató que el procesado y su mujer ese día 13 de Enero entre las 18'00 y 19'00 entraron en el Bar en el que trabaja la testigo y adquirió una botella de agua, o el resultado de los análisis practicados sobre unos fragmentos de pelo hallados en la ropa de la menor que coincide con el haplotipo de un pelo recogido del maletero del coche que utilizaba Frida, de un donante desconocido, pero que como expresaron las autoras de este Informe, no se puede descartar que procedan del mismo individuo o de individuos de la misma familia materna añadiéndose que este haplotipo se repite en uno de cada 6.000 individuos en la población europea, es decir, este dictamen Pericial abre y ofrece un abanico muy extenso de posibilidades que por eso determina una menor incidencia en el proceso de formación de la convicción judicial pues se trata de una inferencia excesivamente abierta como también lo es el estado de limpieza en el que Frida mantenía ese coche Hyundai Accent.

Y también para este proceso de formación de nuestra convicción hemos separado lo que constituye el resultado de la investigación policial de aquello que no deja de constituir meras opiniones subjetivas de los Agentes que participaron en la amplia investigación de estos hechos y precisamente en esta materia de investigación tenemos que resaltar la labor realizada por la Juez de Instrucción.

Efectivamente nos hallamos ante una Instrucción penal completa, plena en la que se han abierto cuantas líneas posibles de investigaciones se proporcionaban, los denominados "focos de investigación", focos que fueron "apagándose" por el trabajo minucioso y exhaustivo de esa Instrucción.

Y es en este contexto donde deben analizarse, estudiarse y comprenderse ciertas declaraciones testificales.

No puede a estos efectos prescindirse de la realidad social en la que se hallaba inmersa esta Ciudad en aquellos días, desde ese 13 de Enero de 2008, toda la Sociedad Onubense se implicó de forma activa en la búsqueda de la pequeña Paula, todos querían aportar cuantos datos tuvieran por mínimos o equívocos que fueran.

Y así nos encontramos con el testimonio de Sabino de profesión taxista que en su declaración Policial recordaba que ese día 13 de Enero al pasar por la AVENIDA000 "vio una furgoneta tipo industrial" y también como un hombre pretendía introducir un carrito en un vehículo, no pudiendo identificar a esa persona, en tanto que en el Plenario describió no solo pormenorizadamente lo que creía haber visto sino que incluso ya podía identificar plenamente a esas personas.

Testimonio este que evidentemente ha ido "creciendo" con el transcurso del tiempo y que no puede constituir un verdadero y propio elemento de prueba o la declaración de D^a Lucía, persona de edad avanzada, quien comenzaba su intervención en el Juicio Oral "jurando" que ella no había visto nada y es por ello que su declaración Policial expresando que había visto a la niña ese día en la acera de la Asociación de Vecinos del barrio debe ser interpretada con esa premisa o la declaración de Serafina, testigo que en sede policial narraba que el día 13 sobre las 17'15 a 17'30 horas circulaba acompañada de su novio Augusto por la AVENIDA000 cuando vio un vehículo de color blanco, una furgoneta y que en esos mismos instantes en la acera derecha vio "a una niña" vistiendo un jersey rosa, ignorando "si llevaba falda o pantalón y unas botas marrón clarito" y que junto a la niña había un hombre que no podía identificar pero que le pareció que ese individuo "era el padre de la niña y que se la quería llevar", que esa furgoneta les adelantó a gran velocidad.

La testigo narró estos hechos a la Policía cuando "se enteró de la desaparición" de Paula pues no le había dado importancia alguna y en el Plenario declaró que las botas

que le fueron exhibidas procedentes de Paula no eran las que ella había visto en el citado relato o D^a Eva quien precisó que realmente ese día no vio a Paula sino que "que se le hizo su voz" o D. Luis al señalar que su mujer no vio nada y que solo le pareció que podía ser Paula.

