



Roj: **STS 178/2013** - ECLI: **ES:TS:2013:178**

Id Cendoj: **28079120012013100032**

Órgano: **Tribunal Supremo. Sala de lo Penal**

Sede: **Madrid**

Sección: **1**

Fecha: **29/01/2013**

Nº de Recurso: **10145/2012**

Nº de Resolución: **62/2013**

Procedimiento: **PENAL - PROCEDIMIENTO ABREVIADO/SUMARIO**

Ponente: **JUAN SAAVEDRA RUIZ**

Tipo de Resolución: **Sentencia**

Resoluciones del caso: **SAP SE 1/2012,**  
**STS 178/2013,**  
**ATS 3647/2013**

## **TRIBUNAL SUPREMO**

### **Sala de lo Penal**

### **SENTENCIA**

**Sentencia Nº:** 62/2013

**Fecha Sentencia :** 29/01/2013

**Ponente Excmo. Sr. D.:** Juan Saavedra Ruiz

### **Segunda Sentencia**

### **Voto Particular**

**RECURSO CASACION (P) Nº:** 10145/2012 P

**Fallo/Acuerdo:** Sentencia Estimatoria Parcial

**Señalamiento:** 07/11/2012

**Procedencia:** Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima.

**Secretaría de Sala :** Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández

**Escrito por :** ICR

ASESINATO. Alevosía: ataque sorpresivo. Acometimiento frente a frente. Desprotección de la víctima.

ENCUBRIMIENTO. Modalidades. Excusa absolutoria entre parientes ( art. 454 CP).

PROFANACIÓN DE CADÁVERES. Respeto a la memoria de los difuntos ( art. 526 CP). Elementos típicos. Modalidades. Diferencias con el AUTOENCUBRIMIENTO IMPUNE.

INTEGRIDAD MORAL. Trato degradante: afección a la dignidad humana ( art. 173.1 CP). Doctrina. DERECHO DE DEFENSA. Derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable. Límites. Excesos en el ejercicio del derecho que lesionan bienes jurídicos penalmente protegidos.

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. Ejercicio del derecho por las acusaciones (Ministerio Público y acusación particular). Límites. RECURSOS FRENTE A PRONUNCIAMIENTOS ABSOLUTORIOS. Doctrina del TEDH y del TC.



TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. Motivación de las sentencias: valoración insuficiente y/o irracional del material probatorio que provoca la devolución de la causa para nueva valoración parcial, acorde con el acervo probatorio practicado.

JUEZ ORDINARIO PREDETERMINADO POR LA LEY. Competencia para el enjuiciamiento: tribunal de composición profesional / tribunal del jurado [ art. 36.1.a) LOTJ]. Acuerdos de Sala General de 20/01/2010 y 23/02/2010.

COMPETENCIA JUDICIAL. Responsables de diferente edad penal: intervención simultánea de la jurisdicción ordinaria y de la jurisdicción de menores ( art. 16.5 LOTJ). Efectos sobre la prueba. PREJUDICIALIDAD PENAL. Efectos de la cosa juzgada. Seguridad jurídica: doctrina constitucional sobre la vinculación de los órganos públicos a la previa declaración de existencia de un hecho.

QUEBRANTAMIENTOS DE FORMA. Derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes. Necesidad de indefensión efectiva.

QUEBRANTAMIENTOS DE FORMA. Incongruencia omisiva: petición de deducción de testimonio ante la declaración prestada por el testigo en el plenario.

QUEBRANTAMIENTOS DE FORMA. Contradicción fáctica. Ausencia de claridad fáctica.

PRUEBA INDICIARIA. Víctima en ignorado paradero: acreditación bastante de su fallecimiento violento. Diferencias con la STS núm. 864/2012.

PRUEBA INDICIARIA. Testificales: valoración de indicios convergentes.

PENALIDAD. Individualización de la pena de prisión: circunstancias personales del delincuente y circunstancias del hecho. Motivación bastante.

COSTAS. Gastos derivados de la investigación criminal ( arts. 124 CP y 241.4º LECrim). Diferencias con la responsabilidad civil «ex delicto».

**Nº: 10145/2012P**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Saavedra Ruiz**

**Vista: 07/11/2012**

**Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**SENTENCIA Nº: 62/2013**

**Excmos. Sres.:**

**D. Juan Saavedra Ruiz**

**D. Julián Sánchez Melgar**

**D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

**D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

**D. Alberto Jorge Barreiro**

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

**SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Enero de dos mil trece.

En los recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y de precepto constitucional, que ante Nos penden, interpuestos por **EL MINISTERIO FISCAL** y por las representaciones de Alejo Gregorio y Vicenta Bibiana (acusación particular), y Nazario Javier , contra sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, de fecha 13/01/2012, seguida por delitos de asesinato, profanación de cadáveres, contra la integridad moral, agresión sexual, encubrimiento y amenazas, en la que resultó condenado Nazario Javier y absueltos los procesados Isaac Ovidio , Primitivo Imanol y Isabel Joaquina ; los Excmos. Sres.



componentes de la Sala Segunda del Tribunal Supremo que al margen se expresan se han constituido para la Vista bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, estando representados los recurrentes acusadores particulares por el Procurador Don Luciano Rosch Nadal y Nazario Javier por la Procuradora Doña Esperanza Aparicio Flores, siendo parte recurrida **Primitivo Imanol**, representado por la Procuradora Doña María Concepción Hoyos Moliner, **Isaac Ovidio** por la Procuradora Doña Adela Gilsanz Madroño y Isabel Joaquina por el Procurador Don Víctor García Montes.

## I. ANTECEDENTES

**PRIMERO.**- El Juzgado de Instrucción nº 4 de Sevilla, instruyó sumario 1/2011 contra Nazario Javier, Isaac Ovidio, Primitivo Imanol y Isabel Joaquina, por delitos de asesinato, profanación de cadáveres, contra la integridad moral, agresión sexual, encubrimiento y amenazas y, una vez concluso, lo remitió a la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, que con fecha trece de enero de dos mil doce, dictó sentencia que contiene los siguientes hechos probados:

" **Primero** .- El procesado Nazario Javier, ya reseñado, sobre las 17,30 horas del día 24 de enero de 2009 se dirigió al domicilio de la menor Luz Marina, nacida el NUM000 de 1991, sito en la CALLE000 nº NUM001 de esta capital, con la que mantenía desde hacía tiempo una relación de amistad.- Tras estar en una plaza situada en la barriada de Santa María de Ordaz, punto de encuentro habitual de la menor con sus amigos, en la que entre otros se hallaba Diego Urbano sobre las 19,15 horas Luz Marina y Nazario Javier se dirigieron en el ciclomotor del segundo al barrio de Triana, en el que había quedado la menor con un amigo.- Después de hablar con el amigo, Luz Marina y Nazario Javier sobre las 19,55 horas se dirigieron en el ciclomotor a una vivienda situada en la CALLE001, NUM002, NUM003 NUM004 de Sevilla, en la que residía habitualmente el también procesado Isaac Ovidio, ya reseñado, hermano de Nazario Javier, donde este último pernoctaba solo de forma esporádica, ya que desde octubre de 2008 residía en una vivienda de la localidad de Camas en compañía de su novia y de los familiares de esta última.- Luz Marina y Nazario Javier llegaron al referido domicilio y en el mismo se encontraba Isaac Ovidio, quien se ausentó en torno a las 20,40 horas. **Segundo** .- Una vez solos en la vivienda de la CALLE001 Luz Marina y Nazario Javier por razones de la relación sentimental que mantuvieron en su día comenzaron a discutir en el dormitorio de Nazario Javier.- En el transcurso de esa discusión verbal y estando de pie frente a frente Nazario Javier cogió de repente un cenicero de una mesa, situada a su izquierda, y con un movimiento rápido y brusco con gran fuerza golpeó en la sien izquierda de Luz Marina, quién cayó al suelo, boca arriba con la cabeza y cara ensangrentadas, debajo de la mesa del ordenador falleciendo de inmediato. El cenicero era de cristal grueso y cilíndrico.- Nazario Javier tiró el cenicero ensangrentado en la colcha-sábana de la cama y comprobó que Luz Marina estaba muerta colocándola en una de sus muñecas el tensiómetro.- En ese momento se presentó en la vivienda ya citada, en la que había quedado con anterioridad con Nazario Javier y Luz Marina, el entonces menor de edad Diego Urbano, ya juzgado en la Jurisdicción de Menores y condenado por delito de encubrimiento en *sentencia de 23 de marzo de 2009 confirmada por la Sección III de esta Audiencia el 20 de octubre del mismo año*.- Tras hablar y discutir durante un rato qué hacer ante esta situación, Nazario Javier y Diego Urbano decidieron hacer desaparecer el cadáver de Luz Marina, así como todos sus efectos personales.- Entre los dos y con ayuda de al menos de un tercero desconocido colocaron el cuerpo inerte de Luz Marina en una silla de ruedas, que usaba la madre fallecida de Nazario Javier, y de esa manera lo sacaron de la vivienda haciendo desaparecer el cadáver en lugar que se desconoce. Sobre las 22,15 horas del indicado día se separaron y mientras que el menor regresó a su barriada de Sevilla, Nazario Javier se fue a Camas, al domicilio de su novia al que llegó a las 22,50 horas. **Tercero** .- La acusada Isabel Joaquina, ya reseñada y a la sazón novia de Isaac Ovidio, llegó a la vivienda mencionada sobre las 00,15 horas del día 25 de enero de 2009, estudiando en el salón hasta las 02,01 horas de la madrugada, hora en la que se durmió en el dormitorio que compartía con el acusado Isaac Ovidio, cuando pernoctaba en el mismo. A las 04,00 horas se despertó por la llamada telefónica efectuada por Isaac Ovidio para que le abriera la puerta del domicilio. **Cuarto** .- Isaac Ovidio, salió de su domicilio a las 20,40 y se dirigió a casa de Belinda Zulima, su ex mujer, para estar con ella y su hija común hasta que fue recogido a las 23,30 horas por Isabel Joaquina, quién le llevó al bar de su propiedad Dseda, en el que estuvo trabajando hasta las 03,10 horas del día 25, desde donde se fue a un establecimiento de copas en la calle Albaida, regresando a su casa a las 4 horas.- Ya en su domicilio y a partir de las 04,22 horas Isaac Ovidio comenzó a recibir llamadas a su teléfono móvil, llamadas que preguntaban sobre el paradero de Luz Marina, afirmando los interlocutores que su hermano Nazario Javier era la última persona con la que estuvo antes de desconocerse su paradero. Por ello, Isaac Ovidio llamó por teléfono a su hermano Nazario Javier pidiéndole explicaciones sobre estas llamadas y requiriéndole que fuera a la CALLE001 de inmediato. **Quinto** .- Sobre las 05,00 horas de la mañana de ese día llegó a la vivienda de CALLE001 Nazario Javier, quién dijo a su hermano que había dejado a la menor mencionada sobre las 21,30 horas del día anterior cerca del portal de su domicilio. Sobre las 05,20 horas se personaron en el piso varias personas, entre ellas Herminia Zaira y el también acusado Primitivo Imanol, ya reseñado, preguntando por



Luz Marina .- El acusado Primitivo Imanol estuvo en Montequinto, barriada de Dos Hermanas desde las 12 de la mañana el día 24 de enero a las 02,00 horas del día 25 de enero de 2009. **Sexto** .- A lo largo del proceso, Nazario Javier de forma reiterada se ha negado a decir qué destino ha dado al cuerpo de Luz Marina llegando a ofrecer varias versiones, es decir, en primer lugar que tiraron el cadáver de la menor al río, en segundo lugar que lo tiraron al interior de un contenedor de basuras, cercano a la CALLE001 y, en tercer lugar, que ayudó a introducir el cadáver en un coche desconociendo que se hizo con el mismo. De este modo los familiares de Luz Marina no han podido dar sepultura a su cuerpo causando si cabe mayor dolor por la muerte de la menor a sus padres y hermanas. **Séptimo** .- En función de las versiones que daba Nazario Javier sobre el lugar en el que hicieron desaparecer el cadáver de Luz Marina, se desarrollaron intensas labores de búsqueda en una extensa zona del río Guadalquivir, en un vertedero de basura situado en Alcalá de Guadaíra. Igualmente, a tenor de una manifestación de la menor novia a la sazón de Nazario Javier, también se buscó el cuerpo de Luz Marina unos terrenos ubicados en el término municipal de Camas.- Los gastos que tales labores de búsqueda han ocasionado al Ministerio del Interior ascienden a 616.319,27 ?. **Octavo** .- Luz Marina era de estado civil soltera. Vivía con sus padres Vicenta Bibiana y Alejo Gregorio, así como con sus dos hermanas, Fidela Paula nacida el NUM005 de 1997 y Asuncion Lidia nacida el NUM006 de 1995. **Noveno** .- El acusado Nazario Javier carece de antecedentes penales y permanece privado de libertad por esta causa desde el 13 de febrero de 2009.- El acusado Isaac Ovidio carece de antecedentes penales y estuvo privado de libertad del 16 de febrero de 2009 al 20 de mayo del mismo año. El acusado Primitivo Imanol carece de antecedentes penales y estuvo privado de libertad del 14 de febrero al 10 de diciembre de 2009.- La acusada Isabel Joaquina carece de antecedentes penales y estuvo privada de libertad el 14 de abril de 2009".

**SEGUNDO**.- La Audiencia de instancia dictó el siguiente pronunciamiento:

" **FALLAMOS** : Absolvemos a Primitivo Imanol de los delitos de encubrimiento, contra la integridad moral y profanación de cadáveres por los que venía acusado.- Absolvemos a Isaac Ovidio de los delitos de encubrimiento, amenazas, contra la integridad moral y profanación de cadáveres por los que venía acusado.- Absolvemos a Isabel Joaquina de los delitos de encubrimiento, contra la integridad moral y profanación de cadáveres por los que venía acusada.- Absolvemos a Nazario Javier de los dos delitos de agresión sexual, de los delitos contra la integridad moral y profanación de cadáveres por los que venía acusado.- Condenamos a Nazario Javier como autor responsable de un delito de asesinato, definido y circunstanciado, a las penas de veinte años de prisión e inhabilitación absoluta por el mismo tiempo, y la prohibición de residir en la misma localidad o ciudad donde lo hagan los padres y las hermanas de Luz Marina por espacio de 30 años, así como de aproximarse a menos de 500 metros y de comunicarse por cualquier medio con ellos por el mismo espacio de tiempo, así como al pago de 1/7 parte de las costas causadas, incluidas las generadas por la acusación particular, declarando de oficio el resto de las costas causadas.- En el orden civil Nazario Javier indemnizará a Alejo Gregorio y Vicenta Bibiana en 140.000 euros a cada uno de ellos y a Asuncion Lidia y Fidela Paula en 30.000 euros para cada una de ellas, por el daño moral causado por la muerte y desaparición de Luz Marina, debiéndose estar en ejecución de sentencia a lo prevenido en el artículo 576 de la Ley de Enjuiciamiento Civil.- Abónese al acusado Nazario Javier, en su caso, los días que permanezca en prisión por esta causa.- Dedúzcase testimonio de las declaraciones de Diego Urbano vertidas en el juicio oral y de las declaraciones de los testigos Isidoro Narciso, Fernando Isidro, Belinda Zulima y Bartolome Luis, y remítanse al Juzgado Decano de Instrucción de esta ciudad por si las manifestaciones del Sr. Diego Urbano pudieran ser constitutivas de delito contra la Administración de Justicia".

**TERCERO**.- Notificada la sentencia a las partes, se prepararon recursos de casación por quebrantamiento de forma, infracción de ley y de precepto constitucional, por EL MINISTERIO FISCAL y por las representaciones de Alejo Gregorio y Vicenta Bibiana (acusación particular), y Nazario Javier, que se tuvieron por anunciados, remitiéndose a esta Sala Segunda del Tribunal Supremo las certificaciones necesarias para su sustanciación y resolución, formándose el correspondiente rollo y formalizándose los recursos.

**CUARTO**.- Los recurrentes alegaron los motivos siguientes: **I.- RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL: PRIMERO**.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. **SEGUNDO**.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. **TERCERO**.- Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. **CUARTO**.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 173.1 del Código Penal. **QUINTO**.- Por infracción de ley, al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, por inaplicación indebida del artículo 113 del Código Penal. **II.- RECURSO DE Alejo**



Gregorio y Vicenta Bibiana (**ACUSACIÓN PARTICULAR**): **PRIMERO.-** Al amparo del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal y artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, denuncia vulneración del derecho al juez natural predeterminado por la ley y proclamado en el artículo 24.2 de la Constitución Española. **SEGUNDO.-** Vulneración de los principios de unidad y exclusividad de la jurisdicción como integrantes de la tutela judicial efectiva derivada del doble enjuiciamiento. El recurrente mantiene que el doble enjuiciamiento por la jurisdicción de menores y de mayores de los mismos hechos, además de producir graves e importantes disfunciones, ha supuesto que no se ha dado una respuesta única e inequívoca a lo ocurrido a Luz Marina, con la consiguiente lesión del principio de seguridad jurídica y del derecho a la tutela judicial efectiva. **TERCERO.-** Por vulneración del principio de legalidad derivado de la inexistencia de regulación legal sobre el estatus jurídico del testigo imputado. **CUARTO.-** Por vulneración del derecho a un proceso con todas las garantías y a un Juez imparcial. **QUINTO.-** Por infracción de precepto constitucional, al amparo del artículo 5.4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial y del artículo 852 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, en relación con el artículo 24 de la Constitución Española, por vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva a la vista del razonamiento de convicción contrario a las reglas de la lógica y de la razón. **SEXTO.-** Al amparo del artículo 850.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia quebrantamiento de forma por denegación de diligencias de prueba que propuestas en tiempo y forma se consideran pertinentes. **SÉPTIMO.-** Al amparo del artículo 851.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia quebrantamiento de forma por no expresar la sentencia con claridad los hechos que se consideran probados incurriendo en numerosas contradicciones. **OCTAVO.-** Al amparo del artículo 851.3 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia incongruencia omisiva al no haberse pronunciado el Tribunal sobre todas las cuestiones jurídicas planteadas por las partes. **NOVENO.-** Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de ley por inaplicación del artículo 28 y 451 del Código Penal en relación con Primitivo Imanol. **DÉCIMO.-** Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de ley por indebida inaplicación del artículo 526 del Código Penal que tipifica el delito de profanación de cadáveres. III.- RECURSO DE Nazario Javier: **ÚNICO.-** Al amparo del artículo 849.1 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal, denuncia infracción de ley por indebida aplicación del artículo 139.1 del Código Penal e inaplicación también indebida del artículo 138 del Código Penal.

**QUINTO.-** Instruidas las partes de los recursos interpuestos, la Sala admitió los mismos, quedando conclusos los autos para señalamiento de Vista, cuando por turno correspondiera.

**SEXTO.-** Realizado el señalamiento para Vista, se celebró la misma el día 7 de noviembre de 2012.

**SÉPTIMO.-** Por autos de fecha 22/11 y 28/12/2012 se acordó prorrogar el plazo para dictar sentencia por 30 y 15 días hábiles respectivamente.

## II. FUNDAMENTOS DE DERECHO

**PRIMERO.-** La sentencia objeto del presente recurso de casación dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla (Sección 7ª), absuelve a los procesados Primitivo Imanol, Isaac Ovidio y Isabel Joaquina de los delitos de encubrimiento, contra la integridad moral y profanación de cadáveres de los que venían acusados, así como del delito de amenazas del que también venía acusado el segundo de los citados. Respecto del acusado Nazario Javier, el Tribunal de instancia emitió un pronunciamiento absolutorio en relación con los delitos de agresión sexual, contra la integridad moral y profanación de cadáveres objeto de acusación, condenándole únicamente como autor de un delito de asesinato, cualificado por la alevosía (art. 139.1ª CP).

