



SECCIÓN PRIMERA DE LA AUDIENCIA PROVINCIAL
C/ Málaga nº2 (Torre 3 - Planta 3ª)
Las Palmas de Gran Canaria
Teléfono: 928 42 99 30
Fax: 928 42 97 76
Email: s01audprov.lpa@justiciaencanarias.org

Rollo: Apelacion autos
Nº Rollo: 0001088/2017
NIG: 3501931220070005195
Resolución: Auto 000155/2018

Proc. origen: Diligencias previas Nº proc. origen: 0000587/2007-00
Jdo. origen: Juzgado de Primera Instancia Nº 2 (antiguo P. Inst. e Instr. Nº 2) de San Bartolomé de Tirajana

<u>Intervención:</u>	<u>Interviniente:</u>	<u>Abogado:</u>	<u>Procurador:</u>
Denunciante	Eduvigis Gonzalez Sanchez		
Denunciante	Jose Suarez Castellano		
Apelado	Antonio Ojeda Bordon	Vicente Flores Guerra	
Apelante	Itahisa Suarez Santana	Pedro Sanchez Vega	Lorenzo Olarte Lecuona
Apelante	Juan Francisco Vargas Sanchez	Pedro Sanchez Vega	Lorenzo Olarte Lecuona

AUTO

ILMOS. SRES.

PRESIDENTE:

D. MIQUEL ANGEL PARRAMON I BREGOLAT

MAGISTRADOS:

D. PEDRO JOAQUIN HERRERA PUENTES

D. SECUNDINO ALEMAN ALMEIDA

En las Palmas de Gran Canaria, a 13/3/2018.

HECHOS

PRIMERO: En las Diligencias Previas nº 587/2017, del Juzgado de Instrucción nº 2 de San Bartolomé de Tirajana, de las que dimana el Rollo de Apelación nº 1088/2017, se ha dictado auto en fecha 25/10/2017, por el que se acuerda decretar el sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones y librar oficio al equipo de investigación, Unidad Central Operativa, Sección de Homicidios, Secuestro y Extorsiones, para que continúe con la investigación de los hechos que dieron lugar a la incoación de la presente causa.

SEGUNDO: Y, contra el mencionado auto de fecha 17/11/2016 se interpuso por la representación procesal de la Acusación Particular de ITAHISA SUAREZ SANTANA y JUAN FRANCISCO VARGAS SANCHEZ recurso de apelación y dados los traslados del mismo a las partes personadas, a fin de que hicieran las alegaciones que estimaran convenientes a sus derechos, el Ministerio Fiscal y la defensa del investigado ANTONIO OJEDA BORDON se opusieron a la estimación del recurso.





Y, se remitieron testimonio de las actuaciones a esta Audiencia Provincial, quedando las mismas para dictar la resolución procedente sobre el recurso planteado, siendo designado ponente el magistrado de esta Sección D. MIQUEL ANGEL PARRAMON I BREGOLAT.

RAZONAMIENTOS JURIDICOS

PRIMERO: La pretensión impugnatoria actuada por la representación procesal de la Acusación Particular de ITAHISA SUAREZ SANTANA y JUAN FRANCISCO VARGAS SANCHEZ contra el auto de fecha 25/10/2017, por el se que acuerda el sobreseimiento provisional del procedimiento se basa en que, a su entender, de lo actuado se desprenden indicios racionales que permiten imputar al investigado ANTONIO OJEDA BORDON la participación en la sustracción y desaparición del menor YERERMI SANTANA VARGAS, en el año 2007.

La parte apelante sostiene, en apretada síntesis, que el Juez Instructor ha valorado de manera completamente errónea y no ajustada a derecho las pruebas practicadas en la fase de instrucción sumarial, como consecuencia de las divergencias del órgano judicial con los investigadores policiales.

Destaca la Acusación apelante que el principal y gran problema de la instrucción ha sido que *"El Juez Instructor no cree a la Policía ni a su informe"*, siendo al respecto clarificadora la respuesta inicial al atestado presentado al efecto por los investigadores policiales dando cuenta de las investigaciones referentes al investigado ANTONIO OJEDA -atestado n.º 247/2015, de febrero de 2015-.,.

Cuestiona la recurrente que el instructor al folio 25 del auto de archivo recurrido manifieste que el atestado mencionado se basa en *"meras afirmaciones y valoraciones subjetivas de miembros del equipo de investigación"*, lo que a su entender condiciona (y mucho) el resto de la instrucción porque ya el Juez Instructor ha hecho un juicio "a priori" del atestado inicial mencionado que afecta de manera inevitable al resultado final de la instrucción.

Alega la recurrente que existen datos fundamentales para acreditar la participación del investigado ANTONIO OJEDA en la desaparición del menor YEREMI, entre ellos los siguientes: la declaración del entonces menor PEDRO IVAN LLAMAS RIVERO; el informe pericial psicografológico elaborado por la policía; las declaraciones de dos internos a los que ANTONIO OJEDA les habla de su conocimiento de la desaparición del menor; y, la titularidad de ANTONIO OJEDA del vehículo Renault, modelo 5, color blanco, versión Oasis, provisto de placa de matrícula GC-4255-AW.

En relación a la declaración de PEDRO IVAN LLAMAS RIVERO, testigo que sitúa en la hora de desaparición del menor el coche propiedad de ANTONIO OJEDA y conducido por una persona con rasgos casi idénticos a dicho investigado, destaca que la prestada ante la policía en el año 2010 coincide sustancialmente con la prestada en el atestado n.º 247/2015 en el año 2015 -en fecha 25/3/2015- y la posterior judicial -en fecha 29/7/2016-, salvo el hecho de recordar y reconocer en la segunda policial que dicho vehículo y del que nunca dice que sea un Renault 5, portaba una pegatina igual a la que le es mostrada por los agentes actuante y que se





Y, pasando ya al fondo del asunto, es nuestro parecer que el archivo provisional de la causa, decretado por el magistrado instructor en su auto de fecha 25/10/2017 es plenamente ajustado a derecho y debe ser confirmado al estimar la Sala que de las diligencias de instrucción practicadas hasta el momento no se desprenden indicios criminales lo suficientemente sólidos y consistentes para imputar al investigado ANTONIO OJEDA BORDON la desaparición del menor YEREMY en el año 2007.

De los términos en que se halla planteado el debate se desprende que en el supuesto que revisamos la cuestión a resolver viene mediatizada por el enfoque tan singular que tanto el magistrado instructor como la acusación apelante le dan al archivo provisional de las actuaciones.

El Magistrado instructor examina los datos incriminatorios contra el investigado ANTONIO OJEDA bajo el prisma de una evidente desconfianza frente a dicha línea de investigación y a los pareceres -subjetivos, dice- aportados por los investigadores policiales en los distintos atestados dando cuenta de las gestiones efectuadas.

Y, la Acusación Particular cuestiona abiertamente el resultado de la instrucción con fundamento en que el mismo viene condicionado por el hecho de que el juez instructor *"no se cree a la policía"*.

No corresponde a la función revisora de esta Sala enjuiciar la corrección de la actividad desarrollada por los investigadores policiales y se compartan o no los pareceres que sobre el resultado de la investigación facilitan al instructor, lo cierto es que la simple lectura de los atestados presentados revela por sí misma el esmero y laboriosidad que por la policía judicial se ha prestado al caso que nos ocupa, y que desde luego merece.

Los pareceres de los investigadores policiales nos merecen pues todo el respeto y consideración, por muy subjetivos que sean, por la profesionalidad, especialización y preparación que son propias de la policía judicial.

Pero compete en última instancia al órgano judicial la valoración del material indiciario resultante de la investigación y la toma de las decisiones relacionadas con la instrucción, incluida la de continuación o archivo de la misma.