En definitiva testimonios que nada pueden aportar pues realmente y salvo su sincero deseo de colaboración, nada vieron.

QUINTO.- Una especial consideración merece la declaración en el acto del Juicio Oral de la testigo Reyes.

En fase de Instrucción declaró en distintas ocasiones, ciertamente en calidad de coimputada- y en algunas de ellas se corrobora el reconocimiento parcial de los hechos efectuado por Jose Ángel en la citada declaración ante la Juez de Instrucción, llegando incluso Reyes a solicitar protección frente a su marido.

En el Plenario manifestó que no quería declarar nada que perjudicara a su marido pero que iba a revelar "Un Secreto".

Este secreto consistía en exculpar-de forma incoherente como veremos- a su marido de toda participación en estos hechos atribuyéndole toda la responsabilidad a Frida respecto de la que la testigo expresó su más profunda y directa enemistad utilizando continuamente descalificativos para referirse a la procesada, descalificativos que fueron precedidos de constantes y también incoherentes afirmaciones de carácter racista.

Y decíamos que esa exculpación deviene incoherente pues o bien afirmaba que esas imputaciones en la fase de Instrucción se debían a que "quería mucho a su marido y lo protegía", es decir lo protegía imputándolo o bien a que su mente se "quedaba en blanco" mas ese "quedarse en blanco" como se comprueba con la lectura de sus declaraciones implicaba unos extensos relatos muy pormenorizados incluso algunos en los que describía hechos que procedían de "unos sueños".

Y también es cierto que ese elemento de incoherencia se aprecia en casi todas las declaraciones Judiciales de la Sra. Reyes y así podemos comprobar como el 29 de Septiembre de 2008 comparece ante la Juez Instructora "para retractarse de sus declaraciones anteriores" y nada más comenzar esa nueva declaración afirma que realmente "no sabe exactamente de que se quiere retractar".

Y la incoherencia llega a su punto culminante cuando al final de su declaración en la Vista Oral, en donde imputa ahora todos los hechos a Frida, al describir las acciones teóricamente realizadas por la procesada utilizó y empleó la primera persona, como si fuera ella realmente la protagonista de la acción.

Con estos parámetros y conforme solicitaron tanto la Acusación Publica como la Defensa de la procesada procede deducir oportuno Testimonio por si esta declaración en el Juicio Oral de la testigo pudiera constituir el delito tipificado en el artículo 458.2 del Código Penal de Falso Testimonio

SEXTO.- En la realización del expresado delito de Abusos Sexuales ha concurrido la circunstancia agravante de reincidencia del artículo 22.8 del Código Penal (Sentencias Firmes por delitos de Abusos Sexuales dictadas por los Juzgados de lo Penal nº 4 y 1 de Sevilla en fechas 13/12/2004 y 30/12/2005).

No estimamos que pueda apreciarse las agravantes interesadas por la Acusación Particular 2ª y 6ª del artículo 22, pues en primer término las circunstancias en las que se perpetró el delito de Asesinato ya han sido valoradas precisamente para su configuración delictiva y en segundo lugar no es dable apreciar entre los procesados y la familia de la Menor una previa relación de confianza de la que se aprovecharan los acusados para perpetrar el delito.

Jose Ángel como expusieron los Peritos Forenses padece una parafilia del tipo pedofilia que no altera sus capacidades intelectivas y volitivas.

Frida no presenta igualmente alteración mental ni alteración psicopatológica que disminuya sus facultades intelectivas y volitivas.

En la necesaria individualización de la pena en el delito de Asesinato y dada la exigencia del artículo 66.1.6ª y atendiendo asimismo al principio de proporcionalidad de las penas, el cual si bien no tiene un expreso reconocimiento constitucional, es innegable que se tiene en cuenta en nuestro Ordenamiento Jurídico, como directamente derivado del valor Justicia, proclamado en el artículo 1.1 de nuestra Constitución y que integra uno de los valores superiores de nuestro ordenamiento estimamos que atendiendo a las desgarradoras circunstancias en las que se cometió, la edad del sujeto pasivo una niña de muy corta de edad, la crueldad en su ejecución, el sufrimiento que padeció la menor y el que padece su familia, la pena privativa de libertad del procesado aun no concurriendo en este delito circunstancia alguna debe imponerse en su mitad superior que concretamos en una pena de Diecinueve Años de Prisión.