Frente a tal pronunciamiento han formalizado recurso de casación tanto Nazario Javier como ambas acusaciones (Ministerio Fiscal y acusación particular). Por razones de sistemática, abordaremos en primer término el recurso interpuesto por el condenado, descendiendo a continuación a los motivos planteados por la acusación particular, en algunos puntos coincidentes con los aducidos por el Ministerio Fiscal, cuyo escrito impugnativo será analizado en último lugar.

*RECURSO DE Nazario Javier.*

**SEGUNDO.-** Este recurrente formula un único motivo casacional en el que, por el cauce de la infracción de ley (art. 849.1º LECrim), impugna la subsunción de los hechos bajo el apartado 1º del art. 139 CP. Entiende que la conducta que se le atribuye hubo de subsumirse, en todo caso, en el tipo básico del homicidio que prevé el art. 138 CP. Entrecomilla a tal fin el pasaje fáctico en el que la sentencia afirma que "...estando de pie frente a frente D. Nazario Javier cogió de repente un cenicero de una mesa, situada a su izquierda, y con un movimiento rápido y brusco con gran fuerza golpeó en la sien izquierda de Dª. Luz Marina, quien cayó al suelo, boca arriba...". Para el recurrente, este proceder es incompatible con una actuación alevosa -en concreto, con la modalidad denominada «sorpresiva», pues la situación de encontrarse víctima y agresor frente a frente al tiempo de producirse la agresión "discutiendo metiéndose las manos y sin por ello perderse de vista" -en palabras del recurrente- resulta incompatible con una preparación del golpe que eliminara las posibilidades de



defensa por parte de Luz Marina . Acepta, no obstante, que tal mecánica comisiva pueda entenderse abarcada por un dolo eventual de producir la muerte de la joven, mas no por un aseguramiento alevoso del resultado.

A modo de submotivo respecto de la alegación anterior, en un segundo orden de cosas considera incorrectamente aplicado el art. 66.1.6ª CP, dado que, no concurriendo en su conducta circunstancias agravantes añadidas, como tampoco ninguna atenuante, la Audiencia de Sevilla le ha impuesto una pena excesiva (veinte años de prisión), lo que representa el máximo legalmente previsto. Como justificación de ese rigor sancionador aporta el Tribunal razones que el recurrente considera "*totalmente peregrinas*" (sic) y que no son otras que: 1) la gravedad de los hechos, aspecto que cuestiona por ser toda muerte un hecho en sí mismo grave, al que no agrega la sentencia elemento alguno que represente un «plus» de gravedad; 2) la actitud del procesado hacia los sentimientos de los familiares de la víctima, que la Audiencia vincula a la circunstancia de no haber dado razón del paradero del cadáver, hecho éste que afirma desconocer el recurrente y que, en cualquier caso, estaría amparado por su derecho de defensa y, en particular, de no declarar contra sí mismo; critica aquí igualmente que se dé valor alguno a este extremo teniendo en cuenta que resultó absuelto, en cambio, del delito contra la integridad moral; y, por último, 3) la implicación de terceros, lo que asimismo considera un argumento inane desde el momento en que el derecho a la presunción de inocencia de aquéllos ha quedado incólume, al haber resultado absueltos en la instancia.

Considera, en consecuencia, que los hechos hubieron de tipificarse bajo el art. 138 CP e imponérsele una pena no superior a los doce años y seis meses de prisión, con sus correspondientes accesorias.

1. Ex art. 22.1ª del Código Penal, existe alevosía cuando el sujeto emplea en la ejecución del delito "*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*". Interpretando su contenido, esta Sala viene destacando el carácter mixto de esta agravación (por todas, SSTS núm. 425/2010, de 15 de marzo, 464/2005, de 13 de abril, ó 155/2005, de 15 de febrero). En tal sentido, hemos subrayado en infinidad de ocasiones que, aunque la alevosía presenta una dimensión predominantemente objetiva, incorpora también un especial elemento subjetivo que dota a la acción de una mayor antijuridicidad, y que no es otro que el propósito inequívoco 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 antijuridicidad ha de apreciarse y valorarse la culpabilidad, lo que conduce a su consideración como mixta.

Con esa doble dimensión, extensible a la circunstancia que en este caso cualifica el delito de asesinato ( art. 139.1ª CP) frente a la modalidad básica de homicidio, el punto esencial sobre el que convergen sus dos elementos (objetivo y subjetivo) estriba en la indefensión de la víctima, es decir, en la anulación deliberada de la defensa que pudiere provenir del agredido ( SSTS núm. 472/2002, 14 de febrero, ó 730/2002, de 2 de noviembre). Su esencia se encuentra, pues, en la existencia de una conducta agresora que bien tiende objetiva y directamente a la eliminación de esa defensa, bien aprovecha una situación de indefensión, cuyos orígenes son indiferentes ( SSTS núm. 1031/2003, de 8 de septiembre; 1214/2003, de 26 de septiembre; ó 1265/2004, de 29 de noviembre, entre otras muchas). No es por ello imprescindible que, de antemano, el agente busque y encuentre el modo más idóneo de ejecución, siendo suficiente que se aproveche en cualquier momento y de forma consciente de la situación de indefensión de la víctima, así como de la facilidad que ello supone para lograr el resultado ( SSTS núm. 1464/2003, de 4 de noviembre; 1567/2003, de 25 de noviembre; 58/2004, de 26 de enero; 1338/2004, de 22 de noviembre; ó 1378/2004, de 29 de noviembre).

De las tres modalidades que admite la alevosía, aprecia en este caso el Tribunal de instancia la forma «sorpresa», consistente en una actuación súbita y repentina que por su celeridad no permite a la víctima reaccionar ni eludir el ataque. Esta modalidad es apreciable en acometimientos rápidos, sin previo aviso ( STS núm. 1031/2003, de 8 de septiembre; ó 1265/2004, de 2 de noviembre), en los que se abusa de la confianza o de una situación confiada en la que el sujeto pasivo no teme una agresión. La modalidad sorpresa es la forma más tradicional del ataque alevoso, constituida por la agresión a traición, pues es claro que en esos casos la acción agresiva pretende principalmente la supresión de una posible defensa. Así, es ataque alevoso el realizado de modo súbito e inopinado, imprevisto, fulgurante y repentino, contra quien está confiado en que tal clase de ataque no se produzca ( STS núm. 382/2001, de 13 de marzo, y las que se citan en ella). En estos casos es precisamente el carácter sorpresivo de la agresión a traición lo que suprime las posibilidades de defensa, pues quien, confiado, no espera el ataque difícilmente puede prepararse contra él, al menos en la medida de lo posible. Dicho con otras palabras, se encuentra indefensa frente al ataque. Aunque su esencia radica en el acometimiento sin previo aviso, también se aprecia cuando, habiendo mediado un enfrentamiento, se produce imprevisiblemente un cambio cualitativo en la situación ( STS núm. 178/2001, de 13 de febrero, ya citada), de modo que esa última fase de la agresión, con sus propias características, en modo alguno podía ser racionalmente esperada por la víctima en función de las concretas circunstancias del hecho ( STS núm. 1031/2003, de 8 de septiembre).



Expuestas las notas definidoras de la agravación en cuestión, debemos añadir que, en su perspectiva formal, el cauce casacional a través del cual se ha formulado la queja supone la comprobación por este Tribunal de Casación de la correcta subsunción de los hechos declarados probados en los preceptos de orden sustantivo que integran el ordenamiento penal, labor que ha de partir como principio esencial de la intangibilidad de la narración de hechos llevada a cabo por el Tribunal de instancia ( SSTS núm. 291/2012, de 26 de abril; 297/2009, de 20 de marzo; 952/2008, de 30 de diciembre; 924/2008, de 22 de diciembre; ó 841/2008, de 5 de diciembre).

2. El pasaje fáctico que con carácter preferente aborda esta concreta cuestión -intangible, como hemos apuntado- se corresponde con el punto 2 del relato histórico, según el cual, una vez que Luz Marina y Nazario Javier se encontraban solos en la vivienda de la CALLE001 , *"por razón de la relación sentimental que mantuvieron en su día comenzaron a discutir en el dormitorio"* de Nazario Javier , siendo así que *"en el transcurso de esa discusión verbal y estando de pie frente a frente"* Nazario Javier *"cogió de repente un cenicero de una mesa, situada a su izquierda, y con un movimiento rápido y brusco con gran fuerza golpeó en la sien izquierda"* a Luz Marina , la cual *"cayó al suelo, boca arriba con la cabeza y cara ensangrentadas, debajo de la mesa del ordenador, falleciendo de inmediato"*. Se afirma a continuación que el cenicero utilizado en la agresión *"era de cristal grueso y cilíndrico"*.

Ni la previa confrontación verbal que afirman los hechos, ni la circunstancia de que se encontraran frente a frente impide apreciar en este caso la alevosía, que efectivamente concurre en la acción desplegada por el recurrente, como a tenor de los hechos pasamos a comprobar. El automatismo interpretativo que tradicionalmente venía excluyendo la alevosía en casos de riña mutuamente aceptada hace años que quedó superado (vid. STS núm. 941/2003 y otras muchas posteriores). Con mayor motivo, cuando ni siquiera se trata de una «riña» previa (término que la Real Academia de la Lengua Española define como «pendencia»), sino de una simple «discusión verbal» desarrollada en términos que pudiéramos considerar normales, consustanciales a un simple enfrentamiento oral como el aquí descrito, puede entenderse desaparecido o encubierto el carácter sorpresivo de la acción en la que uno de los contendientes, de forma súbita, inopinada y desproporcionada, reacciona frente a su antagonista con una agresión inesperada que impide o anula toda capacidad de reacción o defensa por parte de este último ( SSTS de 2 de junio de 2003 y 6 de febrero de 2004). Menos aún cuando se dirige directamente, sin previo aviso físico o verbal, a una región corporal con escasa resistencia a los golpes, como es la sien, cercana al cráneo y con tan poca proporción de hueso craneal que resulta particularmente sensible frente a impactos de entidad como el que aquí se describe. La idoneidad del instrumento empleado por el recurrente y del golpe asestado está fuera de toda duda, pues el hecho probado afirma que Luz Marina cayó automáticamente al suelo y que su muerte fue instantánea, sin solución de continuidad. Por ello, más allá del dolo de dar muerte que admite el recurrente, ha de estimarse concurrente en su acción -tal y como entendió la Sala de instancia- el dolo específico de coger desprevenida a la víctima.

Como antes apuntábamos, se aprecia la alevosía cuando, aun mediando entre los implicados algún tipo de desavenencia o conflicto, el carácter de éste experimenta una radical inflexión debida al inopinado y drástico cambio en la actividad de uno de ellos, que rompe de manera sustancial el tenor de la relación, introduciendo un agudo desequilibrio en el desarrollo de la misma en perjuicio del otro ( STS de 25 de octubre de 2006). En este sentido se pronunciaban las ya antiguas SSTS de 23 de diciembre de 1998 y de 12 de julio de 2002, que compatibilizaban la discusión previa y la violencia verbalizada con la alevosía cuando la víctima, tras una inicial discusión, no puede esperar racionalmente una actitud exasperada de la otra parte que, yendo más allá del enfrentamiento meramente oral, se deslice hacia una agresión desproporcionada que la coja por sorpresa.

Es obvio que de la confrontación verbal que pudiere haber preexistido entre Luz Marina y Nazario Javier , de cuya entidad no da más detalles el relato fáctico, no podía aquélla deducir un ataque tan repentino, directo y certero hacia su sien como el que sufrió. Al igual que en el caso que resolvía la antes citada STS núm. 425/2010, examinando una confrontación verbal habida entre dos conductores que previamente habían discutido por un irrelevante incidente de tráfico, lo que acabó con la muerte de uno de ellos al ser apuñalado por el otro, la discusión que analizamos no se combinó con enfrentamiento físico alguno entre ambos del que Luz Marina pudiera prever una agresión mayor. Tampoco se refiere ningún acaloramiento especial en el seno de la discusión, ni nada anterior al golpe propinado con el cenicero que pudiera alertar a la víctima sobre el cariz que inmediatamente iba a tomar la situación y, por ello mismo, sobre el peligro que corría.

Pretende el recurrente que, ante el hecho de tomar el cenicero con su mano izquierda y pasarlo hacia su mano derecha para golpear a Luz Marina seguidamente en la sien (mecánica que ciertamente es compatible con la narración fáctica) se deduzca que se encontraban frente a frente y que, por tal razón, existían posibilidades de defensa. Sin embargo, nada de esto último se dice en el presente caso, sino que para describir el ataque el Tribunal ha escogido los adjetivos «repentino, rápido y brusco». Esta Sala, por otra parte, ha admitido repetidamente la compatibilidad de la alevosía con intentos defensivos ínsitos en el propio instinto de conservación ( STS núm. 576/2006, de 19 de mayo), e incluso en algunos supuestos en los que haya mediado



forcejeo entre víctima y agresor si existe una desproporción de fuerzas. Ningún forcejeo ni reacción instintiva de protección llegó siquiera a haber en este caso.

Por otro lado, la zona elegida por el procesado para dirigir el fuerte impacto lleva a estimar asimismo concurrente el dolo específico que precisa la alevosía como elemento subjetivo. El acometimiento descrito y el instrumento empleado en su ejecución resultaron igualmente idóneos para lograr el más fácil resultado, cogiendo totalmente por sorpresa a Luz Marina, que, como decimos, no tuvo mínima opción de autoprotgerse.

En suma, hay en la acción atribuida a Nazario Javier un salto cualitativo inesperado por la víctima, e igualmente inesperable por cualquiera. La redacción fáctica es, pues, compatible con la alevosía sorpresiva, en tanto fundada en el carácter súbito e imprevisible de la acción desplegada consciente y deliberadamente por Nazario Javier ( STS núm. 671/2007, con cita de las SSTS núm. 357/2005, de 22 de marzo, y 49/2004, de 22 de enero). Resulta innegable que el paso de las simples desavenencias verbales a una fase distinta, con utilización de un contundente instrumento dirigido directamente sobre el rostro de la oponente y hacia un punto tan concreto como es la sien, proporciona al que lo esgrime una clara situación de ventaja. Las posibilidades de defensa de la víctima estaban eliminadas desde el momento inicial, al recibir en ese punto el primer y único golpe, causante directo de la muerte.

A mayor abundamiento, el clima en el que se había desarrollado la actividad de ambos implicados aquella misma tarde tampoco sugiere dudas o reservas para descartar la alevosía. Se trataba de dos jóvenes que, habiendo sido pareja sentimental cierto tiempo atrás, seguían manteniendo hasta el día de los hechos una estrecha relación de amistad. Esta conclusión se extrae de la narración histórica cuando afirma que mantenían *"desde hacía tiempo una relación de amistad"* (apartado 1, inciso 1º) y que el origen de la discusión se sitúa en *"la relación sentimental que mantuvieron en su día"* (apartado 2º, inciso 1º). La fluidez de su amistad dimana del conjunto fáctico cuando también mantiene que pocas horas antes del suceso Nazario Javier había ido a buscar a Luz Marina a su casa. Juntos y en solitario -siguiendo de nuevo los hechos probados- se habían desplazado aquella misma tarde por diversos lugares de la ciudad, en los que solían quedar con su grupo de amigos. Se describe a Luz Marina confiando siempre en Nazario Javier para realizar esos desplazamientos, a bordo del ciclomotor de este último, modo en el que igualmente llegaron a la vivienda de la CALLE001, que había sido el domicilio en el que Nazario Javier residiera con su hermano Isaac Ovidio hasta irse el primero a vivir a Camas unos meses antes del suceso y en la que, ello no obstante, continuaba teniendo dormitorio propio. Nada de lo sucedido con anterioridad aquella tarde podía, por tanto, poner tampoco sobre alerta a Luz Marina anticipadamente.

La subsunción realizada es, pues, correcta y el motivo debe ser desestimado.

**3.** Igual suerte desestimatoria ha de correr el submotivo que, con carácter subsidiario, articula el recurrente y que afecta a la individualización de la pena. Como el mismo reconoce, la cláusula del art. 66.1 CP aplicable al caso es la núm. 6ª, según la cual cuando no concurren atenuantes ni agravantes los Jueces y Tribunales *"aplicarán la pena establecida por la Ley para el delito cometido, en la extensión que estimen adecuada a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad del hecho"*.

La Audiencia ha concretado la pena de prisión correspondiente al delito de asesinato en su máximo de veinte años, pena que, amparada por la horquilla que prevé el art. 139 CP, tampoco vulnera las reglas del principio acusatorio, pues supone acoger en este aspecto la concreta petición de las acusaciones (Acuerdo del pleno no jurisdiccional de esta Sala de 20 de diciembre de 2006).

Cierto es que, dado que el art. 66.1.6ª CP permite a los tribunales recorrer en toda su extensión la pena prevista para el específico delito de que se trate, cuanto mayor sea la respuesta sancionadora del juzgador más fundamentada deberá estar su decisión, en atención a las circunstancias personales del delincuente y a la mayor o menor gravedad de los hechos, razonando todo ello en la sentencia. Así, aunque la necesidad de motivación que fija el art. 120.3 de la Constitución alcanza en todo caso a la pena concretamente impuesta, no puede establecerse la misma exigencia de motivación cuando se fija en el mínimo legalmente previsto -necesaria consecuencia de la afirmación de la existencia del delito sin circunstancias que la modifiquen- que en aquellos otros casos en los que el tribunal considera procedente una exasperación relevante de la pena, como es el caso. En la medida en que se aleje del mínimo legal se hará más patente la necesidad de explicar fundadamente la razón de la pena que se impone, motivación que en su corrección es controlable en casación por la vía de la infracción de ley (en igual sentido, STS núm. 850/2012, de 23 de octubre, siguiendo el criterio marcado por las SSTS núm. 1478/2001, de 20 de julio, y 56/2009, de 3 de febrero). Recordemos, en cualquier caso, que la individualización corresponde al tribunal de instancia, quien habrá de ajustarse en su decisión a los criterios expuestos, de forma que en el marco de la casación la cuestión de la «cantidad» de la pena sólo puede ser planteada cuando haya recurrido a fines inadmisibles, haya tenido en consideración factores de





la individualización incorrectos o haya establecido un «quantum» manifiestamente arbitrario. Una motivación inexistente o insuficiente no determina, sin más, la nulidad de la sentencia, con devolución para su explicación por el tribunal de instancia, si dentro del marco de la fundamentación jurídica o concordancia fáctica de la sentencia existen elementos de donde se pueda deducir tal individualización, siquiera sea implícitamente (por todas, SSTS núm. 850/2012, de 23 de octubre; 1117/2010, de 7 de diciembre; ó 1099/2004, de 7 de octubre).

A esta cuestión de la individualización de la pena dedica la Audiencia el FJ. 33 de la sentencia, apartado que necesariamente debe ponerse en relación con el FJ. 32, al que el propio Tribunal se remite desde el anterior. En el FJ. 32 recogen los Jueces de instancia las conclusiones de los informes emitidos por los médicos forenses y psicólogos sobre el estado mental del procesado, señalando la ausencia de alteraciones psicopatológicas, no presentando tampoco ningún trastorno mental o de comportamiento. La Sala valora asimismo las aclaraciones prestadas en el plenario por estos técnicos, destacando al efecto la descripción de su personalidad manipuladora, de la que indudablemente son muestra sus cambiantes versiones acerca de lo sucedido.