Y, en ese contexto podemos comprobar que el auto de fecha de fecha 25/10/2017 realiza un examen exhaustivo de los distintos atestados policiales relativos tanto a otras líneas anteriores de investigación como a la propiamente relacionada con el investigado ANTONIO OJEDA. Todo ello con un reproche implícito, en algunas ocasiones, a los investigadores policiales y a los pareceres subjetivos que los mismos explicitan. Lo cual, dicho sea de paso, nos parece innecesario, todo hay que decirlo, pues el cometido de aquellos es precisamente poner a disposición del órgano instructor, en su función de auxilio, toda la información obtenida y proponer líneas de investigación para la averiguación de los hechos y de las personas responsables. Correspondiendo al juez de instrucción dirigir la investigación, valorar las diligencias practicadas o acordar nuevas y concluir la fase de instrucción .

Pero que el planteamiento del auto recurrido este mas o menos enfocado a rebatir las sospechas que los investigadores policiales esgrimen respecto al investigado ANTONIO





OJEDA no lo desmerece en realidad, pues lo realmente importante es que también analiza con rigor y seriedad los indicios y datos incriminatorios contra aquél y descarta, con prudencia que se comparte, que los mismos sean suficientes para continuar la causa contra dicho investigado.

Y, es que las objeciones de la Acusación Particular recurrente son humanamente comprensibles por la inevitable sensación de impunidad y olvido que el archivo de la causa puede razonablemente provocar a los familiares mas cercanos del menor desaparecido, pero lo cierto es que no aportan argumentos convincentes para revocar una decisión que nos parece jurídicamente irreprochable.

Por mucho que la Acusación Particular tome como punto de partida el desideratum de correlacionar la decisión de archivo con el supuesto juicio apriorístico negativo del instructor respecto de la labor de los investigadores policiales, todo ello facilitado por algunas apreciaciones de éste, basta el análisis de los indicios contra el investigado que el instructor efectúa en el auto recurrido para fundamentar el sobreseimiento acordado, que se considera suficientemente motivado .

Hay que tener muy en cuenta que una cosa son las sospechas iniciales respecto de la participación de una persona en un hechos delictivo que, cuando como en este caso, efectivamente concurren, justifican y legitiman el inicio de la correspondiente investigación.

Y, otra cosa muy distinta, son los indicios racionales, ya no meras sospechas o conjeturas, serios y consistentes, que son exigibles para la continuación de la causa respecto de un investigado determinado cuando, como es también el caso, se da por prudentemente agotada la fase de instrucción, no hay mas diligencias a practicar y hay que concluir la misma, aunque sea provisionalmente.

Los datos manejados por la Acusación Particular apelante en su recurso para justificar la revocación del archivo aportan evidencias bastantes para iniciar una investigación y profundizar en la eventual autoría o participación del investigado ANTONIO OJEDA en la sustracción y desaparición del menor YEREMI, pero a la vista del resultado de las diligencias practicadas hay que convenir que la investigación sumarial no ha progresado mas allá y las inferencias obtenidas no se estiman indicios racionales suficientes que permitan la imputación de dicho investigado.

Como antes se apuntó, los datos inculpativos contra el investigado ANTONIO OJEDA se reducen en esencia, de un lado, al testimonio del testigo [redacted] que según la Acusación apelante permite presumir la presencia de dicho investigado y, en especial, del vehículo de su propiedad -Renault 5, de color blanco, modelo Oasis, con pegatina de palmeras-, en las inmediaciones del lugar, día y hora de la desaparición del menor YEREMI; y, de otro lado, los testimonios de referencia de dos testigos a los que el investigado habría relatado su participación en la desaparición del menor.

Pues bien, en relación al testimonio de F [redacted], basta decir que su aptitud para inculpar al investigado ANTONIO OJEDA viene condicionada por los reparos advertidos por el auto recurrido, también asumidos por el Ministerio Fiscal, quién efectúa una serie de interesantes observaciones, con respecto a las distintas manifestaciones del testigo, destacando que *"el mismo prestó declaración hasta en cinco ocasiones, apreciándose grandes diferencias entre unas manifestaciones y otras, lo que no es de extrañar, dada la edad*





del testigo en el momento de los hechos, pues contaba con once años de edad, y el transcurso de casi diez años entre la primera y la última declaración. Por ello, debemos entender, como más precisas en cuanto a los datos aportados, aquellas manifestaciones realizadas en tiempo más próximo al momento de los hechos”.

Así, del atestado policial 36/2011, de 14 de abril de 2011 se desprende que con fecha 23 de marzo y 3 de mayo de 2007, se mantuvieron en presencia de su madre, sendas entrevistas con el menor _____, quien manifestó “haber observado, sobre las 13:30 horas del sábado 10 de marzo de 2007, como el menor Yéremi Vargas jugaba en el solar existente junto a su domicilio, entre las calle Honduras y Perú, ambas de la localidad de Vecindario (último lugar donde fue visto) y como unos 15 minutos después observó un vehículo turismo de la marca Opel modelo Corsa de los antiguos, de color blanco, circulando despacio por la citada calle Honduras, si bien en dirección contraria”.

Del mismo atestado policial 36/2011 se desprende igualmente que en fecha 5/10/2010 el menor PI _____, fue explorado en sede policial, precisando que “Se trataba de un vehículo Opel Corsa, del mismo modelo que el de su tío Enrique Rivero González. Era un Opel Corsa blanco, de líneas rectas, de tres puertas. El coche iba tan despacio que él le iba alcanzando. Recuerda que tenía en la parte trasera unas pegatinas, no recuerda si en la luna o en la carrocería, con motivos de palmeras o algo así”. Y, consta que se le enseñan 12 fotografías de varios vehículos de la marca Opel modelo Corsa de diferentes años de fabricación y reconoce la número 7 y 10 como el modelo más similar al citado en su declaración.

En estas tres declaraciones, el testigo no duda en ningún momento cual fue el coche que vio el día 10 de marzo de 2007, circular en sentido contrario a la circulación, por la calle Honduras de Vecindario, siendo dicho vehículo un Opel Corsa, blanco, de tres puertas, concretando en una de las declaraciones que ese vehículo era como el de su tío Enrique Rivero González, y que el mismo tenía en la parte trasera unas pegatinas con motivos de palmeras. Identificando, además, a continuación de su última declaración, en octubre de 2010, al realizar un acta de reconocimiento relativa al vehículo que había observado en la calle Honduras, un vehículo Opel Corsa tipo A.

Por otra parte, en ninguna de estas tres declaraciones realizadas por el testigo se identificó al conductor del vehículo, y así lo hace constar el equipo investigador en su atestado 36/2011, de 14 de abril de 2011, tomo XXVIII, folio 8.166, párrafo sexto de las actuaciones: “En dicha diligencia el menor no pudo aportar ningún dato que permitiera la identificación de la persona que conducía dicho vehículo.”

Pues bien. no será hasta cinco años más tarde, cuando vuelva a prestar declaración el testigo _____ sobre los referidos hechos, momento en que puntualiza sus declaraciones anteriores, describiendo el vehículo que observó el día de la desaparición del menor YEREMI, como “similar al de su tío”, sin especificar el modelo exacto, pero concretando en este momento el color de la pegatina de las palmeras, nunca antes descrito y defina al conductor del referido vehículo.