Y con al relación al delito de Abusos Sexuales dada la concurrencia de la referida circunstancia agravante y las personales del procesado así como la existencia de condenas posteriores por los mismos hechos, dicha pena se fija en Tres Años de Prisión.

Y con respecto a la procesada y valorando dichas circunstancias y dado que por aplicación del artículo 63 hemos de imponer pena inferir en grado concretamos dicha pena en Nueve Años de Prisión, extensión ésta que dada su participación con esa frialdad de ánimo, estimamos ajustada y proporcionada.

Y al amparo de los artículos 57,48.1 y 2 ambos del Código Penal imponemos la pena de Prohibición de residir en Huelva así como de aproximarse y comunicarse con los familiares de la víctima, sus padres, hermanos, tíos y abuelos por cualquier medio o procedimiento durante Treinta y Dos años para el procesado y de Diecinueve para Frida.

Asimismo y como quiera que condenamos a los acusados a penas superiores a Cinco años de Prisión acordamos expresamente que dada la gravedad de los hechos y de los delitos, que en su caso, la clasificación en tercer grado penitenciario no pueda producirse antes del cumplimiento de la mitad de la condena total impuesta.

SEPTIMO .- En cuanto a la responsabilidad civil, conforme a lo establecido en el artículo 109 del Código Penal, la ejecución de un hecho descrito por la Ley como delito o falta obliga a reparar, en los términos previstos en las Leyes.

Cómo se valora la vida de una niña de Cinco Años, cómo se valora la angustia y padecimientos de sus padres, cómo se valora el dolor de sus hermanos, abuelos y tíos.

Toda muerte causa dolor pero la muerte despiadada, sin sentido de una niña de cinco años cómo se repara, Ginette Raimbault decía que "Un hijo es el sostén de nuestras esperanzas," cómo se reparan esas esperanzas rotas, cómo se mitiga el duelo de sus padres. Cómo se valora ese dolor del duelo, "Únicamente aquellos que evitan el amor, pueden evitar el dolor del duelo" (Brantner), cómo se valora toda una expectativa de vida.

Cómo se puede aliviar ese dolor constante y permanente, "el pesar oculto, como un horno cerrado, quema el corazón hasta reducirlo en cenizas" (Shakespeare).

Y hemos de concluir que no hay indemnización alguna que ni tan siquiera disminuya esa pérdida, la ausencia de Paula es irreparable.

Las Acusaciones en el acto del Juicio Oral guardaron en esta materia un respetuoso silencio remitiéndose a sus Conclusiones Definitivas y realmente ese silencio era todo un clamor, el clamor del dolor.

Pero en la necesaria determinación desde el punto de vista jurídico de este quantum indemnizatorio deviene esencial fijar un criterio valorativo y estimamos que la petición del Ministerio Fiscal que se realiza partiendo de la aplicación analógica de

determinados Baremos del año 2008, es un criterio que dentro de las anteriores limitaciones, resulta objetivo.

Es por ello que los acusados deberán indemnizar a Celso e Violeta en la cantidad de 122.000 Euros y a cada uno de los hermanos de la víctima Juan José y Daniel en la cantidad de 22.000 Euros, igualmente y en concepto de daño moral añadido indemnizarán a sus padres y hermanos en 19.000 Euros por los días que transcurrieron entre la muerte de la menor y el descubrimiento del cadáver con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

Teniendo en cuenta que del delito de Abusos Sexuales es únicamente responsable Jose Ángel y del delito de Asesinato es responsable en concepto de autor y Frida en concepto de cómplice, debe aplicarse el contenido del artículo 116 del Código penal.