Partiendo de estos elementos de convicción, en el FJ. 33 la Sala de instancia agrega otros fundamentos a la pena a imponer. Efectivamente, son los tres datos que apunta el recurrente: la *"gravedad de los hechos"*, la *"aptitud (sic) del acusado hacia los sentimientos de los familiares de la víctima al continuar ocultando el paradero del cadáver"* de la menor, y el hecho de *"implicar a terceros"* respecto de los cuales la Audiencia ha dictado finalmente un pronunciamiento absolutorio. De ese conjunto extrae la decisión última de imponer la pena máxima de veinte años de prisión. Ha de reconocerse al recurrente que la descripción de las circunstancias determinantes de la pena podía haber sido más extensa, lo que no significa que la motivación esté ausente, como tampoco que sea irracional o injustificada. En definitiva, que no cumpla el canon mínimo exigible.

Como destacaba la STS núm. 113/2009, de 12 de febrero, desde 2003 la antigua regla 1ª del art. 66.1 CP figura como regla 6ª y, si bien desapareció de ella el aserto «razonándolo en la sentencia», en ningún modo significa que no deba el tribunal motivar la concreta dosimetría penal, pues tal deber no sólo resulta del general art. 72 CP, sino también del mandato del art. 120.3 CE. Evidentemente, la «mayor o menor gravedad del hecho» a que se refiere el precepto no es la gravedad del delito, toda vez que esta última ya habrá sido contemplada por el Legislador para fijar la banda cuantitativa penal que atribuye a tal infracción. Se refiere la ley a aquellas otras circunstancias fácticas que el juzgador habrá de valorar también y que, siendo anteriores, concomitantes o posteriores al supuesto concreto que está juzgando, le afecten periféricamente. Estos elementos podrán ser de todo orden, marcando el concreto reproche penal que se estima adecuado imponer. Por su parte, las «circunstancias personales del delincuente» que, como segundo elemento, deberá valorar el tribunal sentenciador son aquellos rasgos de su personalidad delictiva que configuran igualmente esos elementos diferenciales en la individualización penológica.

Ni en uno ni en otro caso se trata de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, ya que, en tal caso, su integración en la pena se produciría como consecuencia de las restantes reglas del art. 66.1, y no de la sexta. Aquí, en cambio, el Legislador permite al juez recorrer toda la banda punitiva, pero argumentando con arreglo a dichas consideraciones -subjetivas y objetivas- cuál debe ser el reproche concreto que la ley concede al supuesto enjuiciado. Se trata, pues, de un ejercicio de discrecionalidad reglada, que debe ser fundamentadamente explicado en la propia resolución judicial, susceptible de control casacional por la vía de la infracción de ley ( art. 849.1º LECrim). Tal labor es la que hace la Sala de instancia al incluir aquellos datos cuya inclusión, a efectos de individualización, critica el recurrente.

Sin perjuicio de lo que más adelante se dirá sobre los límites del derecho de defensa (cuestión que se desarrollará como motivo por infracción de ley a propósito del delito contra la integridad moral), la gravedad de los hechos que examinamos no estriba únicamente en la circunstancia de haber dado muerte alevosamente a la víctima, hecho por sí mismo sumamente grave. Tal resultado debe ser valorado en estrecha unión con el siguiente elemento que contempla el Tribunal, y que no es otro que la actitud mantenida por el recurrente a lo largo de este proceso. Dicha actitud se ofrece a su vez en íntima conexión con la descripción de su personalidad como la de un sujeto plenamente consciente de sus actos que manipula interesadamente la situación (FJ. 32). Ello permite exacerbar la pena asociada al delito de asesinato. Mediante el cambio repetido de aspectos sustanciales sobre lo sucedido aquella tarde/noche, Nazario Javier ha instrumentalizado el proceso, superando el ámbito de sus derechos y garantías constitucionales y procesales; en particular, de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable.

El procesado, como bien apunta el Tribunal de instancia, involucró a intervalos a terceros en estos mismos hechos, en función de sus particulares intereses en cada momento procesal. Pero no se limitó a referir la intervención de esos otros sujetos en la ocultación del cuerpo y demás vestigios del crimen, llegando a atribuir a alguno de ellos una actuación conjunta en la causación misma de la muerte y de las circunstancias de las que estuvo rodeada. Incluso, en un momento dado, tal y como en otros apartados refleja la sentencia, adjudicó



al tercero enjuiciado en la jurisdicción de menores la autoría en exclusiva del crimen, a lo que añadió aspectos determinantes de un previo acometimiento sexual sobre la víctima, mientras se mantenía a sí mismo en todo momento como mero espectador de esa escena.

Ni el respeto al derecho de defensa, ni la exculpación final por el órgano «a quo» de algunos de esos terceros a quienes incriminó son óbices para valorar su comportamiento a los fines del art. 66.1.6ª CP, que aquí analizamos, pues precisamente de lo que se trata es de valorar al delincuente en sí, encontrándose aquellos derechos al margen de su particular conducta procesal. Cuanto antecede lleva a concluir que la pena de prisión fijada por el Tribunal de instancia ni atiende a fines inadmisibles, ni usa factores individualizadores incorrectos. El «quantum» de pena en modo alguno se presenta arbitrario, sino ajustado a la gravedad de los hechos enjuiciados.

Podría aducirse, en relación con el delito contra la integridad moral ( art. 173.1 CP) que luego se verá, la doble valoración de circunstancias para aplicar ese precepto y para individualizar la pena por el delito de asesinato. Sin embargo, es posible individualizar aspectos concretos de una conducta que directamente vulneran aquel tipo penal sin que, por ello, la justificación de la imposición de la pena máxima se resienta, teniendo en cuenta el resto del conjunto de circunstancias valoradas aludidas más arriba.

En consecuencia, también este submotivo merece ser desestimado.

*RECURSO DE LA ACUSACIÓN PARTICULAR ( Alejo Gregorio y Vicenta Bibiana ).*

**TERCERO.-** El recurso de la acusación particular se estructura en tres bloques o grupos de motivos: por infracción de precepto constitucional, por quebrantamiento de forma y por infracción de ley, orden en el que serán estudiados.

El primero de los articulados bajo la órbita de la infracción de precepto constitucional ( arts. 5.4 LOPJ y 852 LECrim) invoca la lesión del derecho al juez natural predeterminado por la ley, con vulneración de derechos fundamentales -que no se especifican- por parte de las resoluciones judiciales que alteraron el que, para la recurrente, habría de ser el juez natural del proceso o, en palabras del art. 24.2 CE, el juez ordinario predeterminado por la ley.

Considera esta acusación que de los hechos hubo de conocer un tribunal de composición popular, y no profesional, tal y como inicialmente se había acordado en instrucción. Semejante decisión se adoptó mediante providencia de 08/07/2009 y posteriores autos de 02/09/2009 y 18/09/2009 que, confirmados en apelación, devinieron firmes. Por ello, el posterior cambio en la determinación del órgano competente para el enjuiciamiento, acaecido en un momento en que para la recurrente ya resultaba inviable, comporta una violación del derecho al juez natural y a la intangibilidad de las resoluciones judiciales.

1. Nuestro análisis del recurso de esta acusación ha de comenzar necesariamente por esta queja, no sólo por respetar el orden de formulación, sino porque su eventual estimación conllevaría la retroacción del proceso al momento de la constitución misma del órgano encargado de resolver el asunto, haciendo innecesario un pronunciamiento sobre las restantes lesiones alegadas por esta parte. Vaya por delante que el motivo debe entenderse carente de verdadero fundamento y será desestimado, razón por la que hemos iniciado el estudio de los recursos partiendo del formalizado por el único condenado, al no verse afectado por esta decisión.

Para ello, hemos de traer a colación lo señalado en nuestra STS núm. 728/2009, de 26 de junio, en el sentido de que el derecho a ser juzgado por el juez o tribunal legalmente predeterminado por la ley ostenta rango de derecho fundamental, como una de las garantías esenciales del procedimiento a las que se refiere el art. 24.2 de nuestra Constitución. Así se establece, igualmente, en el art. 6.1 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales de 1950 (CEDH) y en el art. 14.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 (PIDCP), entre otros, y viene siendo proclamado por los tribunales, nacionales y supranacionales, encargados de la aplicación de tales disposiciones.

Como ya señalara nuestro Tribunal Constitucional en la STC de 26 de Octubre de 1993, la garantía del «juez ordinario» supone: a) en primer lugar, una interdicción del «juez excepcional» (avocaciones no determinadas por ley, jueces «ex post facto», jueces «ad hoc»...), así como también del «juez especial», entendido como un juez situado fuera de la jurisdicción ordinaria y no integrado en ella -con excepción, eso sí, de la jurisdicción militar y con las restricciones que el art. 117.5 CE impone-, pero no como un órgano judicial especializado por razón de la materia o de sus competencias y en el que por ley se centralicen ciertas competencias; b) al propio tiempo, dicha garantía implica una «predeterminación legal», es decir, una cláusula que, amén de la institución de una reserva estricta de ley ( SSTC núm. 101/1984, FJ. 4, y 93/1988, FJ. 4), entraña la necesidad de que las reglas que crean y determinan la competencia de los tribunales llamados a conocer del caso se establezcan con las deseables dosis de generalidad o abstracción y de antelación al supuesto litigioso; y c) la mencionada garantía supone también que no puedan modificarse arbitrariamente los componentes y titulares del órgano,



aunque, por razones derivadas de la naturaleza de las cosas, no quepa lógicamente exigir el mismo grado de fijeza y predeterminación al órgano y a sus competencias que a sus titulares, pues lógicamente la Constitución no consagra el derecho a un juez en concreto (SSTC núm. 47/1983, FJ. 2; 23/1986, FJ. 3). Tales criterios son compartidos, en su esencia, por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (SSTEDH de 4 de Mayo de 2000, *Buscarini c. San Marino*, y de 4 de Marzo de 2003, *Posiskhov c. Rusia*). Similar criterio mantienen nuestras SSTS núm. 8/2012, de 18 de enero, y 481/2012, de 30 de mayo, entre otras muchas.

Ahora bien, también ha destacado el Tribunal Constitucional recientemente (en concreto, en la STC núm. 134/2010, de 2 de diciembre, acorde con una reiterada doctrina previa de dicho Tribunal), que las cuestiones relativas a la interpretación de las normas sobre atribución de competencias a los órganos jurisdiccionales son, en principio, cuestiones de legalidad ordinaria. Ajenas, por tanto, al derecho al juez ordinario predeterminado por la ley, salvo que esa interpretación suponga una manipulación manifiestamente arbitraria de las reglas legales sobre atribución de competencias (en igual sentido, STC núm. 115/2006, de 24 de abril, FJ. 9). De forma que no puede confundirse el contenido de este derecho fundamental con el derecho a que las normas sobre distribución de competencias entre los órganos jurisdiccionales se interpreten en un determinado sentido (entre otras, SSTC núm. 164/2008, de 15 de diciembre, FJ. 4; ó 220/2009, de 21 de diciembre, FJ. 3).

2. La queja no figura entre las cuestiones previas planteadas por esta acusación al comienzo del plenario, como, en cambio, sí lo fue la del enjuiciamiento separado de los hechos entre las jurisdicciones de mayores y menores, que reitera en casación y luego se estudiará. No figura, por ello mismo, resuelta en la sentencia dictada por la Audiencia Provincial. Viniendo así a plantearse «per saltum» en esta instancia, podría rechazarse de plano, si bien haremos al respecto algunas consideraciones.

Examinando las actuaciones al amparo del art. 899 LECrim, constatamos que, tras recibir el atestado policial en el que se daba traslado de la denuncia interpuesta por el padre de la menor desaparecida, Isidoro Narciso, el Juzgado de Instrucción núm. 4 de Sevilla incoó diligencias previas bajo el núm. 746/2009-Z al no estar aún determinadas la naturaleza y circunstancias de los hechos denunciados, como tampoco las personas que en ellos hubieren podido intervenir, según rezan sendos autos de 25/01/2009 (f. 3 y 8, tomo I). Meses después, muy avanzada ya la instrucción, por el mismo Juzgado instructor se procedió a transformar el procedimiento mediante auto de 02/09/2009 (f. 3820 a 3825, tomo XIX) para adecuarlo al cariz que iban presentando los hechos al hilo de investigación, reseñándose desde entonces como procedimiento jurado núm. 1/2009 y siguiéndose las reglas que para este tipo de procedimiento fija la LOTJ. Así, por providencia de 01/12/2009 (f. 4701, tomo XXII), confirmada por auto de 13/01/2010 (f. 4801, tomo XXIII), el Magistrado instructor dispuso dar traslado a las acusaciones para que instaran lo que estimaran oportuno respecto de la apertura del juicio oral, formulando en su caso escrito de conclusiones provisionales al amparo del art. 27.4 LOTJ. Efectuado este traslado, ambas acusaciones presentaron sus respectivos escritos provisionales, obrando la calificación provisional del Ministerio Fiscal unida a los f. 5019 a 5028 y la de la acusación particular a los f. 5040 a 5059 (tomo XXIII). En ambas se recogían hechos cuya correlativa calificación jurídica incluía, además del delito de asesinato, diversos delitos contra la libertad sexual, encubrimiento, amenazas e integridad moral, al que la acusación particular añadía el de profanación de cadáveres. Salvo el primero de todos ellos y las amenazas del art. 169.1º CP, ninguno de los demás tipos penales objeto de acusación se encuentra entre los inicialmente atribuidos a la órbita del jurado (art. 1 LOTJ). Así lo pusieron de manifiesto todas las defensas en la comparecencia correspondiente a la audiencia preliminar que prevé el art. 31 LOTJ, solicitando en dicho acto la reconversión del procedimiento en diligencias previas o, cuando menos, la exclusión del jurado. Estaban presentes en dicho acto los representantes de las acusaciones, según se desprende del acta (f. 5368 a 5374, tomo XXV), de nuevo ex art. 899 LECrim.

Ciertamente, el 12/04/2010 el Juez instructor dictó nuevo auto en el que, decretando la apertura del juicio oral y resumiendo los escritos provisionales de las partes, fijaba los hechos justiciables, tras los cuales mantenía que debía continuarse la tramitación como procedimiento del jurado, al resultar el adecuado para el enjuiciamiento de los hechos (f. 5469 y ss., tomo XXV). Sin embargo, el citado auto ya daba cuenta de esas alegaciones vertidas por las defensas en la audiencia preliminar sobre la inadecuación del procedimiento a la vista del objeto del proceso. Esta misma queja quedaba de nuevo recogida en la diligencia de ordenación extendida el 13/10/2010 (f. 5563), por la que, con arreglo al art. 846 bis d), párrafo 2, de la LECrim, se emplazaba a las partes ante el Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, teniéndose en ella por formulada cuestión previa por, al menos, tres de las defensas sobre esta misma inadecuación del procedimiento (art. 36.1 LOTJ).

Entretanto, la Audiencia Provincial de Sevilla dictaba el discutido auto de 13/08/2010 (f. 5567 y ss.). En él, se describen ciertos avatares procesales no del todo ajenos a la cuestión que analizamos, pues afectan a la «congelación» (sic) del proceso desde el mes de abril como consecuencia de los vaivenes de la causa, que obligaban a dar pronta respuesta a la cuestión previa planteada por tres de las defensas, al amparo del art. 36 LOTJ, máxime ante la situación de privación de libertad que afectaba a algunos de los implicados, y sin perjuicio



de que la notificación efectiva de tal decisión no pudiera realizarse hasta el 1 de septiembre siguiente, dado el mes que discurría. En esta resolución la Sala deja ya constancia de los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional celebrados por esta Sala de lo Penal del Tribunal Supremo el 20 de enero y el 23 de febrero anteriores, cuyo contenido aplica al caso analizado y llega así a la conclusión de que el procedimiento a seguir había de ser el ordinario ( art. 306 LECrim), en lugar de jurado, con ulterior enjuiciamiento, en su momento, ante una Sección de la Audiencia Provincial.

Interpuesto recurso de apelación tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación particular frente a esta decisión de modificación del cauce procesal, por auto de 25/01/2011 el T.S.J. desestimó ambos recursos, rechazando que se hubiera violentado el derecho al debido proceso, pues la LOTJ designa como momento idóneo para el planteamiento de cuestiones previas el de la personación de las partes ante el tribunal del jurado, como era el caso, y precisamente entre ellas figura la inadecuación del procedimiento [ art. 36.1.a) LOTJ]. Aunque el T.S.J. admitía que la Audiencia no cumplió con su obligación de dar los traslados pertinentes a las demás partes antes de tomar esta decisión, igualmente descartaba que de ello se hubiera seguido una efectiva indefensión para las acusaciones, siendo muestra de ello que hubieran podido apelar aquella resolución judicial, en defensa de sus intereses.

**3.** Celebrada la vista oral, la Audiencia Provincial de Sevilla encargada del enjuiciamiento únicamente ha considerado probada la comisión por uno de los procesados de una acción que supone atentar contra la vida de la víctima y que califica como asesinato consumado, decretando la absolución respecto de los demás ilícitos y sus respectivos acusados. Conviene recordar que, aunque el delito objeto de condena encaja en el catálogo previsto en la LOTJ [art. 1.1.a) y 1.2.a), relativo a los delitos contra las personas y, en concreto, al homicidio y asesinato ( arts. 138 a 140), cuando resulten consumados ( art. 5.1 *in fine*)], la determinación del órgano competente no puede realizarse de forma invertida, esto es, ajustándola a las conclusiones de la sentencia que se dicte, sino por el contrario a la luz de los datos previamente existentes, antes de la celebración del juicio ( STS núm. 70/2004, de 20 de enero, que analiza ex arts. 5 LOTJ y 17.5 LECrim la relación entre los delitos contra la vida, la profanación de cadáveres y otros -con notables similitudes, por ello, con el presente caso- llegando a la conclusión de que el Legislador no ha querido someter al enjuiciamiento popular cuestiones en exceso complejas que no encajen entre sus competencias directas).

Como bien determinó el T.S.J. al resolver los recursos de apelación, el art. 36.1.a) LOTJ fija entre las posibles cuestiones previas la del procedimiento a seguir. Literalmente permite a las partes que, al tiempo de personarse, puedan "*alegar lo que estimen oportuno sobre la competencia o inadecuación del procedimiento*". Los cambios en el conjunto de hechos justiciables que, fruto de las diligencias instructoras, se fueron produciendo en este caso respecto del contenido de la inicial denuncia, delimitándose de este modo el objeto del proceso, justifican la decisión tomada en el auto de 13/08/2010, al amparo del citado precepto. No hay en ello violación del principio de seguridad jurídica en su vertiente de intangibilidad de las resoluciones judiciales, como tampoco del principio de legalidad, pues es precisamente la norma a la que remite el T.S.J. la que reconoce tal posibilidad de ajustar en ese trance procesal el tipo de procedimiento, adecuándolo al resultado de lo hasta entonces actuado.