Así del atestado 254/2015 se desprende que el testigo referido prestó declaración en sede policial el día 25 de marzo de 2015, en la que respecto al vehículo en cuestión manifiesta que





“El coche era pequeño, blanco, de características similares al que en esa época tenía su tío, al menos en su parte posterior. La parte trasera, que es la que pudo ver era blanca, con el paragolpes negro o gris oscuro, no sabiendo marca, ya que no le interesan los coches. El único dato significativo que puede recordar es una especie de pegatina en el vehículo, ubicada en la parte posterior derecha, por encima del paragolpes y que consistía en una o unas palmeras de color verde con algo de color amarillo, que recuerda perfectamente en la actualidad. El vehículo pudiera tener los cristales y la luna tintados u oscurecidos, pero no puede asegurarlo”. Y, consta que se le enseñan fotografías del modelo Renault 5 Oasis con las pegatinas propias al citado modelo de vehículo, manifestando el testigo que se corresponden con su recuerdo.

Y, en su declaración en sede judicial el día 29 de julio de 2016, manifiesta que *delante suya iba este vehículo blanco, el modelo no lo recuerda, que era un coche parecido al de su tío, que su tío tiene un coche blanco pequeño pero no sabe el modelo, que sí recuerda que este vehículo blanco tenía en la parte de atrás una pegatina, que al principio dijo que era algo tropical, luego dijo que era como palmeras, y cuando la guardia civil le enseñó el modelo del vehículo y la pegatina confirmó sin dudas que era ese símbolo”.*

Que el investigado ANTONIO OJEDA era propietario de un vehículo Renault 5, modelo Oasis, de color blanco, se desprende del testimonio de E. [REDACTED], en sede policial, el día 24 de marzo de 2015, en el atestado 254/2015, la cual declaró: *“Que aproximadamente a mediados de 2004 puso a la venta un vehículo de su propiedad, concretamente un Renault 5 de color blanco con matrícula GC4255AW”. “Que ese vehículo se lo vendió a Antonio Ojeda”. “Que el vehículo lo compró la15 manifestante nuevo, de fábrica, en 1991 en el concesionario Renault, tratándose de un Renault 5, modelo Oasis, con un motor de 1000 cc, de color blanco y con los parachoques delanteros y traseros de color negro. El modelo estaba dotado de CINCO puertas”. “Lo único característico del vehículo, si bien era de serie, eran unas palmeras que estaban ubicadas en el portón trasero y cree que también en las puertas. En concreto eran unas pegatinas en las que figuraba la palabra “OASIS” y unas palmeras de color verde con el fondo quizá amarillo”.*

No tiene la Sala motivo alguno para dudar de la sinceridad del testigo y la experiencia del Tribunal y la psicología del testimonio nos enseñan que las eventuales contradicciones de sus declaraciones pueden ser fácilmente explicadas por la edad o la falibilidad propia de la condición humana, pero ahí están y no se pueden tampoco desconocer.

A nadie se le escapa que para valorar con toda solvencia la fiabilidad de un testimonio es de vital importancia la inmediación, de la que no ha dispuesto este Tribunal de Apelación, ni tampoco parece ser que el magistrado instructor que acuerda el auto de archivo recurrido.

Pese a ello y con las limitaciones propias de esa desventaja que provoca la falta de percepción directa, hay que reconocer que las contradicciones y carencias detectadas en el testimonio referido son las que son y no se pueden obviar a la hora de valorar la fiabilidad del potencial inculpatario de su última versión, en la que se basa la Acusación Particular apelante.

A lo que hay que añadir, con independencia de lo anterior, que los datos que el testimonio es susceptible de aportar tampoco son de un valor principal o decisivo como elemento indiciario.





En efecto, puede levantar sospechas que un vehículo blanco de similares características que el del investigado circulara en dirección prohibida por la calle Honduras, el día y en el margen horario de desaparición del menor, pero de ahí sacar más conclusiones parece aventurado, sobre todo si tenemos en cuenta que en sus primeras manifestaciones el testigo se refiere expresamente a un vehículo Opel Corsa de 3 puertas, lo que no se corresponde con el modelo del investigado -Renault 5, de 5 puertas-. Y, la descripción del conductor no se facilita hasta en su última declaración y es bastante anodina en sí misma considerada (varón, de 30 a 40 años, más cercano a los 30 que a los 40, gafas, gorra y barba de unos días) con lo que no permite especialmente la identificación del investigado (también varón, de 47 años de edad y no hay datos sobre su barba), sin que sea planteable una diligencia de reconocimiento habida cuenta que el propio testigo advierte que no lo reconocería.

Por otra parte, la identificación que proporcionan las pegatinas tropicales que el testigo reconoce viene relativizada porque si bien es un logotipo propio del vehículo modelo Renault 5 Oasis, tampoco se puede descartar el uso de dicho símbolo como simple pegatina para eventualmente decorar otros modelos, en una isla donde es notoria la existencia de este tipo de árbol, enseñando la experiencia que no por tanto improbable, sino bastante común, su utilización como elemento de decoración.

Destacar igualmente, respecto al logotipo del modelo Renault 5 Oasis, que lo llamativo del mismo no es la única palmera que lleva dibujada en el lado derecho del mismo, si no las letras en mayúsculas de la palabra Oasis y los colores amarillo y verde de esta, que es a primera vista lo que llama la atención del dibujo, sobre lo que nada dice el testigo.

Por lo demás, hay que tener en cuenta que del propio atestado policial se infiere que la identificación del vehículo propiedad del investigado ANTONIO OJEDA viene limitada por el hecho de que el mismo fue destruido antes de que fuera posible su localización y análisis por el equipo de investigación.

Que el vehículo fue efectivamente destruido viene acreditado por el testimonio de Il, prestado en sede policial el día 27 de marzo de 2015, Atestado 254/2015, la cual declaró: *“Que es la gerente y encargada del Desguace El Cruce. Que recuerda el depósito judicial del vehículo Renault 5 Oasis con matrícula GC4255AW, que fue llevado a efecto por orden judicial del Juzgado de Instrucción n.º 4 de San Bartolomé de Tirajana y materializado por miembros de la policía local según resolución judicial de fecha 29 de abril de 2007, ejecutoria 88/2006”. “El vehículo quedó depositado el día 6 de mayo de 2008, según consta en la documentación de su empresa y que aporta”. “Que el vehículo fue destruido en sus dependencias del Polígono de Arinaga, sin poder precisar la fecha exacta. Que los restos del vehículo fueron enviados a la Península, a una empresa que se dedica a la fragmentación de metales, ubicada en Sevilla”.*

La destrucción del vehículo del investigado impide pues materialmente profundizar en dicha línea de investigación.

Y, aunque según consta en atestado policial el propio investigado ANTONIO OJEDA en el año 2007, con anterioridad pues a que la investigación se dirigiera contra él, manifestó a la policía que se hallaba en las proximidades del lugar de desaparición del menor, su presencia no viene constatada por elemento con valor probatorio pues en su declaración como investigado se acoge a su derecho a no declarar y ningún testimonio de los muchos testigos interrogados al respecto, relacionados por el Fiscal en su informe con extracto incluido de sus declaraciones, permite localizar al investigado en el marco espacial en cuestión.





Lo único que posibilita pues el testimonio [redacted], en el mejor de los casos para la tesis de la recurrente, es la ubicación, mal que bien, de un vehículo de similares características al del investigado ANTONIO OJEDA -de color blanco y con pegatina de palmeras- en las inmediaciones del punto de desaparición del menor, lo cual no pasa de ser un elemento periférico muy relativo si atendemos además a las concretas circunstancias de la misma -producida entre las 13:35 y las 13:48 horas, dentro de un núcleo poblacional y durante el transcurso de la jornada de cabalgata de carnaval-.

Todo lo cual difumina el margen de singularidad de la hipotética razón de oportunidad para la individualización del investigado por la vía de su vehículo porque aumenta exponencialmente la probabilidad de concurrencia de la misma en un número no determinado de posibles autores.