Y si bien ningún precepto del Código Penal establece qué criterio debe seguirse para la determinación de cuotas a la que se refiere el citado precepto, según la Jurisprudencia esa cuantía debe venir determinada al menos como criterio principal por la incidencia de las distintas conductas en la producción del daño a reparar o indemnizar.

En el presente caso siendo el procesado el principal causante de los daños a reparar en un porcentaje superior a Frida, a tenor del criterio citado, estimamos que una cuota del 80% debe imputarse al procesado y el 20% restante a la procesada, debiendo responder cada uno de ellos en forma subsidiaria por la cuota correspondiente del otro, sin perjuicio del ejercicio en su caso del derecho de repetición.

OCTAVO .- Las costas procesales incluidas las correspondientes a la Acusación Particular se imponen en sus $\frac{3}{4}$ parte al procesado y la cuarta parte restante a la procesada conforme al artículo 240 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

FALLAMOS

En virtud de lo expuesto, el Tribunal ha decidido:

PRIMERO.- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS al procesado Jose Ángel como autor penalmente responsable de un delito de Abuso Sexual, ya definido, concurriendo la circunstancia agravante de reincidencia a la Pena de TRES AÑOS de PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y como autor de un delito de Asesinato, igualmente ya definido, no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de DIECINUEVE AÑOS de PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación absoluta durante el tiempo de la condena y $\frac{3}{4}$ parte de las costas procesales, incluidas las correspondientes a la Acusación Particular.

SEGUNDO.- QUE DEBEMOS CONDENAR Y CONDENAMOS a Frida como Cómplice del citado delito de Asesinato no concurriendo circunstancias modificativas de la responsabilidad penal a la pena de NUEVE AÑOS de PRISIÓN con la accesoria de inhabilitación especial para el ejercicio del derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena y $\frac{1}{4}$ parte de las costas procesales, incluidas las correspondientes a la Acusación Particular

Decretamos la Prohibición de los Condenados de residir en Huelva así como de aproximarse y comunicarse con los familiares de la víctima, sus padres, hermanos, tíos y abuelos por cualquier medio o procedimiento durante Treinta y Dos Años para Jose Ángel y de Diecinueve Años para Frida.

Asimismo y como quiera que condenamos a los acusados a penas superiores a Cinco años de Prisión acordamos expresamente que dada la gravedad de los hechos y de los delitos, que en su caso, la clasificación en tercer grado penitenciario no pueda producirse antes del cumplimiento de la mitad de la condena total impuesta.

Los condenados indemnizarán en concepto de daños y perjuicios a Celso e Violeta en la cantidad de 122.000 Euros y a cada uno de los hermanos de la víctima Juan José y Daniel en la cantidad de 22.000 Euros, igualmente y en concepto de daño moral añadido indemnizarán a sus padres y hermanos en 19.000 Euros por los días que transcurrieron entre la muerte de la menor y el descubrimiento del cadáver con aplicación del artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la forma descrita en el Fundamento Séptimo de esta Resolución.

Dedúzcase Testimonio contra la testigo Reyes por la posible comisión durante su declaración testifical en Juicio de un presunto delito de Falso Testimonio del artículo 458.2 del Código Penal

Se Aprueban por sus propios Fundamentos los Autos dictados por el Instructor en las correspondientes de Piezas de Responsabilidad Civil declarando Insolvente al condenado Jose Ángel y Parcialmente Solvente a la condenada Frida.

En el cumplimiento de estas penas será de abono a los procesados el tiempo que cautelarmente hayan permanecido privados de libertad en este procedimiento salvo que le hubiese sido aplicada en otra causa.

Así por esta nuestra Sentencia, de la que se unirá certificación al rollo de Sala, lo pronunciamos, mandamos y firmamos.

PUBLICACIÓN .- Leída y publicada fue la anterior sentencia, celebrando audiencia pública, de lo que doy fe.