**4.** Sobre la pertinencia de acudir, llegados a este punto, a un tribunal profesional en lugar de a un jurado popular para el conocimiento y fallo del objeto del proceso, se explica efectivamente a través del contenido de los Acuerdos del Pleno no jurisdiccional celebrados por esta Sala los días 20/01/2010 y 23/02/2010, interpretativos del art. 5 LOTJ, debiendo reseñar que en concreto el Acuerdo de 23/02/2010 -que esta Sala ha recogido ya en diversas resoluciones como las SSTS núm. 215/2010, de 8 de marzo, 358/2010, de 4 de marzo, 854/2010, de 29 de septiembre, y 1116/2010, de 22 de octubre- ofrece en su inciso 3 la pauta aplicable al caso cuando señala: "(...) 3. *La aplicación del artículo 5.2.c) requiere que la relación funcional a la que se refiere se aprecie por el órgano jurisdiccional en atención a la descripción externa u objetiva de los hechos contenidos en la imputación.*

*La competencia se extenderá al delito conexo siempre que se haya cometido teniendo como objetivo principal perpetrar un delito que sea de la competencia del Tribunal del Jurado, es decir, que ha de ser de la competencia del Jurado aquel cuya comisión se facilita o cuya impunidad se procura.*

*Por el contrario, si el objetivo perseguido fuese cometer un delito que no es competencia del Tribunal del Jurado y el que se comete para facilitar aquél o lograr su impunidad fuese alguno de los incluidos en el artículo 1.2, en estos casos la competencia será del Juzgado de lo Penal o de la Audiencia Provincial, salvo que, conforme al apartado 1 de este acuerdo, puedan enjuiciarse separadamente" , salvedad esta última no aplicable en el presente caso.*

La relación de medio a fin que apreció el órgano judicial entre los presuntos hechos de dar muerte y de atacar la libertad sexual no resulta ilógica ni forzada, como pretende la parte recurrente, que insiste en que



ambas acciones debieron entenderse independientes, y no relacionadas entre sí. Ello es además contradictorio con su propia posición procesal, ya que los escritos acusatorios presentados en trámite de conclusiones provisionales tanto por el Ministerio Fiscal como por la acusación que ahora recurre incluían un relato fáctico que consideraba el hecho de la violación como acto previo del que luego se habría seguido la decisión de dar muerte a Luz Marina, relato confirmado con los posteriores escritos acusatorios presentados en el procedimiento ordinario (f. 147 a 154 y 168 a 181, rollo de sala). Ninguno de los dos escritos describe el acometimiento sexual como desconectado de la ulterior muerte. Tampoco coloca como objetivo prioritario de los acusados el de acabar con la vida de la menor. Y desde esa perspectiva se siguen las respectivas calificaciones jurídicas.

De este modo, el delito conexo en este caso sería el delito contra la vida, por lo que de conformidad con la interpretación que el art. 5.2 LOTJ ha merecido en el Acuerdo plenario antes transcrito, la violación habría representado el delito principal a efectos de marcar el tipo de procedimiento y la subsiguiente competencia orgánica, es decir, la composición del tribunal que debía asumir el enjuiciamiento. La propia acusación que hoy reclama habría aceptado implícitamente de este modo que los hechos se ventilaran ante un tribunal de composición profesional.

Con independencia de que la inclusión de hechos susceptibles de ser calificados como un delito de violación haya podido constituir una instrumentalización interesada del proceso por parte del principal inculpado, ello no significa que, en términos procesales, haya existido infracción del derecho al juez ordinario predeterminado por la ley. Lo importante, en cualquier caso, es que el juicio oral se ventile ante un órgano que sea competente según el tipo de procedimiento seleccionado. Y no hay duda de la competencia de la Audiencia Provincial, como tribunal profesional de composición colegiada, para conocer de unos hechos tramitados como sumario/procedimiento ordinario, al disponerlo así los arts. 14.4 y 757 LECrim.

De cuanto precede se desprende que los órganos judiciales intervinientes resolvieron la cuestión controvertida sobre su competencia proporcionando una respuesta no sólo razonable y exenta de arbitrariedad, sino además ajustada a la interpretación jurisprudencial sobre la norma procesal aplicable ( STC núm. 70/2007, de 16 de abril, FJ. 4).

Se desestima así el motivo.

**CUARTO.-** El segundo de los motivos lo vincula esta acusación a la vulneración de un conjunto de preceptos constitucionales como consecuencia de lo que denomina «doble enjuiciamiento».

Tras explicar los términos en que se solicitó en la instancia y desestimó por los Tribunales -también en menores- el planteamiento de una cuestión de inconstitucionalidad relacionada con el art. 16.5 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, de Responsabilidad Penal de los Menores (en adelante, LORPM), reflexiona la parte sobre la circunstancia de que unos mismos hechos puedan ventilarse ante dos tribunales que pertenecen al mismo orden jurisdiccional. Lamenta, en esencia, las disfunciones que genera un mecanismo de enjuiciamiento separado cuando aparecen involucradas personas de diferente edad penal, lo que puede provocar el ilógico resultado de que se llegue, sobre unos mismos hechos y en relación con un mismo grupo de sujetos, a conclusiones absolutamente dispares entre la jurisdicción de menores y la jurisdicción ordinaria de adultos, como ha ocurrido en este caso. Relaciona para ello hasta diez contradicciones observadas entre lo que un órgano judicial y otro han considerado probado, que la recurrente estima determinantes respecto de la cuestión de fondo enjuiciada. Critica que el órgano que aquí ha dictado sentencia pueda tenerse por absolutamente soberano e inmune a la resolución que le precedió en el ámbito de la jurisdicción de menores, como expresa la sentencia recurrida en alguno de sus apartados (págs. 33 y 120), alcanzando conclusiones en abierta contradicción con aquélla. Estima que de este modo se vulneran los principios de unidad y exclusividad judicial ( arts. 24 y 117.5 CE), seguridad jurídica ( art. 9.3 CE) y legalidad (que relaciona con la inexistencia de norma alguna que fije el estatuto jurídico-procesal de quien, habiendo resultado juzgado por unos hechos, se ve después en la obligación de declarar sobre los mismos bajo la condición de testigo), así como el derecho al proceso con todas las garantías en su vertiente de derecho a la imparcialidad judicial.

1. El invocado art. 16 LORPM recoge las reglas generales para la incoación del llamado «expediente de menores», y en su apartado 5, que es en el que centra la acusación recurrente su atención, dispone que "*[c]uando los hechos mencionados en el artículo 1 hubiesen sido cometidos conjuntamente por mayores de edad penal y por personas de las edades indicadas en el mismo artículo 1 (es decir, entre 14 y 18 años), el Juez de Instrucción competente para el conocimiento de la causa, tan pronto como compruebe la edad de los imputados, adoptará las medidas necesarias para asegurar el éxito de la actividad investigadora respecto de los mayores de edad y ordenará remitir testimonio de los particulares precisos al Ministerio Fiscal, a los efectos prevenidos en el apartado 2 de este artículo*". Es decir, concurriendo tales circunstancias, se obliga al Juez de instrucción común u ordinario a dar cuenta de los hechos presuntamente delictivos al Fiscal de Menores, para que éste a



su vez proceda a su investigación separada si de los hechos objeto de denuncia pudiere desprenderse algún género de responsabilidad para el menor, en cuyo caso el Fiscal dará traslado al Juez de Menores.

2. La cuestión, que fue planteada como previa al juicio oral, obtuvo fundada respuesta del Tribunal de instancia en el FJ. 2º de la sentencia. En él, los Jueces «a quibus» destacan que ese doble enjuiciamiento no sólo se produce en casos como el presente, por la intervención de dos jurisdicciones penales separadas, sino también cada vez que los partícipes en un mismo delito, por la razón que fuere, han de resultar juzgados por separado, como sucede cuando alguno de ellos ha sido declarado en rebeldía procesal y sigue el procedimiento para los demás, o cuando se trata de un aforado. Destaca la Audiencia al efecto el Acuerdo de esta Sala de Casación de 16/12/2008, según el cual *"la persona que ha sido juzgada por unos hechos y con posterioridad acude al juicio de otro imputado para declarar sobre esos mismos hechos declara en el plenario como testigo y, por tanto, su testimonio debe ser valorado en términos racionales para determinar su credibilidad"*. Aborda, igualmente, el contenido de la LORPM desde la perspectiva de la protección del superior interés del menor, querido por el Legislador como seña de identidad, por lo que representa un procedimiento de naturaleza sancionadora-educativa respecto del menor que descansa en la serie de principios que enumera, dirigidos a lograr su reeducación. Concluye afirmando que la cuestión planteada por la acusación particular pudiera valorarse «de lege ferenda», pero en ningún caso «de lege data», siendo la voluntad del Legislador proclive tácitamente a ese enjuiciamiento separado, ex art. 16.5 LORPM. Afirma, por último, que un enjuiciamiento más próximo en el tiempo del menor juzgado bajo la LORPM y de los procesados en la presente causa hubiera sido factible de no haber recurrido las acusaciones el auto de 13/08/2010 por el que se acordaba la continuación del proceso por los trámites del procedimiento ordinario.

3. No puede compartirse este último argumento de instancia que atribuye a las partes acusadoras el distanciamiento temporal entre ambos juicios por el hecho de haber interpuesto diferentes recursos frente al citado auto. En primer lugar, porque con tal proceder las acusaciones estaban ejercitando su legítimo derecho al recurso. A mayor abundamiento, el auto en sí evidencia que la clarificación del tipo de procedimiento a seguir no resultó sino después de ciertos vaivenes, optando finalmente la Sala de instancia por aplicar las reglas del procedimiento ordinario tras haberle planteado tres defensas lo inadecuado del que hasta entonces se seguía, como ya hemos visto. El propio Tribunal tomaba la decisión siendo consciente de la fecha vacacional en que resolvía, primando en su rápida decisión circunstancias procesales ponderables como la situación de privación de libertad de algunos implicados, pero sin dar los oportunos traslados a las partes acusadoras, tal y como reflejó después el T.S.J. al resolver en apelación, según hemos visto. La situación habría sido, pues, de clara indefensión para las acusaciones de no haber existido esa capacidad de recurso. En ningún modo puede compartirse que su uso en este caso representara un abuso procesal por parte de las acusaciones, sino muy por el contrario el legítimo ejercicio de sus derechos procesales, con independencia de la final desestimación de ambas apelaciones.

Ello no obstante, ha de reconocerse el acierto de la decisión de instancia a la hora de interpretar que semejante enjuiciamiento separado viene directamente impuesto por la norma procesal. En concreto, por el art. 16.5 LORPM que se menciona, pues de su tenor literal necesariamente resultaba en este caso un conocimiento de los hechos de apariencia criminal ante jurisdicciones separadas, al atribuirse inicialmente la participación en los mismos a una pluralidad de individuos de los que algunos eran mayores y otros menores de edad al tiempo de su producción. Es precisamente el respeto del principio de legalidad el que provoca aquí ese resultado que critica la recurrente ( art. 9.3 CE), estando el Juez de menores y el Juez de adultos legitimados para impartir justicia en el ámbito de sus respectivas competencias ( art. 117.1 y 3 CE).

Decíamos además en las SSTS núm. 630/2002, de 16 de abril, 888/2003, de 20 de junio, y 71/2004, de 2 de febrero, por citar algunas, que las sentencias dictadas en materia penal sólo producen los efectos de la cosa juzgada negativa, en cuanto impiden juzgar a los ya juzgados por el mismo hecho. En el proceso penal no existe lo que en el ámbito civil se denomina «prejudicialidad positiva» o «eficacia positiva» de la cosa juzgada material, gozando el tribunal de plena libertad para valorar las pruebas producidas en su presencia y aplicar la calificación jurídica correspondiente. Una sentencia de esta Sala fechada el 21/09/1999 lo razonaba ya con total claridad al destacar que *"cada proceso tiene su propia prueba, y lo resuelto en uno no puede vincular en otro proceso penal diferente, porque en materia penal no hay eficacia positiva de la cosa juzgada material, sólo eficacia negativa en cuanto que una sentencia firme anterior impide volver a juzgar a una persona por el mismo hecho"*. En igual sentido se había pronunciado ya la STS de 13/12/2001, exponiendo que *"nada impide que en un juicio posterior celebrado ante Magistrados distintos puedan calificarse los mismos hechos de forma diferente al primero si se entiende que ésta fue errónea o incompleta, siempre que la acusación así lo sostenga, y haya existido debate contradictorio sobre dicha cuestión jurídica"*.

También las recientes SSTS núm. 846/2012, de 5 de noviembre, y 608/2012, de 20 de junio, se han encargado de subrayar que, a diferencia de otras ramas del derecho en las que puede existir una eficacia de cosa



juzgada material de carácter positivo o prejudicialidad que se produce cuando para resolver lo planteado en un determinado proceso haya de partirse de lo ya antes sentenciado con resolución de fondo en otro proceso anterior, esta eficacia no tiene aplicación en el ámbito del proceso penal, pues cada causa criminal tiene su propio objeto y su propia prueba, y conforme a este contenido ha de resolverse, sin ninguna posible vinculación prejudicial procedente de otro proceso distinto (salvo en materia de cuestiones prejudiciales de los arts. 3 y ss. LECrim, con los límites del art. 10.1 LOPJ). La única eficacia que la cosa juzgada material produce en el proceso penal es, pues, la preclusiva o negativa, que simplemente consiste en que, una vez resuelto por sentencia firme o resolución asimilada una causa criminal, no cabe seguir después otro procedimiento del mismo orden penal sobre el mismo hecho y respecto a la misma persona, pues una de las garantías del acusado es su derecho a no ser enjuiciado penalmente más de una vez por unos mismos hechos, derecho que es una manifestación de principio «non bis in idem» y una de las formas en que se concreta el derecho a un proceso con todas las garantías reconocido en el art. 24.2 CE, en relación a su vez con los arts. 10.2 CE y 14.7 PIDCP.

Con carácter general, las cuestiones meramente fácticas están sujetas a la libre valoración del tribunal que conoce de las mismas, como reflejo necesario de la apreciación de las pruebas producidas en el proceso, lo que significa que no puede darse en estos casos una cuestión prejudicial devolutiva que equivaldría a abdicar dicha potestad, de la misma forma que tampoco se da la otra faz de la moneda, la prejudicialidad positiva. El único límite está establecido por la aplicación de la cosa juzgada, ex art. 666.2 LECrim (STS núm. 867/2003, de 22 de septiembre). En la misma línea, recuerdan las SSTS núm. 827/2011, de 25 de octubre, y 381/2007, de 24 de abril, que los datos fácticos de resoluciones precedentes, aunque lo sean de la jurisdicción penal, carecen de virtualidad suficiente como para que, en proceso distinto y por jueces diferentes, se haya de estar o pasar por los hechos antes declarados probados, no pudiendo, por ello, sobreponerse éstos a las apreciaciones de los jueces posteriores, a menos que se diera entre las dos resoluciones la identidad de la cosa juzgada. Ello no impide que, como después abordaremos con mayor detenimiento al examinar los motivos por tutela judicial efectiva, para marcar esa distancia relevante respecto del contenido de la sentencia que le precedió deba el tribunal que decide con posterioridad incorporar a su decisión un «plus» de motivación por el que justifique adecuadamente las razones que marcan la diferencia o que, incluso, llevan a estimar que la anterior decisión resultaba errónea o incompleta.

Por último, también la queja relativa a la pérdida de imparcialidad del segundo Tribunal ha de ser rechazada. Y no sólo por ser meramente especulativa, sino también por contraria a la esencia misma del motivo, que no es otra que la ostensible separación fáctica de la sentencia impugnada respecto de la previa declaración de hechos probados en menores. Esa separación, si algo viene a demostrar, es que la Sala de procedencia no se había forjado ninguna idea preconcebida sobre los hechos, que partiera de la previa decisión tomada por la jurisdicción de menores.

**4.** Cuestión diferente es que, desde una perspectiva colateral a la legalidad vigente, sea sostenible que unos mismos hechos puedan ser declarados probados y no probados por dos tribunales pertenecientes al mismo orden jurisdiccional cuando existe íntima conexión entre ellos y cuando el diferente enjuiciamiento, separado además en el tiempo, aboca a la postre en diferencias significativas en la resultancia fáctica.

Como indica la acusación recurrente, en varias ocasiones ha señalado nuestro Tribunal Constitucional que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado. Tal doctrina arrancaba con la STC núm. 2/1981, de 30 de enero, a la que han seguido otras muchas (SSTC núm. 77/1983, de 3 de octubre, 24/1984, de 23 de febrero, 158/1985, de 26 de noviembre, ó 70/1989, de 20 de abril), aseverando en todas ellas dicho Tribunal que "[e]n la realidad jurídica, esto es, en la realidad histórica, relevante para el Derecho, no puede admitirse que algo es y no es, que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o, por decirlo en los términos del fundamento sexto de nuestra sentencia de 3 de octubre de 1983, «es claro que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado», pues a ello se oponen no sólo principios elementales de la lógica jurídica y extrajurídica, sino el principio de seguridad jurídica constitucionalizado en el artículo 9.3. Ante situaciones hipotéticamente de esta índole el Tribunal Constitucional no siempre tendrá competencia para intervenir sin más; por el contrario, habrá que comprobar, y así lo haremos en este caso, en primer término, si en verdad se produce entre las resoluciones enfrentadas una estricta identidad en los hechos y, en segundo lugar, si hay en juego algún derecho fundamental afectado por la contradicción fáctica, pues la invocación del solo principio de seguridad jurídica no es, obviamente, base para conocer en amparo".

Merece también ser destacado el siguiente pasaje de la STC núm. 158/1985, de 26 de noviembre (FJ. 4): "(...) si el respeto a la independencia de cada órgano judicial es principio básico de nuestro ordenamiento jurídico, no es menos cierto que unos mismos hechos no pueden existir y dejar de existir para los órganos del Estado (STC núm. 77/1983, de 3 de octubre), y que esta negación del principio de contradicción vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24.1 de la Constitución Española. Con gran claridad lo ha expresado la STC núm. 62/1984, de 21 de mayo, que hace superfluos más comentarios sobre el tema: « (...) a los más elementales



*critérios de la razón jurídica repugna aceptar la firmeza de distintas resoluciones judiciales en virtud de las cuales resulte que unos mismos hechos ocurrieron y no ocurrieron, o que una misma persona fue su autor y no lo fue. Ello vulneraría, en efecto, el principio de seguridad jurídica que, como una exigencia objetiva del ordenamiento, se impone al funcionamiento de todos los órganos del Estado en el art. 9 núm. 3 de la CE. Pero, en cuanto dicho principio integra también la expectativa legítima de quienes son justiciables a obtener para una misma cuestión una respuesta inequívoca de los órganos encargados de impartir justicia, ha de considerarse que ello vulneraría, asimismo, el derecho subjetivo a una tutela jurisdiccional efectiva, reconocido por el art. 24.1 de la CE, pues no resulta compatible la efectividad de dicha tutela y la firmeza de pronunciamientos judiciales contradictorios. Frente a éstos, por tanto, ha de reconocerse la posibilidad de emprender la vía de amparo constitucional, en el supuesto de que ningún otro instrumento procesal ante la jurisdicción ordinaria hubiera servido para reparar la contradicción». Doctrina que, con toda evidencia, es aplicable al caso presente, donde esa contradicción existe, según todas las apariencias, y donde no aparece cauce procesal alguno dentro de la justicia ordinaria para resolverla. No se oculta a este Tribunal Constitucional la dificultad que ofrece arbitrar medios para resolver contradicciones entre resoluciones judiciales como las aquí denunciadas, teniendo en cuenta la ya recordada independencia de los órganos jurisdiccionales. Sería, sin duda, de desear que el legislador previese este tipo de conflictos, estableciendo mecanismos para su solución dentro de la justicia ordinaria. Pero mientras esto no ocurra, y no haya otra vía más que la del recurso de amparo para garantizar el derecho vulnerado, este Tribunal ha de buscar los medios de asegurar ese derecho, que, de otro modo, quedaría sin protección".*

Sin olvidar que en su mayoría se trata de pronunciamientos del Tribunal Constitucional, recaídos en amparo, sobre cuestiones laborales, civiles o contencioso-administrativas, y que sólo algunos de ellos abordan directamente una cuestión penal, no puede sino reconocerse en nuestro caso ciertos efectos procesales y materiales indeseados ante el desdoblamiento en dos jurisdicciones penales de unos mismos hechos, máxime cuando, habiendo transcurrido su investigación paralelamente, se llega a la fase de enjuiciamiento en momentos diferentes. En casos como éste, ello es, por otro lado, lógica consecuencia de la celeridad que el Legislador imprime al procedimiento de menores y la mayor lentitud que, de contrario, deriva como inevitable consecuencia del cúmulo reforzado de garantías del que está revestido el sumario, cuya principal razón de ser estriba en la gravedad de las penas imponibles.