Y, tampoco revisten potencial incriminatorio suficiente los testimonios de los dos internos - [redacted] y [redacted] MARTÍN RODRÍGUEZ, a los que el investigado ANTONIO OJEDA supuestamente manifiesta tener conocimiento directo de lo que ha sucedido al menor porque él lo ha presenciado.

En relación a dichos testimonios lo primero que hay que decir es que no se trata de testigos directos sino indirectos o de simple referencia, en este caso de lo supuestamente manifestado por el investigado ANTONIO OJEDA, con lo que, ante todo, hay que recordar las prevenciones que al respecto mantiene la doctrina jurisprudencial de la Sala 2ª del Tribunal Supremo respecto a su eficacia como elemento probatorio nuclear.

En este sentido, la STS n.º 415/2017, de fecha 8/6/2017, nos recuerda la cautela que debe presidir la valoración de los testimonios indirectos al decir que: *"Acerca de la validez de los testimonios de referencia como prueba de cargo, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha mostrado una postura de especial prudencia en relación con la idoneidad de las declaraciones de referencia como elemento probatorio suficiente para fundamentar una condena penal, en la medida en que significan siempre una limitación de la posibilidad plena de defensa contradictoria (SSTEDH 19 de diciembre de 1990, caso Delta c. Francia, § 37 ; 19 de febrero de 1991, caso Isgro c. Italia, § 35 ; 26 de abril de 1991, caso Asch c. Austria, § 28; 28 de agosto de 1992, caso Artner c. Austria, §§ 22-24 ; y 14 de diciembre de 1999, caso A.M. c. Italia, § 25).*

Por su parte, la doctrina del Tribunal Constitucional ha establecido su admisibilidad, aunque reiterando que debe ser valorada con prudencia. Así, ha afirmado, entre otras STC n.º 303/1993, de 25 de octubre, FJ 7 que «la prueba testifical de referencia constituye, desde luego, uno de los actos de prueba que los Tribunales de la jurisdicción penal puedan tener en consideración en orden a fundar la condena, pues la Ley no excluye su validez y eficacia», citando el artículo 710 de la LECrim, (STC 217/1989, fundamento jurídico 5º). Aunque ha advertido que el que sea admisible y pueda operar como fundamento de una condena, no significa que por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, en alguna sentencia (STC n.º 97/1999), ha recordado que la jurisprudencia del Tribunal (SSTC 303/1993, 35/1995 y 7/1999) no ha admitido que la prueba testifical indirecta o de referencia «por sí sola, pueda erigirse, en cualquier caso, en suficiente





para desvirtuar la presunción de inocencia», afirmando «que la prueba testifical indirecta nunca puede llegar a desplazar o a sustituir totalmente la prueba testifical directa, salvo en el caso de prueba sumarial anticipada o de imposibilidad material de comparecencia del testigo presencial a la llamada al juicio oral».

En alguna sentencia (STC nº 155/2002), se ha señalado el valor disminuido de esta prueba, pero en otras se ha admitido su valor probatorio cuando viene acompañada de otras pruebas o de otros elementos que corroboran su contenido. Así, ya en la STC 217/1989, de 21 de diciembre , el Tribunal Constitucional advertía que "en algunos supuestos de percepción propia, la declaración de ciencia prestada por el testigo de referencia puede tener idéntico alcance probatorio respecto de la existencia de los hechos enjuiciados y la culpabilidad de los acusados que la prueba testifical directa". En la STC 219/2002 , se deniega el amparo en tanto que el recurso al testimonio de referencia se basó en la imposibilidad de contar con el testigo directo, y se tiene en cuenta que esas declaraciones no constituyen la única base probatoria que justifica la condena, en la medida en que además resultaron corroboradas por otros elementos incriminatorios soportados en la prueba referenciada.

Y, del mismo modo, en la STC 41/2003 , se reitera que el recurso al testigo de referencia ha de quedar limitado a aquellas situaciones excepcionales de imposibilidad real y efectiva de obtener la declaración del testigo directo y principal, señalando como requisito adicional que la declaración de los testigos de referencia se preste en el juicio oral con las debidas garantías de inmediación y contradicción. Para concluir que, cumplidas estas premisas, las declaraciones prestadas por los testigos de referencia pueden servir para desvirtuar la presunción de inocencia; en definitiva, para fundar la condena respetando el contenido esencial de este derecho (SSTC 209/2001 , de 22 de octubre, FFJJ 5 y 6; 219/2002 , de 25 de noviembre , FJ 3). En ese caso, en el que se habían enjuiciado unos abusos sexuales sobre una niña de dos años y medio, que no declaró por apreciarse falta de discernimiento, el TC aceptó como prueba añadida a los testimonios de referencia de la madre y de la abuela, las manifestaciones de la perito psicóloga judicial, que consideró elemento bastante de corroboración.

Esta Sala ha señalado, STS nº 586/2016, de 4 de julio , que cita la STS nº 757/2015, 30 de noviembre , que «éste sólo adquiere verdadero valor como prueba complementaria, para reforzar lo acreditado por otros elementos probatorios, o bien como prueba subsidiaria, sólo susceptible de valoración cuando es imposible acudir al testigo directo, porque se desconoce su identidad, ha fallecido o por cualquier otra circunstancia que haga imposible su declaración testifical».

A lo que hay que añadir que la Sala comparte además las cautelas y los recelos del Instructor y de la Fiscal por las dudas que aquellos apuntan sobre su credibilidad, teniendo en cuenta que las manifestaciones que los mismos atribuyen al investigado ANTONIO OJEDA se compadecen mal con el carácter reservado con que también lo definen y las declaraciones tienen lugar tras conocer la trascendencia pública de la investigación sobre ANTONIO OJEDA y la difusión de su imagen en los medios de comunicación social, a lo que hay que añadir que tampoco es descartable la búsqueda de eventuales ventajas o beneficios penitenciarios a los que también se refiere el magistrado instructor, lo que obviamente no invalida su eficacia indiciaria pero si invita a extremar las precauciones con que se debe valorar.

Por lo demás, en cuanto al testimonio de OI hay que puntualizar que dicho





testigo no afirma en ningún momento de sus declaraciones, ni policial ni judicial, que el investigado ANTONIO OJEDA le confesara en modo alguno su participación mediata o inmediata en la desaparición del menor YEREMI, lo que ya de suyo le reste aptitud racional como indicio inculpatario respecto a imputar aquella a dicho investigado.

Tanto en su declaración en sede policial el 25/5/2016, como en su declaración en sede judicial el testigo referido manifiesta que compartió celda en el Centro Penitenciario de Algeciras con ANTONIO OJEDA y que durante dicha estancia el mismo llegó a reconocerle que estaba preso por un agresión sexual a un menor, si bien culpando de ella a un tal "TANI", vecino suyo. Y sobre la desaparición de YEREMI primero le dijo que fue testigo visual, viendo el día de los hechos a una mujer morena tirar del brazo de un niño y meterlo a la fuerza en un Seat Toledo blanco conducido por un hombre. Añadiendo en otra ocasión que el "chiquillo no sufrió, el chiquillo ya llegó muerto" y que había sido el TANI, que llegó donde él vivía con el cadáver del niño en su coche, que lo puso sobre un colchón y le prendió fuego, precisando en sede judicial que según OJEDA todo eso había sucedido en el terreno que tenía en frente de la fábrica de hormigón.

La Acusación apelante se apoya en los informes de los investigadores policiales para enfatizar la importancia del testimonio referido con fundamento en que el mismo aporta datos del menor de evidente interés y menciona lugares del Sureste de Gran Canaria que el testigo -peninsular y que no ha estado en Gran Canaria- no puede por si mismo conocer, como la descripción del vertedero de la localidad de Juan Grande, precisamente cercano a Vecindario, lugar de residencia del menor y donde se produce la desaparición.

Y, aunque dichas impresiones resultan comprensibles y no son para nada descabelladas, pues algunos de los detalles que facilita el testigo son ciertamente de difícil invención sin un conocimiento previo proporcionado por alguien que lo tenga, como el investigado lo tiene, ello no presupone tampoco la veracidad de todas las manifestaciones que se atribuyen al investigado, de forma que lo único que permiten inferir es que parte del contenido de las conversaciones pueda corresponderse efectivamente con la realidad.

Resulta llamativo que en las manifestaciones que dicho testigo atribuye al investigado ANTONIO OJEDA éste haga supuestas referencia a un tal TANI tanto en la desaparición de YEREMI como en la agresión sexual a otro menor por la que si fue él condenado.

Pero, suspicacias aparte, tal dato no es especialmente relevante porque la falsa exculpación de un caso no conlleva la correlativa inculpación del otro y, además, ni siquiera estamos en disposición de excluir la contaminación del testimonio por conocimiento previo de dichos datos por los medios de comunicación.

Y, en cuanto al testimonio de N _____, aunque su declaración si se refiere a la presunta confesión de la participación del investigado ANTONIO OJEDA en la desaparición y muerte del menor YEREMY, hay que precisar que sigue siendo un testimonio de referencia, su verosimilitud puede entenderse cuestionable y no es eventualmente rechazable que puedan concurrir móviles espurios, a todo lo cual hace especial referencia el Ministerio Fiscal cuando alega lo siguiente: *"Respecto a la declaración de _____, compañero de celda de Antonio Ojeda Bordón, lo mismo podemos manifestar en cuanto al valor probatorio que tuviere la declaración de un testigo de referencia, siendo aquel que no ha presenciado los hechos y que manifiesta cuanto otros le han contado, requiriendo ser soportada por otros*





medios probatorios para que la misma alcance fuerza suficiente para constituir un indicio acusatorio, circunstancias que no se dan en el presente caso.

Pero, es más, en este segundo compañero de celda tampoco se puede eliminar todo móvil espurio que le hubiera movido a realizar su declaración, en cuanto existía entre el testigo y el investigado un conflicto previo, que habría dado lugar a que el testigo hubiera solicitado, con carácter previo a su declaración, el cambio de celda y módulo, lo que le habría sido denegado.”

Por ello, no nos parece insensata, la desconfianza que verbaliza el instructor cuando en el fundamento sexto del auto recurrido señala que: “En lo que hace al testigo Miguel Ángel Martín Rodríguez, también interno en un centro penitenciario y compañero de ANTONIO OJEDA BORÓN, ofrece otra versión completamente distinta de lo que le habría relatado Antonio Ojeda a la que ~~no cabe hacer caso~~. En relación con su declaración cabe traer a colación que su declaración ha de ponerse en relación con el tiempo de la misma, sus circunstancias y el momento en que fue efectuada. En este caso el testigo, como dijo, habría accedido a ser preso de apoyo porque iba a ser de una semana a diez días y esto estaba bien mirado por la junta de tratamiento, a la que tenía que acudir en febrero. El funcionario de prisiones, D. Francisco a que alude el testigo, reconoce que el interno le había pedido ya dejar de ser interno de apoyo pero él le había pedido que siguiese un tiempo más. Y pese a que dice que su conversación con Antonio Ojeda se produce el día 5 de diciembre 2016, no es hasta el día 11 de diciembre que solicita hablar con el funcionario, y tras conocer que un día no pudo atenderlo y luego no se encontraba lo que restaba de semana trabajando en el centro penitenciario. El interno testigo conocía que estaba en segundo grado de tratamiento y su régimen de cumplimiento, -al que quería volver como reconoció-, al que había pedido volver, traslada su queja al respecto, y no es hasta que hace su declaración jurada y comparecencia sobre Antonio Ojeda que lo consigue. A ello se ha de añadir que dice que la manifestación de Antonio Ojeda se hace tras subir el volumen de la televisión de un modo “exagerado, entre el 30 o el 40”, cuando “normalmente lo tenía al doce o trece y si se quedaban dormidos al ocho o al nueve”, pese a lo que estando el testigo en la litera en la cama de arriba, y Antonio Ojeda al lado de la televisión dice que pudo escuchar lo que le decía. También dijo en su declaración que no la había hecho para que lo cambiasen de módulo, pues con firmar la baja como interno de apoyo tenía, contradiciendo su propio proceder y declaración, pues dijo que al día siguiente había rellenado una instancia pidiendo la baja como interno de apoyo por motivos personales propios, lo que luego fecha el día 11, sin que se le dé de baja como interno de apoyo hasta el momento de su declaración sobre Antonio Ojeda. Interno que estaba intentando disfrutar de beneficios penitenciarios tras su regresión de grado como consta en las actuaciones, y que ve que tras prolongarse su situación como interno de apoyo no lo cesan en esa situación tras superar el plazo al que inicialmente habría accedido. Declaración que se hace también tras hacerse pública la investigación sobre Antonio Ojeda y su tramitación en los Juzgados de San Bartolomé. No resulta verosímil que se pueda escuchar una declaración como dice el testigo, y en la situación que el mismo relata con un volumen de televisión entre el 30 y el 40, cuando habitualmente se escucha al 12 o 13.

Ambos testigos que conocen al investigado de compartir centro penitenciario lo describen como una persona que no hablaba con nadie, por lo que llama la atención que cuando habla con ellos, sea precisamente para contarle cosas, siempre según los testigos, en relación con





la presente investigación.”

Luego, los dos testigos referidos aportan testimonios de simple referencia y no son siquiera coincidentes en la versión que supuestamente les manifiesta el investigado ANTONIO OJEDA sobre la autoría material de la desaparición del menor y la participación de aquel, de manera que uno no aporta prácticamente nada para la imputación del investigado -testimonio de JOSE [redacted] y el otro que si tiene la aptitud para ello, siempre como valor complementario, debe ser tomado con exquisita prudencia y distanciamiento -testimonio de MI [redacted]

También aquí la falta de inmediación del Tribunal, que si tuvo el Instructor que dicta el auto recurrido, dificulta lógicamente nuestra facilidad de percepción, pero las reticencias que se plantean por el magistrado instructor a concederles un valor indiciario principal nos parecen asumibles por las razones dichas.

Como tampoco se otorga especial virtualidad incriminatoria al informe pericial psicografológico a que hace mención la Acusación Particular recurrente y cuyo valor probatorio el instructor rebate frotalmente con el siguiente argumento: *“Ante la falta de pruebas objetivas o indicios racionales y razonables de que el investigado haya participado en la ejecución de los hechos, que son primordiales en la instrucción, ningún efecto incriminatorio se puede desprender del informe pericial psicografológico incluido a partir del folio 12252. Este informe no se elabora a partir de un cuerpo de escritura realizado al efecto. Se lleva a cabo a partir de diversos documentos intervenidos en la diligencia de entrada y registro del investigado, por lo que se desconoce las circunstancias de su elaboración, y aún deben ser considerados documentos dubitados, no puede presumirse su autoría por parte del reo cuando puede perjudicarle esta diligencia a partir de unos documentos que no consta quién los ha escrito, cuándo ni cómo y no han sido contrastados con ningún documento indubitado. A ello ha de añadirse que si bien se dice en su apartado 3.3 en qué consiste la “metología utilizada”. Grafoanálisis de Augusto Vels, grados de tensión de Pophal, y escuela francesa (estudio de los ocho movimientos gráficos), no explica en las conclusiones cuál sea el razonamiento que lleve a las mismas. Y aún respecto de las conclusiones, como señala el informe ello no supone la exclusión de otros rasgos de la personalidad o que éstos tenga que manifestarse en un estado puro. Y es que parece difícil que del análisis de unos documentos sin más explicación, puedan extraerse conclusiones tales como: “Los continuos celos que siente hacia los demás le llevan a vivir en la mentira donde se encuentra cómodo en especial cuando se siente amenazado.*

Su estado emocional sufre de continuas alteraciones, posiblemente debido a vivencias desafortunadas del pasado, que pudieran ser de índole sexual, presentando rechazos. También siente repulsión a ciertas personas con las que se encuentra incómodo rechazando cualquier contacto con las mismas.