Algunos de los aquí implicados pudieron acogerse en el Juzgado a su derecho a no declarar, al estar abierta causa penal contra ellos en la jurisdicción de adultos. En cambio, otro de ellos -menor al tiempo de los hechos pero mayor de edad cuando vino a desarrollarse el juicio de adultos- hubo de declarar en este segundo juicio bajo el estatuto de testigo, al haber recaído sentencia firme respecto del mismo en la jurisdicción de menores (Acuerdo plenario de 16/12/2008, antes citado). Quizá el mayor de los inconvenientes que deriva de esta situación es la duplicidad de actuaciones y diligencias de prueba, que provoca como efecto colateral la repetición de testimonios, con pérdida general de calidad en las pruebas que, sometidas al principio de inmediación, hayan de reiterarse ante una y otra jurisdicción y que, en el caso de las víctimas, incrementa además la victimización secundaria. La separación temporal entre los enjuiciamientos de ambas jurisdicciones, junto con la enorme repercusión social y mediática del presente procedimiento, han hecho que estas disfunciones en la prueba y en sus resultados cobren en este caso particular relevancia pública.

No se estima inconveniente, por ello, una solución legislativa que resuelva disyuntivas procesales como la presente, compatibilizando un enjuiciamiento conjunto en sede de adultos en el que también se vele por los fines tuitivos y por las demás garantías que al menor reconoce la LORPM.

En todo caso, los posibles argumentos de fondo frente a estas contradicciones, como hemos apuntado, deben incardinarse en el ejercicio del derecho a la tutela judicial efectiva en su manifestación de derecho a la motivación debida, solución que late en la doctrina constitucional recogida y que más adelante se examinará.

El actual motivo, en cualquier caso, debe ser desestimado.

**QUINTO.-** El siguiente motivo invoca el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24 CE), en su faceta de derecho de las partes a obtener de los tribunales una resolución motivada, con el correlativo deber de estos últimos de dictar sentencias que respondan a esa exigencia constitucional ( art. 120.3 CE). La acusación particular cuestiona aquí el razonamiento probatorio desplegado por la Audiencia de Sevilla, que considera arbitrario en su conjunto, llegándose a conclusiones faltas de coherencia en determinados aspectos, tales como la causa de la muerte de Luz Marina y la hora en la que se habría producido la salida de su cuerpo del domicilio de la CALLE001 .

Esta queja coincide sustancialmente con el primer motivo formalizado por el Ministerio Fiscal, que comienza invocando el derecho a la tutela judicial efectiva que considera cercenado en la sentencia recurrida, razón por la que interesa la anulación del juicio y la celebración de uno nuevo ante Tribunal de diferente composición ( artículos 5.4 L.O.P.J. y 852 LECrim.), que es lo igualmente interesado por la acusación particular.





Por ello vamos a agrupar la respuesta a ambos motivos en el apartado correspondiente al recurso de la acusación oficial (FJ. 11 de la presente resolución), que además formaliza otros dos motivos (segundo y tercero) esgrimiendo también la vulneración de la tutela judicial en relación con la absolución de los acusados de encubrimiento. Ello está justificado por coincidir el derecho fundamental invocado e incidir en la misma cuestión: la estructura racional del discurso de la Audiencia a la hora de valorar el conjunto probatorio de cargo aportado por las acusaciones. Todo ello sin perjuicio de ciertas matizaciones y detalles aducidos por cada parte que apostillaremos en su caso dentro de la respuesta global.

**SEXTO.-** El cuarto motivo por infracción de precepto constitucional invoca el derecho a la tutela judicial efectiva ( art. 24.1 CE), vinculado a la denegación de determinadas diligencias de prueba solicitadas en la instancia. La propia acusación recurrente relaciona esta queja con el primero de los motivos del apartado de quebrantamientos de forma ( art. 850.1º LECrim), razón por la que los examinaremos juntos.

Se refiere a un conjunto de testificales, interesadas en el escrito de conclusiones provisionales para su práctica en el plenario. Siendo requerida por la Audiencia Provincial para que esclareciera la relevancia de tales testimonios, expresó la parte por escrito las causas de su pertinencia, si bien la Audiencia le denegó su práctica por auto de 25/07/2011, con una motivación fáctica y jurídica (sic) que para la acusación afectada es insuficiente. Reiterada la petición como cuestión previa al comienzo de las sesiones del plenario, le fue nuevamente denegada por remisión al auto previo, formulando la parte la oportuna protesta.

1. Con respecto al derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa, una consolidada doctrina de esta Sala (por todas, STS núm. 29/2012, de 18 de enero) expone que no toda irregularidad u omisión procesal en materia de prueba, referida a su admisión, práctica o valoración, causa por sí misma indefensión, pues la garantía constitucional contenida en el art. 24.2 CE únicamente abarca aquellos supuestos en los que la prueba es relevante en el sentido de decisiva en términos de defensa, de modo que, de haberse practicado la prueba omitida o de haberse practicado correctamente la admitida, la resolución final del proceso hubiera podido ser distinta. Para ello debe el recurrente justificar la indefensión sufrida y la relevancia de la prueba denegada, exigencia que se proyecta en un doble plano: por un lado, ha de demostrar la relación entre los hechos que se quisieron y no se pudieron probar y las pruebas inadmitidas o no practicadas; por otro, ha de argumentar el modo en que la admisión y la práctica de la prueba objeto de controversia habrían podido incidir de forma favorable en la estimación de sus pretensiones. Solamente en tal caso -es decir, comprobado que el fallo de instancia pudo, tal vez, haber sido otro si la prueba se hubiera practicado- podrá apreciarse el menoscabo efectivo del derecho que se invoca ( SSTS núm. 165/2004, 77/2007, 208/2007, 121/2009, 89/2010, 2/2011 y 14/2011, entre otras). Lo determinante es, en suma, que la omisión de la prueba denegada, «decisiva en términos de defensa», genere indefensión material a la parte solicitante ( STS núm. 827/2011, de 25 de octubre, con cita de la STC núm. 121/2009, 18 de mayo).

Esta Sala de Casación viene también apuntando una serie de requisitos, formales y materiales, para que un motivo de esta índole pueda prosperar ( SSTS núm. 29/2012, de 18 de enero; 5/2009, de 8 de enero; ó 784/2008, de 14 de noviembre). Entre los primeros, se exige que las pruebas sean propuestas en tiempo y forma, de conformidad con las reglas específicas para cada clase de proceso. En segundo lugar, ante la resolución del tribunal rechazando las que no considere pertinentes o denegando la suspensión del juicio ante la imposibilidad de practicar en ese momento las previamente admitidas, quien ha propuesto la prueba debe hacer constar la oportuna protesta, tras la reproducción de su petición en las condiciones exigidas por la LECrim. En tercer lugar, si se trata de prueba testifical, habrán de hacerse constar las preguntas que quien la propone pretendía dirigir al testigo, con la finalidad de que, primero el tribunal de enjuiciamiento y después esta Sala, en su caso, puedan valorar la trascendencia de la prueba solicitada. En cualquier caso, la parte que la propone debe preocuparse de que conste la eventual trascendencia de la prueba respecto del fallo de la sentencia. La omisión de este requisito no impedirá, sin embargo, la estimación del motivo cuando la pertinencia y necesidad de la prueba se desprenda fácilmente de su propia naturaleza y características.

Como requisitos materiales, la prueba ha de ser pertinente, esto es, relacionada con el objeto del juicio y con las cuestiones sometidas a debate en el mismo; ha de ser relevante, de modo que tenga potencialidad para modificar de alguna forma importante el sentido del fallo, a cuyo efecto el tribunal puede tener en cuenta el resto de las pruebas de que dispone ( SSTS núm. 1591/2001, de 10 de diciembre, y 976/2002, de 24 de mayo); ha de ser necesaria, es decir, tener utilidad para los intereses de defensa de quien la propone, de modo que su omisión le cause indefensión ( STS núm. 1289/1999, de 5 de marzo); finalmente, ha de ser posible, en atención a las circunstancias que rodean su práctica.

2. La sentencia combatida no da respuesta directa a esta petición. Aclara, eso sí, que sólo se examinarán en ella las cuestiones relativas a posibles nulidades de actuaciones y/o suspensión de la causa, mas no *"las relativas a la solicitud de petición de nuevas pruebas, sobre las que resolvió el Tribunal, según consta en el acta del juicio oral de fecha 18 de octubre del presente año y en la grabación de la sesión de dicho día"* (FJ.1, inciso 2º). El acta



correspondiente a esa sesión (f. 564 y ss., tomo II del rollo de sala) únicamente da cuenta de tal denegación y de la formulación de protesta por la parte proponente, a los efectos de posible interposición de recurso. No recoge pliego alguno de preguntas que, en su caso, hubieren de formularse a cada testigo, como es preceptivo para poder constatar en sede casacional su trascendencia. Por otro lado, el auto de admisión e inadmisión de prueba, obrante a los f. 72 a 80 del tomo I del rollo de sala, admitía ya un amplísimo número de testificales, fundamentando adecuadamente las razones por las que se rechazaban cuantos testimonios se ponen aquí en cuestión, bien por no ser relevantes para el esclarecimiento de los hechos, bien por tratarse de personas que no ostentarían la condición de testigos presenciales de los hechos, como tampoco de hechos anteriores o posteriores que pudieran arrojar luz sobre aquéllos. No se detienen aquí los argumentos desestimatorios de la Sala, que acto seguido aclara los motivos del concreto rechazo de cada testifical propuesta.

Entre ellas figura el testimonio de los padres de Primitivo Imanol, testifical que no sólo podría resultar inviable de acogerse éstos a la dispensa del deber de declarar (art. 416.1º LECrim), sino que debe entenderse intrascendente respecto del fondo de los hechos, tal y como apreció la Sala de instancia: no habiendo sido testigos presenciales del hecho, únicamente podrían declarar acerca de un punto muy concreto, como de hecho expone la recurrente, relativo a la presencia momentánea de su hijo en el domicilio que comparten tras regresar Primitivo Imanol de Montequinto aquella madrugada. Ninguna virtualidad habría de tener este dato sobre el fondo de los hechos, en términos absolutos. La denegación fue, pues, pertinente.

En cuanto a Mónica y Eva, hermanas de la pareja sentimental de Nazario Javier y convivientes con ambos en el domicilio familiar de Camas, no estarían en principio amparadas por esta misma dispensa, pues el art. 416.1º LECrim únicamente habla de los «colaterales consanguíneos hasta el segundo grado civil» del procesado directamente, y no de los colaterales consanguíneos en tal grado de su cónyuge o de su pareja de hecho bajo relación análoga a la conyugal. Sin embargo, su testimonio nada habría de aportar en estos momentos que no haya podido conocer el Tribunal directamente a través de las declaraciones de Nazario Javier y, en especial, de su entonces pareja sentimental, quedando así debidamente ilustrado.

La Audiencia de Sevilla también estimó innecesario el testimonio de Florian Pablo, amigo de Nazario Javier. No presenció ninguno de los hechos anteriores o posteriores al suceso, por lo que difícilmente sus manifestaciones podrían esclarecer aspecto alguno. El único particular sobre el que centra la acusación su relevancia afecta a la ausencia de Nazario Javier junto al operativo que se desplegó aquella noche para la búsqueda de Luz Marina, ausencia ya avalada por otros testimonios y en ningún caso decisiva, en términos de prueba, sobre el fondo de los hechos.

Respecto de Vanesa, amiga de la pareja sentimental de Nazario Javier, se reconoce que se interesó su testimonio para que la propia recurrente relacionara las reacciones que eventualmente pudo haber observado en Nazario Javier y en su pareja en los días posteriores al suceso. La falta de pertinencia de la prueba es evidente dados los fines meramente especulativos y subjetivistas con que se formula. Sin concurrir otros elementos que justifiquen su necesidad, la denegación de instancia se ofrece correcta.

En cuanto al Comisario Jefe de la Brigada Provincial de la Policía Judicial de Sevilla, es cierto que su testimonio podría haber sido oportuno. Sin embargo, al desarrollar su petición la acusación recurrente no concreta extremo alguno respecto del cual dicho testimonio se muestre «clave» para el mejor esclarecimiento y comprensión de los hechos, como tampoco de las líneas de investigación policial desplegadas en este caso. El escrito del recurso se limita a realizar en tal sentido ciertas disquisiciones imprecisas sobre su pertinencia e idoneidad, sin llegar a aportar verdaderos datos que muestren su absoluta necesidad, que es lo que exige la indefensión material que analizamos.

Finalmente, el informe técnico policial que cita la acusación, obrante a los f. 2483 a 2598, es en realidad un reportaje fotográfico que asimismo da cuenta de la toma de diversas muestras para su análisis biológico. Dicho informe no sólo no fue impugnado por ninguna de las defensas, sino incluso propuesto por algunas de ellas como prueba para el acto del juicio. Siendo el informe intrínsecamente idóneo a la hora de describir el protocolo seguido en la localización y toma de vestigios, la aceptación de su contenido por las partes intervinientes hacía en principio innecesaria cualquier aclaración añadida. En cualquier caso, tampoco especifica ahora la recurrente aquellos particulares del reportaje sobre los cuales haya de resultar decisivo un testimonio aclaratorio de sus elaboradores. Omite de este modo su deber de evidenciar la trascendencia de la prueba. Sorprende, en todo caso, la queja, pues el auto de 25/07/2011 expresamente aceptó que vinieran a la vista, entre otros, los agentes del C.N.P. núm. NUM007 y NUM008, partícipes ambos en la toma de muestras y realización del mentado reportaje, con el fin de poder aclarar cualquier duda (f. 73, tomo I del rollo de sala). Ambos agentes declararon, en efecto, en la sesión de juicio correspondiente al día 22 de noviembre de 2011 (f. 983 y ss., tomo III del rollo de sala), por lo que bien pudo la acusación interrogarles en dicho acto (art. 899 LECrim).



Como consecuencia de cuanto antecede, el motivo debe ser íntegramente desestimado.

**SÉPTIMO.-** El último de los motivos por infracción de derechos constitucionales coincide con el tercero de los articulados como quebrantamiento de forma. Los dos motivos se sustentan sobre la ausencia de expresa resolución en la sentencia combatida de algunas cuestiones jurídicas, pese a haber sido planteadas debidamente por la recurrente ( art. 851.3º LECrim). Merecen, como en el caso anterior, una respuesta única en la presente resolución.

Tales cuestiones jurídicas incontestadas son, según la recurrente, la vulneración de los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional, así como de seguridad jurídica, anejos a la cuestión de inconstitucionalidad; y, en segundo lugar, la solicitud de deducción de testimonio contra Diana Alicia , madre de « Bola ».

1. Tal y como nos recuerda la STS núm. 525/2012, de 19 de junio, el vicio procesal de la incongruencia omisiva ha de ser entendido como un desajuste material entre el fallo judicial y los términos en los cuales las partes formulan sus pretensiones. El Tribunal Constitucional ha señalado que, desde la perspectiva del respeto al derecho fundamental que consagra el art. 24.1 CE, la congruencia exigible comprende la obtención de una respuesta razonada a las pretensiones de las partes, pero no un razonamiento autónomo y pormenorizado de todos y cada uno de los fundamentos jurídicos en que aquéllas se sustenten. También ha mantenido de modo constante que las exigencias derivadas de aquel precepto constitucional han de entenderse cumplidas mediante la denominada motivación implícita, y no sólo y necesariamente en la expresa o manifiesta ( SSTC núm. 70/2002, de 3 de abril, y 189/2001, de 24 de septiembre), si bien tal criterio debe aplicarse con cautela.

Esta Sala, por su parte, viene señalando desde antiguo que es preciso que la omisión padecida venga referida a temas de carácter jurídico, oportunamente suscitados por las partes en sus escritos de conclusiones definitivas, y no a meras cuestiones fácticas, lo que a su vez debe matizarse en dos sentidos: a) que la omisión ha de referirse a pedimentos, peticiones o pretensiones jurídicas, y no a cada una de las distintas alegaciones individuales o razonamientos concretos en que aquéllos se sustenten, porque sobre cada uno de éstos no se exige una contestación judicial explícita o detallada, siendo suficiente una respuesta global o genérica ( STC de 15 de abril de 1996); y b) que dicha vulneración no será apreciable cuando el silencio judicial pueda razonablemente interpretarse como una desestimación implícita o tácita, constitucionalmente admitida ( SSTC núm. 169/1994, 91/1995 y 143/1995), lo que sucede cuando la resolución dictada en la instancia resulta incompatible con la cuestión propuesta por la parte, es decir, cuando del conjunto de los razonamientos contenidos en la resolución judicial puede razonablemente deducirse no sólo que el órgano judicial ha valorado la pretensión deducida, sino además los motivos fundamentadores de la respuesta tácita. En consecuencia, lo esencial para la apreciación de este vicio «in iudicando» es la desatención por el tribunal de su deber de resolver aquellas pretensiones que se hayan traído al proceso oportuna y temporalmente, frustrando con ello el derecho de la parte - integrado en el de tutela judicial efectiva- a obtener una respuesta fundada en derecho sobre la cuestión formalmente planteada (por todas, STS núm. 162/2012, de 15 de marzo).

2. La sentencia en cuestión responde a la primera de las pretensiones sobre las que se articula esta queja en su FJ. 1, donde ya hemos visto que la Audiencia expone su particular exégesis sobre los fundamentos que inspiran la LORPM y realiza además el concreto examen del art. 16.5 de la misma. Se deja allí constancia del doble enjuiciamiento que, como consecuencia inevitable, deriva de tal previsión normativa cuando hayan de ser juzgados por unos mismos hechos individuos mayores y menores de edad. No incurre, pues, el Tribunal «a quo» en ninguna suerte de incongruencia omisiva, en la medida en que la eventual articulación de una cuestión de inconstitucionalidad por el órgano judicial -cuestión de fondo que planteó la acusación- devino expresa y debidamente resuelta por la Sala, siendo inherente a dicha decisión cuanto atañe a los principios de unidad y exclusividad jurisdiccional y seguridad jurídica que asimismo se invoca. Cuestión distinta es que dicha respuesta satisfaga las expectativas de quien recurre, pero no por ello cabe entender desatendido por el Tribunal de instancia su deber de resolver.

Diferente conclusión cabe extraer, por el contrario, respecto de la segunda de las cuestiones planteadas. Ciertamente, la acusación particular solicitó tal deducción de testimonio, por medio de «otrosí», en su escrito de conclusiones definitivas (f. 1033, tomo III del rollo de sala), petición sobre la cual no consta respuesta alguna, expresa o tácita, por parte del órgano «a quo» en la decisión que se recurre, como sí consta en cambio en el fallo el mandato de librar testimonio respecto de las manifestaciones vertidas por Diego Urbano , alias « Bola », respecto del cual se había interesado idéntica petición, por si pudieren ser constitutivas de un delito contra la administración de justicia, recogándose en el FJ. 36 de la sentencia las razones de tal decisión afirmativa del Tribunal.