Los cambios emocionales además de ser instantáneos pueden ser bruscos e incluso llegar a la violencia con facilidad”. Y concluye: “Persona egocéntrica, que le gusta destacar ante los demás, de carácter difícil por sus cambios bruscos de humor, que pueden llegar a dominarle, generando brotes incontrolados de agresividad. Padece ciertos miedos al futuro, que pudieran deberse a su falta de constancia en la realización de sus deberes o responsabilidades, llegando incluso a crearle ciertas preocupaciones, ya que acude a la mentira para esconder sus irresponsabilidades o malas acciones”. Desde luego resulta sorprendente que del estudio de unos documentos gráficos, en relación la tipo de letra y márgenes apreciados, puedan





sacarse semejantes conclusiones, cuando consta aportada toda la historia clínica de esta persona, informes de servicios sociales, y declaraciones de personas que tuvieron contacto con el mismo, y no se desprende una persona de semejantes características, sino más bien que se trata de una persona introvertida, que hablaba poco y sólo con personas cercanas.”.

Dejando a un lado las sensatas consideraciones del Instructor respecto de la metodología del dictamen y la cuestionable fiabilidad de sus conclusiones resulta obvio que el estudio de la personalidad del investigado puede tener interés a efectos investigadores, pero por su propia indeterminación no reviste mayor virtualidad como elemento probatorio para sostener la imputación.

En cuanto a los análisis acerca de la personalidad del acusado hemos de señalar como línea de principio que, salvo que este tipo de estudios periciales tengan por finalidad tratar de acreditar algún tipo de trastorno de la personalidad con eventual incidencia en la imputabilidad, los análisis periciales acerca de la personalidad de un acusado no proporcionan absolutamente nada relevante. En realidad, sostener que un acusado presenta una personalidad incompatible o compatible con el delito que se le imputa sería tanto como atribuir al informe pericial psicológico un valor de prueba plena incompatible con los postulados básicos del proceso penal, y básicamente el de libre valoración de la prueba.

En este ámbito, si bien en relación a los informes de credibilidad del acusado pero con un argumentario plenamente trasladable a lo que ahora examinamos, ha señalado la Sala Segunda -STS 179/2014, de 6 de marzo- que *“la credibilidad es un aspecto esencial de la valoración de la prueba que corresponde en exclusiva al juzgador de instancia al depender de la percepción directa por los jueces a quibus de las manifestaciones del deponente como resultado de la inmediación y oralidad en que se practican estas pruebas personales. El informe pericial acerca de la credibilidad del procesado no puede ser considerado como necesario, toda vez que, además de lo dicho, esta clase de informes son únicamente elementos⁴⁰ accesorios y secundarios -como también lo es el relativo a la credibilidad de la víctima- para que el Tribunal forme su convicción al respecto, pero por su misma naturaleza de accesoriedad y complementariedad se pone de manifiesto la innecesariedad de la prueba, como elemento determinante acreditativo de la veracidad del acusado, sobre todo teniendo en cuenta que, por su propia naturaleza, esta clase de pericias no puede establecer una conclusión rotunda e indubitada a diferencia de otras pruebas periciales que, por las técnicas científicas e instrumentos utilizados y el objeto material del análisis, permiten establecer diagnósticos incuestionables. Distinto es el caso cuando se trata del testimonio de un menor o de quien sufra una disminución psíquica, en que el dictamen de los expertos adquiere relevancia a efectos de determinar el grado de fiabilidad de estos testigos por las especiales circunstancias que en ellos concurren, pero no cuando -como es el caso- las declaraciones a valorar proceden de adultos con sus capacidades mentales conservadas, pues en estos supuestos corresponde a los jueces que han presenciado de modo directo e inmediato las manifestaciones de quienes exponen sus versiones contrapuestas, la función de ponderar unas y otras y pronunciarse razonadamente sobre el crédito que aquéllas les merezcan.*

En este sentido también la STS. 1323/2005 de 10.11 , señala que no se discuten los conocimientos especializados de los psicólogos, pero no se puede sustentar la credibilidad de un testimonio en informes, que tanto sean en un sentido o en otro, ni refuerzan ni descalifican





el testimonio específico y concreto de una persona. El análisis crítico del testimonio es una tarea consustancial a la responsabilidad de valorar y resolver de los jueces, cuyo criterio no puede ser sustituido por especialistas que solo pueden diagnosticar sobre la personalidad en abstracto pero no sobre su comportamiento en el caso concreto. Para bien o para mal los jueces, según el imperio de la ley, son los que, en último punto, deben valorar, con su personal criterio, la verosimilitud de las versiones que escuchan de los testigos o acusado, sin delegar esta misión en manos de terceros.

La STS. 28/2008 de 16.1, las descarta tanto en testigos como en acusados y señala que es doctrina jurisprudencial la que considera innecesaria la prueba pericial sobre cuestiones sobre las que el Juez o Tribunal posee una experiencia general o específica, como es el caso de la valoración de las declaraciones personales, sean confesiones o testimonios. Y añade que por ello su práctica es de aceptación excepcional en relación con los testigos que vienen obligados a decir verdad, o innecesaria respecto del acusado que no está obligado a decir verdad y respecto al que incluso son improcedentes las exhortaciones a hacerlo.”

Luego, el estudio grafológico de la personalidad del investigado no reviste especial valor a los efectos que aquí interesa de la continuación de la causa.

Por otra parte, nada aporta el testimonio del investigado ANTONIO OJEDA, que en su declaración judicial en calidad de tal, prestado el día 13 de julio de 2016, obrante a los folios 11459 y 11460, se limita a constestar con un lacónico “NO” a la pregunta formulada por su letrado “sobre si tuvo usted algo que ver o participó en la desaparición del niño Jeremi Vargas”, acogiéndose a su derecho, constitucionalmente reconocido, a no contestar a las demás preguntas que se le formulen.

Y, aunque el silencio del acusado le impide obviamente ofrecer una explicación plenamente satisfactoria de descargo respecto de alguno de los particulares incriminatorios referidos, es doctrina jurisprudencial reiterada y pacífica que ello sólo puede servir como elemento de apoyo corroborador cuando hay prueba de cargo con virtualidad y eficacia suficiente para desvirtuar la presunción de inocencia, lo que no sucede aquí por la endeblez de los indicios en su contra.

Como ha precisado la doctrina del Tribunal Supremo, del Tribunal Constitucional y del TEDH en diversas ocasiones, los derechos a guardar silencio y a no declarar contra uno mismo no son absolutos ni cuasi- absolutos, siendo incluso admisible extraer inferencias del silencio del acusado con determinados condicionantes (vid. STEDH de 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria ; o STEDH de 29 de junio de 2007, caso O'Halloran y Francis c. Reino Unido , entre otras), en lo que se conoce como doctrina “Murray”, admitida para valorar el silencio del acusado en función del requerimiento de una mínima explicación que no es proporcionada por aquél, siempre y cuando, que no es el caso, haya prueba de cargo relevante contra el mismo.

En este sentido la STS 474/2016, de fecha 2/6/2016 destaca que: “Pues bien, según se recordó en la sentencia de esta Sala 487/2014, de 9 de junio , en la STEDH de 8 de febrero de 1996 (conocida como el caso Murray) se enjuició el supuesto de un ciudadano que fue detenido, junto a otras siete personas, por los delitos de pertenencia a la organización armada de la República de Irlanda (IRA), de conspiración para el asesinato y de la detención ilícita de una persona. Murray permaneció en silencio durante su interrogatorio, en el que careció de asistencia legal hasta transcurridas 48 horas. En el juicio posterior tampoco alegó nada en su defensa para explicar su presencia en el lugar de los hechos. Finalmente, el juez, valorando





las pruebas presentadas por el fiscal y ante la ausencia de declaración alguna por parte del acusado, le condenó por instigar y ayudar a la detención ilícita.

El TEDH precisó que, aunque no esté específicamente mencionado en el Convenio, es inherente a la noción de proceso justo del art. 6 el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo. Del mismo modo, recordó que no son derechos absolutos ya que, en determinadas ocasiones, el silencio del acusado puede tener consecuencias a la hora de evaluar las pruebas en su contra durante el juicio.

El Tribunal estableció que la cuestión a dirimir en cada caso particular es la de si la prueba aportada por el acusador es lo suficientemente sólida para exigir una respuesta. El Tribunal nacional no puede concluir que el acusado sea culpable simplemente porque ha escogido guardar silencio. Sólo en los casos en que la prueba existente en contra del acusado -dice el TEDH- le coloque en una situación en la que le sea exigible una explicación, su omisión puede, como razonamiento de sentido común, permitir sacar en conclusión la inferencia de que no ha habido explicación y de que el acusado es culpable. Contrariamente, si la acusación no ha aportado pruebas lo suficientemente consistentes como para exigir una respuesta, la ausencia de explicación no debe ser suficiente para concluir en una declaración de culpabilidad.

El Tribunal Constitucional ha examinado la doctrina del "Caso Murray" en diferentes ocasiones en que le fue alegada en amparo por sujetos condenados en la vía penal.

Y así, en la sentencia 26/2010, de 27 de abril, el Tribunal Constitucional argumentó lo siguiente: "... pone el acento también la demandante en la improcedencia de utilizar su silencio en juicio como elemento fundamentador del pronunciamiento condenatorio. A este respecto, hemos afirmado que " ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria " (SSTC202/2000, de 24 de julio; 155/2002, de 22 de julio); ciertamente, tal silencio no puede sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes, pero, al igual que la futilidad del relato alternativo autoexculpatorio, sí puede tener la virtualidad de corroborar la culpabilidad del acusado" (STC 155/2002, citando la STC 220/1998, de 16 de noviembre).

En la sentencia 155/2002, de 22 de julio, el Tribunal Constitucional estableció que "... nuestra jurisprudencia, con expresa invocación de la doctrina sentada por la STEDH, de 8 de febrero de 1996, Caso Murray contra Reino Unido, ha efectuado diversas afirmaciones acerca de la ausencia de explicaciones por parte de los imputados. En la STC220/1998, dijimos que ' so pena de asumir un riesgo de inversión de la carga de la prueba, la futilidad del relato alternativo que sostiene el acusado y que supone su inocencia, puede servir acaso para corroborar su culpabilidad, pero no para sustituir la ausencia de pruebas de cargo suficientes'; y, asimismo, en la STC 202/2000, de 24 de julio, precisamente en un supuesto de existencia de unos indicios previos, afirmamos que 'según es notorio, en circunstancias muy singulares, ante la existencia de ciertas evidencias objetivas aducidas por la acusación como las aquí concurrentes, la omisión de explicaciones acerca del comportamiento enjuiciado en virtud del legítimo ejercicio del derecho a guardar silencio puede utilizarse por el Juzgador para fundamentar la condena, a no ser que la inferencia no estuviese motivada o la motivación fuese irrazonable o arbitraria...".





Por último, el TC arguye en la sentencia 202/2000, de 24 de julio, que "... este Tribunal ha distinguido entre los derechos que se garantizan al detenido en el art. 17.3 CE y los derechos que se garantizan al procesado, acusado o imputado ex art. 24.2 CE (SSTC 252/1994, de 19 de septiembre; 100/1996, de 11 de junio; 21/1997, de 10 de febrero), haciéndose eco además de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 25 de febrero de 1993, caso Funke; de 8 de febrero de 1996, caso John Murray; de 17 de diciembre de 1996, caso Saunders), según la cual el derecho al silencio y el derecho a no autoincriminarse, no expresamente mencionados en el art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, residen en el corazón mismo del derecho a un proceso equitativo y enlazan estrechamente con el derecho a la presunción de inocencia (STC 161/1997, de 2 de octubre)".

"Pues bien - prosigue diciendo la sentencia precitada-, según hemos declarado, mediante expresa invocación de la doctrina sentada en el caso Murray del Tribunal Europeo de Derechos Humanos antes citada, la constatación de que el derecho a guardar silencio, tanto en sí mismo considerado como en su vertiente de garantía instrumental del genérico derecho de defensa (STC 161/1997, ya citada), ha podido resultar vulnerado, sólo podría seguir al examen de las circunstancias propias del caso, en función de las cuales puede justificarse que se extraigan consecuencias negativas del silencio, cuando, existiendo pruebas incriminatorias objetivas al respecto, cabe esperar del imputado una explicación".

De la aplicación que hace el Tribunal Constitucional de la doctrina procesal del Caso Murray se desprende que la jurisprudencia que sienta el TEDH no permite solventar la insuficiencia de la prueba de cargo operando con el silencio del acusado. La suficiencia probatoria ajena al silencio resulta imprescindible. Esto es: una vez que concurre prueba de cargo "suficiente" para enervar la presunción de inocencia es cuando puede utilizarse como un argumento a mayores la falta de explicaciones por parte del imputado. De lo contrario, advierte reiteradamente el Tribunal Constitucional, se correría el riesgo de invertir los principios de la carga de la prueba en el proceso penal. De modo que, tal como señala el supremo intérprete de la norma constitucional, el silencio del acusado puede servir como dato corroborador de su culpabilidad, pero no como medio para suplir o complementar la insuficiencia de prueba de cargo contra él.

En el caso que ahora se juzga, a tenor de lo que se ha venido argumentando, no puede afirmarse, como pudiera darse a entender de la interpretación que hace la defensa sobre los razonamientos de la sentencia recurrida, que el mero hecho de que la acusada guardara silencio en la vista oral del juicio a las preguntas de las acusaciones tuviera relevancia para condenar. Por el contrario, la sentencia nos viene a decir que a la vista de las importantes partidas de dinero con las que se quedó la acusada en el ejercicio de su función de administradora del patrimonio de la querellante, y una vez acreditadas las transferencias de dinero sin justificación que hizo a su favor por cantidades muy importantes sin dar cuenta después de su inversión en beneficio de la poderdante, sólo cabe concluir que el silencio avala los actos de apropiación en cuanto no da explicación alguna de a dónde fue a parar la importante suma de dinero que falta del patrimonio de la querellante y que ella transfirió a su propio patrimonio.





Por tanto, no es que el silencio haya operado como elemento probatorio en contra de la acusada, sino que se está ante un supuesto en que el importante bagaje probatorio que integra la prueba de cargo, de por sí suficiente para enervar la presunción de inocencia, queda refrendado por la falta de argumentos exculpatorios de la inculpada en la vista oral del juicio.”

Por último y aunque nada se diga al respecto por la parte apelante, no podemos dejar de hacer unas breves consideraciones sobre otros elementos indiciarios a que hacen especial referencia los investigadores policiales y que fueron tenidos muy en cuenta por los mismos para dirigir la investigación contra ANTONIO OJEDA.