Al margen de su procedencia o no (valoración que sería competencia del Tribunal que recibió dicho testimonio), habría que sopesar también la eventual incidencia en el caso de la dispensa del deber de declarar, al tratarse de la madre de uno de los declarados responsables. Por otra parte, tampoco constituye una verdadera pretensión



jurídica con trascendencia directa en el fallo, sino un eventual requisito de procedibilidad a tener en cuenta posteriormente, no existiendo obstáculo insalvable que impida su reproducción ante el Tribunal.

**OCTAVO.-** El segundo motivo por quebrantamiento de forma, amparado en el art. 851.1º LECrim, denuncia un doble defecto interno al hecho probado, por incurrir en contradicciones y por faltar a la claridad necesaria. Tal queja se pone en relación con el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de derecho a obtener una resolución motivada ( art. 120.3 CE).

Entre las contradicciones fácticas, cita la acusación recurrente tres aspectos: 1) la referencia a un cenicero «ensangrentado», que confronta con el tiempo que, según los hechos probados, hubo de estar dicho objeto en contacto con la sien de la víctima y que a su entender descalifica la ulterior argumentación del Tribunal de que fue el objeto transmisor de los restos biológicos hallados en la cazadora de Nazario Javier y en la colcha de la cama; 2) la afirmación fáctica "... *haciendo desaparecer el cadáver en lugar que se desconoce...*", que confronta con la mención a los f. 112 «in fine» y 113 de la sentencia de que tiraron el cadáver al río; y 3) la referencia fáctica a que entre las 02:01 y las 04:00 horas de aquella madrugada Isabel Joaquina dormía en la vivienda de la CALLE001 , lo que la recurrente opone a lo referido al f. 119 en cuanto a que pasaban las 02:00 cuando Nazario Javier llevó la silla de ruedas a este domicilio.

Por lo que toca a la falta de claridad y omisiones en el relato fáctico, se refieren en el recurso: 1) la incompatibilidad de marcos horarios, que genéricamente se vincula al conjunto de hechos probados y fundamentación jurídica, afirmándose que "*resultan completamente inverosímiles*" a juicio de la parte e "*impiden conocer con claridad qué hechos son teniendo (sic) finalmente por probados en la resolución*"; 2) la ausencia de encaje en el relato fáctico de la llamada realizada por el menor a Primitivo Imanol a las 21:24 horas, pese a citarse hasta en tres ocasiones esta llamada en la fundamentación jurídica; 3) la referencia fáctica a la presencia de "*un tercero o terceros*" en el lugar de los hechos, pese a no haber constancia alguna de este extremo a través de lo actuado; 4) la ausencia de posicionamiento de Primitivo Imanol a partir de las 02:00, entendiendo la recurrente que la actuación atribuida a Nazario Javier aquella madrugada en las labores de recogida de la silla de ruedas hacía necesario que la sentencia ofreciera respuesta fáctica a la ubicación de Primitivo Imanol a esas mismas horas; y 5) la omisión de referencia alguna y, por consiguiente, de valoración de ciertos vestigios hallados durante la investigación, tales como la navaja y la huella del menor localizada en la botella de ron.

1. La esencia de la contradicción fáctica consiste en el empleo en el hecho probado de términos o frases que, por ser antitéticos, resulten incompatibles entre sí, de tal modo que una afirmación reste eficacia a la otra, al excluirse entre sí, produciéndose con ello una laguna en la fijación de los hechos ( STS núm. 117/2007, de 13 de febrero). Ello supone que la contradicción ha de ser interna al hecho probado y de tal entidad que desemboque necesariamente en conclusiones insostenibles, de forma que los extremos fácticos a los que se atribuya el defecto se encuentren enfrentados, en oposición manifiesta, afectando además a hechos o circunstancias esenciales que influyan causalmente en el fallo ( STS núm. 16/2007, de 16 de enero).

Se aparta la recurrente de esta primordial exigencia y, en general, de la técnica casacional exigible al quebrantamiento de forma por contradicción fáctica. Y ello porque este primer vicio formal, objeto de consideración en innumerables precedentes jurisdiccionales de esta Sala, requiere: 1) que la contradicción sea manifiesta y absoluta en el más amplio sentido gramatical, lo que significa que no solamente sea ostensible, sino también insubsanable, insoslayable y, sobre todo, determinante de una incompatibilidad intrínseca en el seno del relato histórico, con recíproca exclusión de los dos términos contrapuestos; 2) que sea interna, en el sentido de que emane de los términos en que aparezca la relación fáctica, confrontando los propios vocablos, expresiones o pasajes del relato; 3) que sea causal o, lo que es lo mismo, determinante de incongruencia, dada la relación directa entre el vicio procesal y el fallo de la sentencia; y 4) que sea relevante, en el sentido de insubsanable, de modo que, afectando a elementos esenciales de la resolución impugnada, la supresión de los términos contrapuestos determine la insuficiencia del relato como sustento fáctico del fallo de la resolución, pues si la contradicción afecta a un elemento intrascendente para la responsabilidad enjuiciada el defecto es inocuo ( STS núm. 360/2010, de 22 de abril).

Sin embargo, lo que hace en este caso la acusación particular es confrontar los tres datos fácticos en los que centra la contradicción bien con pasajes de valoración probatoria comprendidos en la fundamentación, bien con conclusiones que, siendo externas a la sentencia, obtiene la recurrente a título personal. Todo ello evidentemente escapa del cauce aquí elegido, no habiéndose evidenciado ninguna contradicción verdaderamente interna al hecho probado.

Tampoco desde la perspectiva de la racionalidad de la inferencia alcanzada sobre estos tres puntos por la Sala de procedencia -que es lo que en verdad discute la recurrente- se observa un auténtico apartamiento de las reglas de la lógica. En cuanto al primer dato, viene a emitir la parte un juicio de valor extraño a la prueba



practicada cuando estima imposible que el cenicero estuviera ensangrentado por su solo contacto, brusco y momentáneo, con la víctima. Resulta en todo caso intrascendente respecto del fondo de los hechos la mayor o menor cantidad de sangre que pudiere impregnar dicho objeto como consecuencia del golpe propinado, en la medida en que lo importante aquí (y tal hecho no se discute) es la presencia de restos biológicos de la víctima en la cazadora de Nazario Javier y en la colcha que cubría su cama, extrayendo el Tribunal unas conclusiones absolutamente racionales respecto de la forma en la que posiblemente dichos restos se adhirieron a las citadas prendas.

En cuanto al segundo dato, de nuevo no está exenta de lógica la conclusión de la Audiencia al entender que el cuerpo de la víctima fue arrojado al río, decantándose fundadamente por esta conclusión tras el análisis de las variables versiones dadas por los procesados sobre este punto, y ello en ningún modo contradice el hecho cierto de que el paradero de la víctima siga resultando desconocido en la actualidad.

Finalmente, tampoco es por sí misma contradictoria la afirmación de que Nazario Javier devolvió la silla de ruedas a la vivienda de la CALLE001 después de las 02:00 de aquella madrugada con las horas en las que Isabel Joaquina se encontraba también en el citado inmueble, lo que la recurrente de nuevo relaciona impropiaamente con un apartado de valoración probatoria. Sucede aquí que la acusación particular pretende ir más allá de lo afirmado por el Tribunal para llegar a conclusiones ajenas al hecho probado, pero tampoco en ello es posible ver una contradicción.

Todo ello determina la necesaria desestimación del primer apartado de la queja, al carecer de fundamento.

2. En cuanto a la falta de claridad en el relato fáctico, en constante y reiterada jurisprudencia viene afirmando esta Sala que para que tal motivo pueda prosperar es preciso: a) que en el contexto del resultado fáctico se produzca la existencia de cierta incomprensión de lo que realmente se pretendió manifestar, bien por la utilización de frases ininteligibles, bien por omisiones sustanciales o por el empleo de juicios dubitativos, por absoluta carencia de supuestos fácticos o por la mera descripción de la resultancia probatoria huérfana de toda afirmación por parte del juzgador; b) que la incorporación del relato esté directamente relacionada con la calificación jurídica; y c) que la falta de entendimiento o incomprensión del relato provoque una laguna o vacío en la descripción histórica de los hechos.

Pretende la recurrente que se reflejen en la narración fáctica extremos que, aducidos por las partes, no ha recogido el Tribunal bien por no estimarlos acreditados según su apreciación directa de las pruebas practicadas, bien por resultar irrelevantes en términos jurídicos. No puede pretender la acusación suplir o completar los hechos en tal modo, entendiéndose que se trata de omisiones, ya que tal labor escapa del cometido del motivo que se esgrime ( SSTS núm. 1038/2006, de 19 de octubre, ó 293/2006, de 13 de marzo). Recordemos, en cualquier caso, que el relato fáctico debe estar causalmente relacionado con la calificación jurídica de la sentencia, por lo que la falta de claridad debe suponer la imposibilidad de comprender lo que se estima sucedido en términos de su correcta subsunción, es decir, debe tratarse de omisiones en el hecho probado con trascendencia en la calificación jurídica. Sin perjuicio de cuanto haya de señalarse respecto de los marcos horarios, lo cierto es que la narración histórica que ofrece la sentencia, internamente considerada, resulta perfectamente entendible. El fallo recaído es asimismo acorde con los hechos que se dejan probados. Cosa diferente es que la parte discrepe de lo declarado probado o de las consecuencias jurídico-penales extraídas por la Sala, principalmente en cuanto a la exculpación de Primitivo Imanol , lo que más acertadamente ha impugnado también a través de otros cauces casacionales.

Por lo tanto, siendo la convicción a la que llega la Audiencia acorde con la calificación jurídica de los hechos y con el subsiguiente pronunciamiento o fallo, tampoco puede estimarse esta queja.

**NOVENO.-** Entre los motivos por infracción de ley ( art. 849.1º LECrim), aparece en primer término la petición de que los hechos declarados probados se estimen subsumibles en los arts. 451 y 28 del Código Penal, lo que únicamente plantea la recurrente respecto de Primitivo Imanol .

Se destacan a tal fin diversos aspectos fácticos, tales como: 1) que entre las 20:40 y las 22:15 del día 24/01/2009 Nazario Javier se deshizo del cuerpo de la víctima "ayudado al menos de otras dos personas", terminando las operaciones encaminadas a hacer desaparecer el cadáver sobre las 02:00 siguientes, momento en el que dejó en el lugar de donde la había cogido la silla de ruedas utilizada para el transporte; 2) que en ese marco temporal y tras haber dado muerte a Luz Marina , recibió en primer lugar ayuda de un menor para hacerlo desaparecer; 3) que, no siendo suficiente dicha ayuda para las operaciones de traslado y desaparición del cuerpo, se hizo necesaria la participación de más personas; 4) que el menor se puso en contacto telefónico con Primitivo Imanol a las 21:24; 5) que Nazario Javier contactó telefónicamente con Primitivo Imanol a las 00:11 del día siguiente; 6) que ni Nazario Javier ni el menor tuvieron contacto con otros individuos en la franja horaria en la que hicieron desaparecer el cuerpo; y 7) que Nazario Javier y Primitivo Imanol mantienen desde hace años una estrecha relación de amistad. Entiende la parte recurrente que, desde estos hechos



declarados probados, Primitivo Imanol hubo de ser condenado por encubrimiento, tal y como solicitaron las acusaciones, al amparo del art. 451.2º CP, puesto que ese tercero que auxilió a Nazario Javier y a « Bola » solamente pudo ser Primitivo Imanol, al ser la única persona que contactó con ambos en aquella franja horaria. Expresamente se remite la recurrente a las consideraciones ofrecidas en el apartado I, inciso Tercero 3.3, de su escrito impugnativo, donde da cuenta del acervo probatorio relacionado con Primitivo Imanol y de la valoración que al efecto ha realizado la Sala de instancia.

1. Como la parte recurrente se encarga de destacar, común a esta queja y a las demás correspondientes a la infracción de ley es la necesidad de partir de la invariabilidad histórica de los hechos para verificar, únicamente, si se ha aplicado el derecho al hecho en forma correcta. Se trata de discernir, en suma, si es adecuada la subsunción del «factum» en el tipo penal aplicado o bien, como en este caso, si los hechos admiten una subsunción inaplicada en la instancia e interesada por las partes. Por ello mismo, es incompatible con el presente motivo la pretensión de modificar los hechos de la sentencia, como también la de introducir cuestiones relativas al análisis de la prueba practicada, ya valorada por el Tribunal de instancia ( SSTS núm. 941/2012, de 29 de noviembre, o núm. 838/2012, de 23 de octubre, entre las más cercanas).

Con las SSTS núm. 598/2011, de 17 de junio, y 1216/2002, de 28 de junio, hemos de afirmar que el encubrimiento exige dos requisitos previos, uno de carácter positivo y otro de índole negativa. Por el primero, es preciso que el encubridor tenga conocimiento de la comisión de un delito; por el segundo, no debe haber participado o intervenido en el mismo como autor o como cómplice, siendo los tres posibles componentes delictivos que sanciona el tipo posteriores a la comisión criminal. El conocimiento por el sujeto activo supone la noticia o percepción que se tiene de una cosa. Es un estado anímico de certeza, por lo que el encubridor debe conocer la trasgresión punible cometida, aunque no es necesario que sea de forma absolutamente precisa en sus circunstancias. No bastan simples sospechas o presunciones, sino que habrá de tener conocimiento de un acto ilícito anterior y, en concreto, de que se trata de un delito. En cuanto al momento del conocimiento, ha de ser previo a la realización de su propia conducta, planteándose algunos problemas cuando al tiempo de realizar su actividad el encubridor desconoce la comisión anterior de un delito que averigua después. Si en el primer momento tal acción sería impune, una vez que, enterado del delito, continúe su actividad desarrollará un encubrimiento. La conducta típica precisa así de una activa colaboración, es decir, de una ayuda o favorecimiento eficaces, consumándose mediante ella dicho ilícito siempre que el agente tenga la finalidad o motivación de poner obstáculos a la investigación y de tratar de auxiliar al autor de la imputación delictiva ( STS núm. 1074/2010, de 21 de diciembre).

El art. 451 CP describe tres posibles modalidades de encubrimiento. En palabras de la STS núm. 67/2006, de 7 de febrero, serán elementos comunes a todas ellas: a) la comisión previa de un delito; b) un segundo elemento de carácter normativo, como es el no haber intervenido en la previa infracción como autor o como cómplice, puesto que tanto el autoencubrimiento como el encubrimiento del copartícipe son conductas postdelictuales impunes; y c) un elemento subjetivo, consistente en el conocimiento de la comisión del delito encubierto, lo que se traduce en la exigencia de un actuar doloso por conocimiento verdadero de la acción delictiva previa, lo que no excluye el dolo eventual, que también satisface tal requisito y cuya concurrencia habrá de determinarse, en general, mediante un juicio de inferencia deducido de la lógica de los acontecimientos. En similares términos se pronuncia la STS núm. 178/2006, de 16 de febrero.

La forma de encubrimiento a la que debe entenderse que la parte recurrente reconduce estos hechos es la prevista en el art. 451.2º CP (conocida doctrinalmente como «favorecimiento real» frente al «favorecimiento personal» del apartado 3º), según la cual será castigado quien, con conocimiento de la comisión de un delito y sin haber intervenido en el mismo como autor o como cómplice, intervenga con posterioridad a su ejecución *"ocultando, alterando o inutilizando el cuerpo, los efectos o los instrumentos de un delito, para impedir su descubrimiento"*. El término «ocultar», que sería el aquí aplicable, es interpretado en su acepción gramatical de esconder o tratar de evitar que sea vista una persona o una cosa. La acción ha de recaer sobre el «cuerpo, efectos o instrumentos» del delito, y lo que se ha de pretender con estas conductas no puede ser otra cosa que impedir el descubrimiento del delito en sus aspectos jurídicamente relevantes, entre ellos, sin duda, las personas que han intervenido en su comisión.

Es oportuno recordar, en cualquier caso, que el art. 454 CP exige de pena a los encubridores que lo sean de determinados parientes y, entre ellos, de sus ascendientes, descendientes y hermanos por naturaleza, adopción o afinidad en los mismos grados, erigiéndose como única «excepción a la excepción» la del encubrimiento comprendido en el art. 451.1º CP. La excusa absolutoria del art. 454, que conlleva la exención de responsabilidad penal para el pariente en estos términos, no es en cambio comunicable al ajeno a la familia, respecto del cual siempre subsistirá el citado delito de encubrimiento ( SSTS núm. 624/2004, de 17 de mayo, y 475/2002, de 15 de marzo).



2. Los puntos fácticos que destaca la acusación no admiten la pretendida subsunción, máxime si tenemos en cuenta que, habiendo centrado la sentencia las labores de ocultación y traslado del cuerpo de Luz Marina en un marco horario que en todo caso finalizaría en torno a las 22:15 - 22:30 del 24/01/2009, el apartado 5º del hecho probado literalmente señala en su inciso segundo que Primitivo Imanol "estuvo en Montequinto, barriada de Dos Hermanas, desde las 12 de la mañana (d)el día 24 de enero a las 02'00 horas del día 25 de enero de 2009". Ciertamente es que el Tribunal considera la participación de al menos tres personas en esas labores de traslado de la fallecida en la silla de ruedas, de las que uno era Nazario Javier y otro « Bola », pero expresamente se encarga de resaltar que ese tercero resulta "desconocido".

Se aparta la recurrente de la preceptiva intangibilidad desde el momento en que pretende que el relato de lo sucedido se integre o complete con sus particulares observaciones a la valoración probatoria atinente a Primitivo Imanol, referidas en apartados previos de su escrito de recurso, a los que expresamente remite. Ello comportaría enfrentarse a la convicción expresada por la Audiencia, que absuelve a Primitivo Imanol de este ilícito al reputar sólida la coartada que le sitúa en diferente lugar durante las horas a las que el Tribunal ciñe los hechos, de modo que implícitamente ha descartado la Sala de origen que esa tercera persona fuera Primitivo Imanol.

Lo que pretende la acusación es sustituir tal inferencia exculpatoria respecto de este procesado, de la que dan cuenta los FF.JJ. 11 a 13 de la sentencia, por su propia convicción para identificar a ese «tercero desconocido» con Primitivo Imanol. Semejante proceder necesariamente requeriría apartarse de la redacción fáctica para añadir aspectos que no constan, mecanismo ajeno a la infracción de ley, que de todos modos se articula con mayor acierto por vía de tutela judicial efectiva.

El motivo debe ser desestimado ( art. 884.3º LECrim).

**DÉCIMO.-** El segundo de los motivos por infracción de ley interesa la aplicación del art. 526 CP, solicitándose tal responsabilidad penal respecto de Nazario Javier y de Primitivo Imanol a través de los hechos que afirman que los afectados "...decidieron hacer desaparecer el cadáver..." y que efectivamente lo lograron "... en lugar que se desconoce...", siguiéndose como consecuencia de lo anterior que los familiares de Luz Marina no hayan podido "dar sepultura a su cuerpo, causando si cabe mayor dolor por la muerte de la menor a sus padres y hermanas". Para la acusación recurrente, el mero hecho de hacer desaparecer un cadáver, con independencia de dónde o cómo se materialice, integra dicho ilícito, pues «se profana» desde el momento en que se atenta contra la dignidad del fallecido y de sus familiares cuando se les impide, como en este caso, darle sepultura.

1. Sanciona el art. 526 CP a quien "faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, violare los sepulcros o sepulturas, profanare un cadáver o sus cenizas o, con ánimo de ultraje, destruyere, alterar o dañare las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos", estableciendo para ello penas de tres a cinco meses de prisión o bien multa de seis a diez meses. El diccionario de la lengua española (DRAE) define el verbo «profanar» bajo dos únicas acepciones: 1) tratar algo sagrado sin el debido respeto o aplicarlo a usos profanos; 2) deslucir, desdorar, deshonorar, prostituir o bien hacer uso indigno de cosas respetables. Por su parte, el verbo «deshonrar» admite entre sus varias acepciones las de quitar la honra, injuriar y escarnecer o despreciar a alguien con ademanes o actos ofensivos e indecentes. Finalmente, por «ultrajar» se entiende tanto el hecho de injuriar como el de despreciar o tratar con desvío a alguien, entre otras opciones semánticas.

Son varias las ocasiones en las que esta Sala ha interpretado este precepto penal. Según constata la STS núm. 279/2010, de 22 de marzo, con las salvedades propias de los ilícitos en caso de conflicto armado, no existe ninguna otra figura típica en la que el cadáver sea el específico objeto de protección penal, lo que no quiere decir que no goce de amparo a través de otros apartados del Código por conexión con la protección de la persona misma. Por su parte, la STS núm. 70/2004, de 20 de enero, citada en el recurso, apunta hacia dos elementos concurrentes en este ilícito: 1) un acto de profanación de un cadáver, como en aquel caso se reputaba al hecho de haber incendiado el vehículo en cuyo interior se encontraba el cuerpo del fallecido, que los autores habían arrastrado hasta allí, quedando de este modo calcinados vehículo y cadáver; y 2) tal acto de profanación ha de hacerse faltando al respeto debido a la memoria de los muertos, no precisándose aquí del ánimo de ultraje que sí se exige, en cambio, a los daños en las urnas funerarias, panteones, lápidas o nichos.

La mayor parte de la doctrina viene entendiendo que el tipo delictivo que examinamos no exige un específico elemento subjetivo del injusto, añadido al dolo concurrente en toda clase de delitos dolosos: tal falta de respeto, simple mención en la definición legal del bien jurídico protegido, debe vincularse al valor que la sociedad confiere a un cadáver en cuanto cuerpo de una persona fallecida. Adquiere así un marcado componente objetivo, independiente de la voluntad última de quien ejecuta el acto de profanación. De este modo, lo relevante es que el acto por el que se profana el cadáver o sus cenizas sea tenido por tal para el común de la sociedad, fuere ésta u otra la «vis» intencional que movió al autor. Ahora bien, para que pueda entenderse afectado el bien jurídico, el acto de profanación ha de revestir cierta entidad, como asimismo se desprende del segundo



requisito, a saber, la mencionada falta de respeto, a la que va irremediabilmente concatenado. Se trata, en cualquier caso, de un concepto de compleja delimitación que, al aparecer formulado en forma abierta, admite ilimitados modos de comisión. En el plano subjetivo, únicamente exige el Legislador que el sujeto activo haya actuado con el doble conocimiento de que con su conducta profana un cadáver o sus cenizas y que con ello falta al respeto debido a la memoria de los muertos. Ninguna otra intencionalidad agrega el Legislador, que no usa en esta ocasión fórmulas que sí son habituales en otros apartados del Código, tales como actuar "con ánimo de", "con intención de", "con propósito de", "a sabiendas de" o "con el conocimiento de".

Volviendo a la perspectiva genérica de la acción típica, aclara la STS núm. 1036/2007, de 12 de diciembre, que, de las diferentes conductas que contempla el precepto, dos de ellas aparecen íntimamente enlazadas, como son la violación de sepulturas y la profanación de cadáveres, para las cuales se precisa faltar al respeto debido a la memoria de los muertos, mientras que la tercera consistirá en la destrucción, alteración o daño de otros objetos funerarios, precisándose sólo en este caso un ánimo de ultraje.

Recordaba esta misma sentencia que las conductas de «violar» y «profanar» tienen en la doctrina un significado jurídico heterogéneo, dada la multiplicidad de usos gramaticales con los que se admiten en el Código Penal. Vulgarmente, por «violar» se entiende «infringir una Ley o precepto», «profanar un lugar sagrado» o «ajar o deslucir una cosa». También la «acción que material y físicamente incide sobre un determinado objeto, a través de formas tales como las de penetrar, hollar o manipular». Sintetizando todas ellas, podemos considerar típicos aquellos actos que impliquen violentar o manipular el interior, descubrir o penetrar un sepulcro o sepulturas. Estas dos últimas se confirman como el objeto de la acción y aunque realmente no sea necesaria su diferenciación, en cuanto ambos se corresponden con el lugar donde se entierra un cadáver, la doctrina los separa, definiendo el «sepulcro» como la «obra por lo común de piedra que se construye levantada del suelo para dar custodia a un cadáver» y la «sepultura» como el «hoyo que se hace en tierra para enterrar un cadáver». En ambos casos se exige que el cadáver se halle dentro, cualquiera que sea el estado en que se encuentre.

Es, no obstante, la segunda acción típica -profanar un cadáver o sus cenizas- la que ha de centrar nuestra atención, concibiéndose como aquel acto de deshonra o menosprecio directamente dirigido sobre el cuerpo sin vida de una persona, según apuntaba la citada STS núm. 1036/2007. Para solventar las dudas que generaba el antiguo art. 340 del CP de 1973, el Texto actual amplía el objeto material, siguiendo el derecho penal alemán, por cuanto las cenizas merecen idéntico respeto y protección. En todo caso se precisa que, como consecuencia de este comportamiento, se falte al respeto debido a la memoria de los muertos.

La naturaleza de este requisito es controvertida. Siguiendo en este punto a las SSTS núm. 70/2004 y 1036/2007, debemos rechazar, tal y como antes adelantábamos, que se trate de un especial elemento subjetivo del injusto, equiparable a un concreto ánimo del sujeto activo dirigido a faltar al mentado respeto. Con esta expresión se objetiva, en cambio, un elemento del tipo, de manera que las actuaciones de violación o profanación concretamente ejecutadas habrán de ostentar la significación objetiva de faltar al respeto, muestra del reflejo psicológico que ha de causar en la conciencia colectiva la acción de violar un enterramiento o de profanar un cadáver. Se trata, en definitiva, de una restricción del tipo objetivo desde el bien jurídico protegido, al que de modo inusual alude explícitamente la norma, concretada en el requisito de que la acción de violación y/o profanación ostenten la significación objetiva de faltar al respeto.

El bien jurídico común a todo el art. 526 CP es la ofensa al sentimiento de respeto que inspira en la comunidad social la memoria de las personas fallecidas, por lo que presenta un marcado carácter sociológico-social. Sujeto pasivo es, bajo este punto de vista, la propia sociedad, en tanto que titular de ese sentimiento colectivo. Consecuentemente, si a pesar de realizar la conducta típica no se produce dicho efecto, el hecho no será punible.

Se ha estimado así que quedan fuera del tipo objetivo conductas como la del depósito colectivo de restos cadavéricos, en fosas comunes, por parte de los servicios públicos encargados de la organización y policía de los cementerios, aun cuando con ello se provocara su mezcla. Sí se han estimado, en cambio, concurrentes los dos elementos objetivos del tipo (profanación y ofensa al sentimiento de respeto que merecen en la comunidad social los seres humanos fallecidos y sus cadáveres, compatible esto último con otros ánimos específicos como el sexual, de venganza o de lucro), en la conservación en los bajos de una funeraria y en el propio domicilio de cajas con restos cadavéricos etiquetados bajo identidades correspondientes a personas cuyas cenizas figuraban como entregadas previamente a sus familiares, así como de cajas con restos de cuerpos esqueletizados etiquetadas con una identidad diferente de la de los restos descubiertos, acreditándose que correspondían a familias distintas, la correspondiente a la del nombre de la caja y las de los restos, y a los que en su día se les entregaron también las cenizas ( STS núm. 1036/2007, de 12 de diciembre).

La STS núm. 1068/2010, de 2 de diciembre, descartaba por el contrario el delito de profanación de cadáveres ante un intento de descuartizar el cuerpo de la víctima, sin perjuicio de valorar tal circunstancia bajo un mayor





reproche penal a la hora de individualizar la pena correspondiente al hecho previo de haberle dado muerte. Rechazaba asimismo este ilícito, en su formulación anterior del art. 340 del CP de 1973, la STS de 19/11/1991 (rec. núm. 699/1990), al faltar la específica voluntad de menospreciar u ofender el cadáver de su víctima y de violentar así el respeto debido a la memoria de los muertos, pues la conducta allí ejecutada consistió en desvestir el cuerpo y, tras hacer el autor lo propio consigo mismo, colocarse sobre aquél con otros fines, lúbricos y auto-lesivos, no consiguiendo este último propósito el autor a pesar de intentarlo varias veces.

El propio Código Penal sanciona también entre los delitos contra las personas y bienes en caso de conflicto armado, como antes apuntábamos, el despojo de sus efectos "*a un cadáver, herido, enfermo, naufrago, prisionero de guerra o persona civil internada*" ( art. 612.7 CP). En similar forma proscribe el Código Penal Militar, como contrarios al decoro militar, no sólo los actos de expolio y pillaje ejecutados sobre los fallecidos, sino igualmente la «mutilación» o «ultraje» de un cadáver caído en acción militar o de guerra ( art. 163 CPM), sin definir no obstante estos conceptos. También los cuatro Convenios de Ginebra y sus correspondientes Protocolos adicionales prevén, entre sus reglas éticas para el caso de guerra o conflicto armado, la prohibición de todo acto de profanación de los caídos con ocasión de tales acciones, sean civiles o militares.

Nuestro Legislador, lejos de acoger un criterio cerrado que delimite «a priori» lo que debemos entender por profanación penalmente punible, opta en todos estos casos -también en el del art. 526 CP- por ofrecer un concepto más amplio o difuso, cuya concreción deja en manos del juzgador, que será quien a través de los perfiles que presente el supuesto enjuiciado, es decir, atendidas las circunstancias concurrentes, determine si ha existido un acto de profanación que lesiona el respeto debido a la memoria de los muertos. En todo caso, deberán describirse en el hecho histórico aquellas acciones determinantes del acto de profanación. El estudio de la cuestión requiere, pues, del análisis caso a caso. Sólo en función de sus concretas características podrá determinarse si existió un acto de profanación que, por su entidad, vulnera el respeto requerido por los ciudadanos sobre sus congéneres fallecidos.

2. Necesario es confrontar también este tipo penal con la figura del autoencubrimiento, es decir, con la conducta por la que el partícipe en un delito o falta trata de ocultar o eliminar los vestigios de la infracción cometida, bien porque pudieren sacar a la luz su comisión, bien porque habrían de mostrar su participación en la misma. Al efecto, decíamos en la STS núm. 497/2012, de 4 de junio, siguiendo a las SSTS núm. 600/2007, de 11 de septiembre, y 671/2006, de 21 de junio, y por referencia a otras anteriores como la STS de 05/02/1990, que el autoencubrimiento es, en términos generales, impune, salvo en el caso de que los actos practicados por el autoencubridor constituyan por sí mismos un nuevo delito, por lo que para decidir la absorción por el primer delito de la acción que pretende encubrirlo habrá de estarse de nuevo a los matices del caso. También se refería la STS núm. 671/2006 a los llamados «actos copenados», es decir, actos cuya sanción penal ya está comprendida en la pena principal, de forma que lo menos queda absorbido en lo más por progresión delictiva. Ahora bien, añadía que «la consunción de una norma sólo puede admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho queda sin respuesta penal, debiendo acudir en otro caso al concurso de delitos». Así, el principio de absorción delictiva ( art. 8.3<sup>a</sup> CP) únicamente podrá aplicarse cuando el precepto penal más complejo consuma al otro más simple, lo cual solamente podrá admitirse cuando ninguna parte injusta del hecho quede sin respuesta penal, pues en otro caso deberá acudir al concurso de delitos. En efecto, el art. 8.3 CP recoge la fórmula «*lex consumens derogat legi comsumptae*», lo que significa que el injusto material de una infracción acoge en sí cuantos injustos menores se sitúen respecto de ella en una relación cuantitativa de inferioridad, como el homicidio que absorbe las lesiones producidas para causarlo. Y lo mismo con respecto a los actos preparatorios y ejecutivos previos a la consumación. También se admite la consunción respecto de la ocultación de pruebas del delito efectuada por sus propios autores, que la STS núm. 671/2006 expresamente relacionaba con la inhumación ilegal del cadáver en supuestos de homicidio y asesinato. Se acoge así la teoría del autoencubrimiento impune ( STS núm. 181/2007, de 7 de marzo).

El estudio de esta materia en nuestra jurisprudencia viene de antiguo, mostrándose ya favorable a la impunidad del autoencubrimiento, en virtud del principio de no exigibilidad. La STS de 18/09/1992 (rec. 273/1991), recogiendo otros precedentes remotos, tales como las SSTS de 5 de diciembre de 1956, 14 de mayo de 1960, ó 19 y 21 de diciembre de 1977, entre otras, reconocía ya entonces que se encontraba en franco retroceso la orientación favorable al concurso de delitos, por la que ninguna infracción absorbe a la otra al ser dos los bienes jurídicos atacados ( SSTS de 8 de octubre y 22 de noviembre de 1947, 27 de enero de 1951, 14 de febrero de 1964, 4 de marzo de 1965, 15 de noviembre de 1977 y 4 de junio de 1983). Los fundamentos de la teoría del autoencubrimiento impune acabaron por imponerse en esta Sala, señalándose que no puede ser apreciado el delito de encubrimiento en aquellos supuestos en los que con el traslado del cadáver, e incluso con su descuartizamiento ( STS núm. 398/2012, de 4 de abril) o con su posterior destrucción en una incineradora, exclusivamente se pretende esconder y disimular la acción homicida, y no atentar contra otras normas, incluidas las de salud pública ( STS de 16/03/1993, rec. 256/1992). Cuestión distinta será, evidentemente, que con las actuaciones realizadas para semejante autoencubrimiento se rebase dicha finalidad, supuesto en el



que podrá seguir valorándose un posible concurso de delitos, como examinaremos más abajo en relación con el delito contra la integridad moral.

3. La cuestión que se somete a nuestra consideración debe partir, en cualquier caso, de un punto previo a la tipicidad, en la medida en que ni de los apartados fácticos destacados por la acusación recurrente, ni del restante contenido de los hechos probados es posible extraer en este caso los elementos que han de sustentar el ilícito en cuestión. Ciertamente es que el hecho 2º afirma en sus incisos 5º y 6º que, tras hablar y discutir durante un rato qué hacer ante la situación, Nazario Javier y « Bola » *"decidieron hacer desaparecer el cadáver"* de Luz Marina junto con todos sus efectos personales, y que entre los dos, contando con ayuda de al menos *"un tercero desconocido"*, sacaron el cuerpo de la menor de la vivienda en la que había fallecido, valiéndose para ello de la silla de ruedas que había pertenecido a la madre de Nazario Javier. Lograron efectivamente su propósito, *"haciendo desaparecer el cadáver en lugar que se desconoce"*. El hecho 6º da también cuenta de cómo a lo largo del proceso Nazario Javier *"de forma reiterada se ha negado a decir qué destino ha dado al cuerpo"* de la víctima, llegando a ofrecer varias versiones, todo lo cual ha impedido a los familiares de Luz Marina *"dar sepultura a su cuerpo causando si cabe mayor dolor por la muerte de la menor a sus padres y hermanas"*.

Aplicando la doctrina que nos ocupa a estos hechos, únicos de los que podría derivarse la consecuencia penal que interesa la recurrente, no es posible entender concurrentes los elementos objetivos antes citados, es decir, la efectiva profanación unida a la falta del respeto debido a la fallecida Luz Marina y su memoria. Sin perjuicio de que, como señalamos en la STS núm. 1036/2007, de 12 de diciembre, el tipo penal no exige un dolo específico de ultrajar, siendo suficiente con atentar contra el respeto debido a la memoria de los muertos, lo escueto del pronunciamiento de instancia sobre las acciones efectivamente ejecutadas sobre el cuerpo de la joven y la situación en la que haya podido quedar su cadáver dificultan una aproximación a la figura delictiva del art. 526 CP por vía de infracción de ley. A tenor del relato fáctico en su conjunto, sólo llegamos a conocer que se le dio muerte bruscamente, empleando para ello un cenicero con el que se le propinó un contundente golpe seco en la sien, así como que poco después su cuerpo inerte fue colocado en la silla de ruedas, haciéndolo desaparecer de forma desconocida. De esas solas circunstancias no es viable entender profanado el cuerpo de Luz Marina.

Su sola desaparición no puede integrar el delito interesado, pues el tipo penal del art. 526 CP precisa la constatación de un acto de profanación sobre el cadáver, debiendo ser dicho acto, por sí mismo deshonesto, indigno o indecoroso, el que conmueve a la sociedad y, por ende, lesiona el respeto exigible.

Tal desaparición, por otro lado, se muestra directamente relacionada en la sentencia con el ejercicio del derecho de defensa por parte de Nazario Javier (art. 24.2 CE), argumento que maneja la Audiencia para excluir cualquier condena de esta naturaleza. En los hechos probados tampoco se recoge mención alguna de la que extraer respecto de este procesado un dolo, siquiera genérico, de faltar al respeto debido al cuerpo de Luz Marina. Nada se describe que, sobrepasando la mera intencionalidad de ocultarlo con fines de autoencubrimiento, pueda constituir un acto de profanación. A mayor abundamiento, y al hilo de la más reciente doctrina del TEDH sobre revisión en vía de recurso de elementos subjetivos frente a previos pronunciamientos absolutorios, de la que daba cuenta por primera vez nuestra STS núm. 670/2012, no es posible en sede casacional emitir el interesado pronunciamiento de tipicidad, en la medida en que comportaría modificar la valoración de instancia sobre los fines que presidieron la conducta de Nazario Javier, único procesado al que la sentencia combatida hace partícipe de las tareas de ocultación del cadáver de Luz Marina (recordemos que ninguna participación se atribuye a Primitivo Imanol, por lo que la petición típica que asimismo formula la acusación para este acusado excede nuevamente los límites de la infracción de ley). Siendo aquél el reconocido ejecutor de la muerte de la joven, su conducta personal dirigida al posterior ocultamiento del cuerpo y demás elementos de prueba resulta impune a la vista de los hechos declarados probados, al no rebasarse el autoencubrimiento en este caso.

Ahora bien, tal conclusión no impide que otros aspectos fácticos vinculados a la conducta mantenida por este procesado puedan ser tratados desde una diferente perspectiva penal, cual es la integridad moral, que plantea el Ministerio Fiscal como delito autónomo en el cuarto motivo de su recurso, asociando este ilícito a los efectos psicológicos causados por Nazario Javier en los familiares de la fallecida Luz Marina, principalmente en sus padres.

Por lo tanto, y sin perjuicio de lo que luego se dirá, el presente motivo debe ser desestimado.

#### **RECURSO DEL MINISTERIO FISCAL.**

**UNDÉCIMO.**- Ya hemos introducido más arriba (fundamento 5º) la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva esgrimida por ambas acusaciones, que analizaremos conjuntamente.