De un lado, tenemos los antecedentes penales del investigado por un delito sexual cometido en el año 2012 a un menor de 9 años en el barrio de Doctoral Viejo, sito en la misma localidad de Vecindario en que se produce la desaparición de YEREMI.

Hay que convenir que concurren ciertas similitudes en el “modus operandi” empleado en los dos casos, como son que ambos ocurren en la misma población, se emplean parecidas modalidades comisivas y las dos víctimas menores presentan características similares - físicas y de edad-. Además, en ambos supuestos se da la sospechosa circunstancia que el investigado comparece como testigo y acusa siempre a terceras personas como autores materiales, lo que los investigadores policiales interpretan como una estrategia defensiva destinada a desviar cualquier atención sobre su persona y lograr en definitiva una coartada que facilite la impunidad.

Pues bien, como conjetura la entendemos plenamente razonable y legítima por si misma la apertura de la correspondiente línea de investigación respecto de ANTONIO OJEDA, pero su valor periférico no puede trascender de ello.

Del mismo modo, aunque por razones distintas también se descarta la relevancia inculpatoria del testimonio de la testigo JIBELINA MARCELA GONZALEZ GARCIA, ex pareja del investigado, a la que éste habría revelado supuestamente extremos relativos a la vestimenta del menor que no eran conocidos públicamente.

Dicha testigo en su declaración en sede policial en fecha 9/6/2016 manifiesta que el investigado le dijo que el menor YEREMI llevaba unas “gafas de color azul y pantalón caqui”, lo cual coincide efectivamente con la vestimenta del menor el día de su desaparición, pero hay que tener en cuenta que ello se contradice con su declaración anterior en sede policial en fecha 5/3/2015 en que manifiesta que “le dijo que las gafas eran verdes”, sin referencia alguna al pantalón; y, viene igualmente desmentido por su declaración posterior en sede judicial en fecha 24/1/2017 donde vuelve a desdecirse respecto de las gafas y las refiere de color verde.

Por todo ello asumimos las observaciones del Ministerio Fiscal cuando puntualiza que “en primer lugar, los mismos no se adecúan exactamente a la realidad, pues según su declaración, las gafas que el menor portaría el día de los hechos serían redondas en cuanto a su montura, y verdes en cuanto a su color, habiendo precisado la misma, que si en alguna declaración dijo que estas eran azules, se debería a una equivocación por su parte.

En segundo lugar, aunque no se tratara de una equivocación, y fuese correcta su declaración en sede policial el día 5 de julio de 2016, en la que declaró ser azul el color de las referidas gafas, es difícil acreditar que este dato no hubiese sido inconscientemente alterado por la





testigo, tras toda la información vertida por los medios de comunicación y conocida por el público en general, en cuanto, ya en el mes de marzo de 2012 se publicó a través de diversos medios el color y forma de la montura de las gafas del menor el día de su desaparición, siendo estas unas gafas de montura cuadrada y de color azul con las patillas amarillas.”.

Recapitulando, vemos que los datos incriminatorios contra el investigado ANTONIO OJEDA se limitan al testimonio efectivamente inculpatario de un testigo de referencia -MIGUEL ANGEL ... sin mayor elemento periférico corroborador que la supuesta presencia en las inmediaciones de un vehículo con algunas características similares al del investigado - blanco y con pegatinas de palmeras- según manifiesta un testigo cuya credibilidad no se cuestiona pero si que introduce algunas importantes matizaciones entre sus primeras declaraciones y la última.

Los indicios mencionados se tratan pues de un respaldo incriminatorio que se estima insuficiente para imputar racionalmente al investigado cualquier participación en la sustracción y desaparición del menor YEREMI.

Ni la especial relevancia y extrema gravedad de los hechos investigados, ni la innegable trascendencia mediática del caso deben interferir prudentemente en la valoración objetiva y ecuánime de los indicios de criminalidad que la instrucción proporciona para decidir sobre la continuación o archivo provisional de la causa respecto de la persona del investigado ANTONIO OJEDA, que es lo que en función del resultado de las diligencias practicadas compete resolver al juez instructor y a la Sala revisar.

Todo ello sin que el archivo de la causa se estime en definitiva precipitado, ni haya vulnerado el derecho de defensa y a la tutela judicial efectiva de la Acusación Particular recurrente, como parece sugerir sin decirle abiertamente la apelante, habida cuenta que el sobreseimiento no se acuerda “a limine” sino una vez practicadas gran número de diligencias de investigación con el resultado anteriormente mencionado, no aparecen nuevas diligencias que puedan aportar datos relevantes y la recurrente ni siquiera ha solicitado en su recurso la práctica de nuevas diligencias, con lo que la instrucción debe darse provisionalmente por agotada.

Hay recordar que la jurisprudencia del Tribunal Constitucional ha proclamado reiteradamente que el ejercicio de la acción penal no comporta en el marco del art. 24.1 CE un derecho incondicionado a la apertura y plena substanciación del proceso penal, sino sólo a obtener un pronunciamiento motivado del Juez en la fase instructora sobre la calificación jurídica que le merecen los hechos, expresando las razones por las que inadmite su tramitación, o acuerda el sobreseimiento y archivo de las actuaciones.

Por lo demás, no debemos olvidar que la fase de instrucción penal está sujeta a los plazos legalmente establecidos por el artículo 324 de la LECR, en su redacción conforme a la Ley 41/2015 de 5 de octubre, de modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal para la agilización de la justicia penal y el fortalecimiento de las garantías procesales, los cuales de acuerdo al propio precepto quedaran interrumpidos en caso de acordarse el sobreseimiento provisional de las actuaciones, pudiendo continuar la investigación sumarial por el tiempo que reste hasta completar los plazos si la causa se reabre.

Lo cual permite que una investigación realizada por la policía judicial en el ejercicio de las funciones que le son propias y exigibles, posterior al archivo provisional, no se encuentre limitada por ningún plazo y si la misma obtuviera datos de interés se pueda reabrir la causa y





continuar la instrucción por el tiempo que falta por cumplir del plazo de duración máximo legalmente previsto y que de otro modo hubiera podido agotarse, con las consecuencias que de ello se deriva, sino se hubiera adoptado la decisión procesal de sobreer provisionalmente el procedimiento.

Y, entonces, llegados a este punto la única consecuencia procesal posible es, a nuestro modesto entender, el archivo de las actuaciones decretado por el magistrado instructor, sin perjuicio de puntualizar que el mismo es lógicamente provisional y puede en cualquier momento alzarse y decretar la reapertura de la causa si aparecen nuevos indicios, sea contra el investigado o contra cualquier otra persona, de su participación en la sustracción del menor desaparecido.

QUINTO: Por todo ello, procede desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Acusación Particular de ITAHISA SUAREZ SANTANA y JUAN FRANCISCO VARGAS SANCHEZ contra el auto de sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones de fecha 25/10/2017, confirmando dicha resolución, declarando de oficio las costas conforme a lo dispuesto en los artículos 239 y siguientes de la LECR.

En atención a lo expuesto,

LA SALA DECIDE:

Desestimar el recurso de apelación interpuesto por la representación procesal de la Acusación Particular de ITAHISA SUAREZ SANTANA y JUAN FRANCISCO VARGAS SANCHEZ contra el auto de sobreseimiento provisional y archivo de las actuaciones de fecha 25/10/2017, del Juzgado de Instrucción nº 2 de San Bartolomé de Tirajana, confirmando dicha resolución .

Con declaración de oficio de las costas causadas en esta alzada.

Así lo mandan y firman los lltmos. Sres. anotados al margen, doy fe.