1. Para centrar la cuestión conviene hacer unas precisiones previas. Subrayaban las SSTS núm. 906/2012, de 2 de noviembre, y 841/2012, de 8 de noviembre (algo que antes habían hecho otras muchas, como la ya citada STS núm. 670/2012, de 19 de julio) que, desde la sentencia del caso Ekbatani c. Suecia, el TEDH viene argumentando que, en aquellos casos en los que el tribunal que conoce del recurso haya de resolver sobre cuestiones de hecho y de derecho, planteándose en general la cuestión de la culpabilidad o inocencia, no puede, por motivos de equidad del proceso, adoptar una decisión sin la apreciación directa del testimonio del acusado que ha negado la comisión del hecho delictivo que se le imputa (en similar sentido, SSTEDH de 27 de junio de 2000, caso Constantinescu c. Rumanía, ap. 55; 1 de diciembre de 2005, caso Iliescu y Chiforec c. Rumanía, ap. 39; 18 de octubre de 2006, caso Hermi c. Italia, ap. 64; 10 de marzo de 2009, caso Coll c. España, ap. 27; 13 diciembre 2011, caso Valbuena Redondo c. España, ap. 29; 6 julio 2004, caso Dondarini c. San Marino, ap. 27; y 26 mayo 1988, caso Ekbatani c. Suecia, ap. 32), lo que en alguna ocasión ha extendido al examen de los testigos cuando sus testimonios deban ser valorados para resolver sobre los hechos cuestionados ( STEDH de 22 noviembre 2011, caso Lacadena Calero c. España, con cita de las sentencias Botten c. Noruega, de 19 de febrero de 1996; Ekbatani c. Suecia, de 26 de mayo de 1988; Igual Coll, de 10 de marzo de 2009; Marcos Barrios, de 21 de septiembre de 2010, y García Hernández, de 16 de noviembre de 2010).

En estas resoluciones, el TEDH ha declarado que cuando el tribunal que conoce del recurso ha ido más allá de consideraciones jurídicas y ha efectuado una nueva apreciación de los hechos que declaró probados el tribunal de la instancia, reconsiderándolos para establecer otros distintos, es indispensable contar con una audiencia pública en la que se dé al acusado la posibilidad de ser oído directamente por aquel tribunal que conoce del recurso, resultando vulnerado el derecho a un proceso equitativo del art. 6.1 CEDH en caso de revocar el segundo tribunal la previa absolución de instancia sin haber podido valorar directamente su testimonio y el de los testigos, oportunidad de la que sí dispuso el tribunal de instancia.

En esta misma línea de exigir la celebración de vista con presencia del acusado se mueve nuestro Tribunal Constitucional desde hace años (en concreto, desde la STC núm. 167/2002, de 18 de septiembre, seguida por muchas otras). En la más cercana STC núm. 126/2012, de 18 de julio, con cita de las SSTC núm. 184/2009, 153/2011 ó 45/2011, apunta la necesidad de dar audiencia al acusado antes de condenarlo por primera vez en grado de recurso o, también, antes agravar la condena de instancia, siempre que para ello sea necesario reconsiderar los hechos probados e ir más allá de consideraciones de tipo jurídico, aunque la necesidad de tal audiencia dependerá de las características del proceso en su conjunto.

La jurisprudencia de esta Sala del Tribunal Supremo ha acogido estos últimos criterios interpretativos del TEDH y del Tribunal Constitucional y los ha trasladado al recurso de casación. Así se constata en las SSTS núm. 998/2011, de 29 de septiembre, 1052/2011, de 5 de octubre, 1106/2011, de 20 de octubre, 1215/2011, de 15 de noviembre, 1223/2011, de 18 de noviembre, 698/2011, de 22 de junio, 1423/2011, de 29 de diciembre, 164/2012, de 3 de marzo, 325/2012, de 3 de mayo, y 757/2012, de 11 de octubre, que descartan la condena «ex novo» en casación de un acusado que haya resultado absuelto en el juicio de instancia cuando la condena requiera entrar a examinar y modificar la convicción sobre los hechos, dado que ello exigiría la celebración previa de una comparecencia del acusado para ser oído, eventualidad que no está prevista actualmente en la sustanciación procesal del recurso de casación, por lo que habría que establecer un trámite específico para ello, alterándose en cualquier caso la naturaleza y el alcance del recurso.

No es, por tanto, factible que en sede casacional se proceda a alterar parcialmente los hechos declarados probados en la instancia, pues para ello sería necesaria una audiencia pública con presencia de los procesados, lo que no ha previsto el Legislador para el recurso de casación, en coherencia con las finalidades propias de éste y con las funciones que corresponden al Tribunal Supremo ( STS núm. 830/2012, de 30 de octubre). Responde a ello el Acuerdo de Sala General del pasado 19/12/2012: "*la citación del acusado recurrido a una vista para ser oído personalmente antes de la decisión del recurso ni es compatible con la naturaleza de la casación, ni está prevista en la ley*".

2. Sin embargo, no es esto lo que piden las acusaciones, que no interesan de esta Sala de Casación una alteración parcial de los hechos declarados probados. Lo que se refiere es que el razonamiento probatorio del que da cuenta la sentencia de instancia y a través del cual se viene a reflejar, en definitiva, la convicción de la Audiencia, carece de mínima lógica en muchos puntos, que son minuciosamente desgranados. Llega de esta forma el Tribunal de procedencia a conclusiones «absurdas y contrarias a la razón» (sic) que lesionan el derecho de la parte recurrente a la tutela judicial efectiva, al dejar sin valorar un considerable conjunto de pruebas sobre las que las acusaciones sustentan su tesis acusatoria y cuyo análisis conduciría a conclusiones no sólo distintas, sino abiertamente contrarias a las obtenidas por el Tribunal. La acusación particular cita, entre esos puntos errónea e insuficientemente valorados: 1) las versiones ofrecidas por Nazario Javier en sus distintas declaraciones; 2) los restos de ADN hallados en la cazadora de este acusado y en la colcha de la cama del dormitorio de Nazario Javier, así como la mezcla localizada bajo la silla situada junto a la mesa del



ordenador, que mostraron la presencia de restos biológicos de la víctima y del menor; y 3) la delimitación de los marcos horarios, que tilda de «inverosímiles» en dos secuencias: la primera, al establecer las 22:15 como la hora hasta la que pudo extenderse la data de la muerte y, a un tiempo, aquélla a la que Nazario Javier y el menor habrían sacado del domicilio el cuerpo de la víctima, siendo a su vez la misma en que se afirma que se deshicieron del mismo y se separaron; la segunda, al referir que Nazario Javier llegó a Camas en su ciclomotor a las 22:50, si bien regresó a la vivienda de la CALLE001 en Sevilla a las 02:00 de esa madrugada con el fin de devolver la silla de ruedas utilizada para transportar el cuerpo de Luz Marina .

Estas quejas coinciden sustancialmente con lo alegado por el Ministerio Fiscal en el primer motivo de su recurso, en el que, a través de los arts. 852 LECrim y 5.4 LOPJ, considera igualmente vulnerado su derecho a la tutela judicial efectiva e interesa la anulación de la sentencia de instancia, al establecerse en ella unas conclusiones que se estiman fruto de una valoración arbitraria y gravemente errónea de las pruebas, y que principalmente afectan a la hora de salida del cuerpo de la víctima del domicilio en el que se produjo su muerte. La sentencia sitúa este hecho hacia las 22:15 horas de aquella noche del 24/01/2009, lo que atrae como consecuencia necesaria la absolución de aquellos acusados que a esa hora pudieron acreditar que se encontraban en diferente lugar.

El Ministerio Fiscal, tras lamentar la deficiente regulación en nuestro sistema procesal penal de los derechos, medidas de apoyo, protección y asesoramiento de las víctimas, al no haberse incorporado aún el elenco de garantías que incluye la normativa internacional (v.gr. Decisión Marco de 15/03/2001, del Consejo de la UE), incide en su escrito en el daño a la tutela judicial efectiva que propicia un pronunciamiento absolutorio frente al cual se arbitran mecanismos que cada vez generan un mayor desequilibrio entre las partes del proceso, quebrando el principio de igualdad de armas en lo que afecta a quienes ejercen la acusación. No obstante reconocer que no existe prejudicialidad penal, no estando por ello vinculada la Audiencia de Sevilla a las conclusiones previamente obtenidas por diferente juzgador en la jurisdicción de menores, destaca el Fiscal las divergentes conclusiones, probatorias y fácticas, obtenidas por la Audiencia respecto de las esbozadas en las dos sentencias recaídas en la jurisdicción de menores, hasta el punto de resultar contradictorias entre sí. Cuestiona, en particular, la ausencia en la sentencia combatida de referencias fundadas a las razones que justifican tan notables divergencias.

Al hilo de la redacción contenida en la sentencia que se rebate, expone acto seguido el carácter gravemente ilógico e irracional que, a su entender, presenta la inferencia obtenida por la Sala de instancia. Estima que la valoración errónea e insuficiente de gran parte del material probatorio ha lesionado el derecho a la tutela judicial efectiva que asiste a las acusaciones, resultándoles de este modo inaccesible en la práctica tal derecho fundamental. Ahonda a continuación en las principales incongruencias que, a su entender, se observan en la sentencia de instancia, y que divide en una serie de apartados, como son: A) *Secuencia espacio-temporal*. Para el Fiscal, la relevancia de las incongruencias concurrentes en este plano es crucial, en la medida en que la fijación de la hora ha determinado que la Audiencia absolviera a tres de los procesados, por considerar verosímiles sus manifestaciones, que les situaban hasta esa hora en lugares diferentes de la CALLE001 de Sevilla. Se queja de que, pese a la aparente minuciosidad del estudio de las declaraciones de los procesados y del menor que declaró aquí como testigo, así como de las contradicciones apreciadas en cada uno de ellos, especialmente en cuanto a su localización espacial en cada instante de la noche de autos, la sentencia emite valoraciones arbitrarias, que suponen una pérdida de perspectiva y que, a su vez, evitan toda reflexión sobre otras alternativas horarias, planteadas por las acusaciones. Cita, como ejemplo de contradicción, el intervalo de tiempo en el que hubo de producirse el fallecimiento de Luz Marina , que según los hechos probados acaeció en torno a las 20:40 del 24/01/2009, mientras que en el FJ. 27 de la sentencia se prolonga hasta las 21:00 e, incluso, hasta las 22:15 de aquel mismo día. También la hora a la que los partícipes sacaron de la vivienda el cuerpo de la menor para deshacerse de él, que en un momento de la sentencia se dice que tuvo lugar a las 22:15 cuando posteriormente se relata que a esa hora los implicados ya se habían separado. Siguiendo con su posición de instancia, la Fiscalía incide en que la operación dirigida a ocultar el cuerpo de Luz Marina comenzó a las 02:00 del 25/01/2010, a partir de la cual las versiones de los procesados que resultaron absueltos se vuelven inconsistentes. Tal posición horaria se considera además avalada por las manifestaciones de diversos testigos a los que la Audiencia otorga expresa credibilidad y que, sin embargo, no valora después en forma alguna. Se destaca que si « Bola » insistió en que a las 22:15 llegó a la Avda. de Andalucía -que dista unos 4 kms. del lugar de los hechos- es materialmente imposible que a esa misma hora estuviera con Nazario Javier sacando del domicilio el cuerpo de la ya fallecida Luz Marina , como en algunos pasajes determina la sentencia. De igual modo, se estima materialmente imposible que entre las 22:15 y las 22:50, es decir, en tan sólo treinta y cinco minutos, Nazario Javier pudiera sacar el cuerpo de la vivienda, deshacerse de él tirándolo al río, separarse de Bola y llegar a casa de su novia, sita en Camas, a las 22:50, dado que tal recorrido suma unos 8 kms., que habría realizado conduciendo un ciclomotor; y B) *Confrontación horaria entre las manifestaciones de Nazario Javier y las testimoniales de diversos vecinos de la zona* . El Fiscal parte aquí de los testimonios de



Hernan Torcuato y de su novia (FF.JJ. 21 y 25), con quienes Nazario Javier admitió haberse cruzado cuando portaba la silla de ruedas, siendo entonces -según el procesado- las 22:30. En cambio, ambos testigos situaron dicho encuentro en todo caso con posterioridad a la 01:15, arrojando certeza externa sobre sus declaraciones, en este aspecto, el envío desde el móvil del primero de un «sms» que le permitió recordar la hora, pues afirmó que el encuentro se produjo después, muy probablemente en torno a las 02:00. El Fiscal recalca que, pese a que la Sala de instancia concede credibilidad al testigo, quien además ha identificado sin dificultad a su vecino Nazario Javier, sin embargo se remite a la hora señalada por Nazario Javier, sin mayor valoración, a pesar de la relevante contradicción horaria entre ambos y de las diferentes exigencias de decir verdad que, por sus respectivas posiciones procesales, pueden merecer en términos de fiabilidad.

3. Con carácter general debemos señalar, como expresaba la STS núm. 545/2010, de 15 de junio, citada por la acusación particular, y mantienen más recientemente las SSTs núm. 561/2012, de 3 de julio, y 480/2012, de 29 de mayo, que toda sentencia debe expresar un estudio lo suficientemente preciso del catálogo probatorio, de su valoración respectiva y de su decisión, de suerte que una sentencia cuya decisión esté fundada en un análisis parcial de la prueba, valorando únicamente la de cargo o la de descargo, no daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE. La parte interesada que viese silenciado y, por tanto, no valorado el cuadro probatorio por ella propuesto no habría obtenido una respuesta desde las exigencias del derecho a la tutela judicial efectiva, la resolución judicial no respondería al estándar exigible de motivación y, en definitiva, un tipo de motivación como el que se comenta no sería el precipitado de la previa valoración y ponderación crítica de toda la actividad probatoria, sino que, por el contrario, estaría más próximo a esa inversión argumentativa que, convirtiendo en presupuesto lo que sólo debería ser el resultado del proceso crítico valorativo, partiría de la voluntad del órgano judicial de resolver el caso de una determinada manera para luego «fundamentarlo» con un aporte probatorio sesgado, en cuanto que sólo utilizaría aquellos elementos favorables a la decisión previamente escogida, silenciando los adversos. Tal planteamiento no podría ocultar la naturaleza claramente decisionista/voluntarista del fallo, extramuros de la labor de valoración crítica de toda la prueba de acuerdo con la dialéctica del proceso, definido por la contradicción entre las partes, con posible tacha de incurrir en arbitrariedad y, por tanto, con vulneración del art. 9.3 CE.

Ciertamente esta exigencia de vocación valorativa de toda la prueba es predicable de todo enjuiciamiento, sea cual sea la decisión del tribunal, absolutoria o condenatoria, ya que el principio de unidad del ordenamiento jurídico y de igualdad de partes no consentiría un tratamiento diferenciado, aunque así como para condenar es preciso alcanzar un juicio de certeza más allá de toda duda razonable, según reiterada doctrina del TEDH y de nuestro Tribunal Constitucional, para una decisión absolutoria basta la duda seria en el tribunal que debe decidir, en virtud del principio «in dubio pro reo». A modo de ejemplo, podemos citar la STS núm. 2027/2001, de 19 de noviembre, en la que se apreció que la condena dictada en instancia había sido sobre la base exclusiva de la prueba de cargo, sin cita ni valoración de la de descargo ofrecida por la defensa. En dicha sentencia esta Sala estimó que *"... tal prueba (de descargo) ha quedado extramuros del acervo probatorio valorado por el Tribunal, y ello supone un claro quebranto del principio de tutela judicial causante de indefensión, porque se ha discriminado indebida y de forma irrazonable toda la prueba de descargo, que en cualquier caso debe ser objeto de valoración junto con la de cargo, bien para desestimarla de forma fundada, o para aceptarla haciéndola prevalecer sobre la de cargo ... lo que en modo alguno resulta inadmisibles es ignorarla, porque ello puede ser exponente de un pre-judicio del Tribunal que puede convertir la decisión en un a priori o presupuesto, en función del cual se escogen las probanzas en sintonía con la decisión ya adoptada ...."*

Ahora bien, tal exigencia no implica que el tribunal sentenciador tenga que realizar un análisis detallado y exhaustivo de cada una de las pruebas practicadas, pues cuando se trata de la motivación fáctica -recuerda la STS núm. 32/2000, de 19 de enero- la sentencia debe exponer cuál o cuáles son las pruebas que sustentan la declaración de hechos probados, al objeto de que, conocidas éstas, la parte tenga posibilidad real de impugnar la razonabilidad del criterio valorativo del juzgador y que el Tribunal de Casación, pueda, asimismo, efectuar la función revisora sobre si el razonamiento de la resolución judicial impugnada es suficiente para cimentar el relato histórico. En materia de amparo constitucional frente a sentencias penales absolutorias, ha negado la STC núm. 201/2012, de 12 de noviembre, que la víctima de un delito tenga un derecho fundamental constitucionalmente protegido a la condena penal de otra persona, siendo meramente titular del «ius ut procedatur», es decir, del derecho a poner en marcha un proceso, sustanciado de conformidad con las reglas del proceso justo, en el que pueda obtener una respuesta razonable y fundada en Derecho ( STC núm. 120/2000, de 10 de mayo, FJ. 4), limitándose el alcance constitucional del amparo a determinar si las resoluciones judiciales impugnadas han respetado el «ius ut procedatur» del justiciable que ha solicitado protección penal de los derechos que las leyes en vigor le reconocen ( SSTS núm. 45/2005, de 28 de febrero, FJ. 2; 45/2009, de 15 de junio, FJ. 4, y 94/2010, de 15 de noviembre, FJ. 3).



Debe, no obstante, advertirse que la motivación fáctica adquiere especial importancia cuando el hecho probado se apoya en prueba indirecta o indiciaria, porque entonces es de todo punto necesaria la expresión de los razonamientos que han permitido al tribunal llegar a las conclusiones adoptadas a través de un proceso deductivo derivado de unos hechos indiciarios indirectos. No se precisa tan detallada argumentación cuando la prueba es directa, en cuyo caso la exigencia de motivación queda cumplimentada con la indicación de las pruebas directas de que se trate y su aptitud incriminatoria, ya que en tal caso el razonamiento va implícito en la descripción de aquéllas.

En lo que respecta a la valoración de las pruebas personales, también ha destacado la STS núm. 813/2012, de 17 de octubre, cómo esta Sala tiene establecido de forma reiterada que *"en la ponderación de las declaraciones personales (acusado, víctima, testigos) se debe distinguir un primer nivel dependiente de forma inmediata de la percepción sensorial, condicionado a la intermediación y por tanto ajeno, en principio, al control en vía de recurso por un Tribunal superior que no ha contemplado la práctica de la prueba; y un segundo nivel, en el que la opción por una u otra versión de los hechos no se fundamenta directamente en la percepción sensorial derivada de la intermediación, sino en una elaboración racional o argumentativa posterior, que descarta o prima determinadas pruebas aplicando las reglas de la lógica, los principios de la experiencia o los conocimientos científicos. Esta estructura racional del discurso valorativo puede ser revisada en casación, censurando aquellas argumentaciones que resulten ilógicas, irracionales, absurdas o, en definitiva, arbitrarias ( SSTS 227/2007, de 15-3 ; 893/2007 de 3-10 ; 778/2007, de 9-10 ; 56/2009, de 3-2 ; 264/2009, de 12-3 ; 901/2009, de 24-9 ; 960/2009, de 16-10 ; y 398/2010, de 19 de abril , entre otras).*

*Estas observaciones, ciertamente, deben ser matizadas, pues esta misma Sala también ha precisado que no cabe interpretarlas en el sentido de que el órgano de casación, operando con criterios objetivos, no pueda revisar la racionalidad con la que el Tribunal de instancia ha reconocido credibilidad a quien ha prestado declaración a su presencia. Ni que, por lo tanto, el Tribunal que efectúa la revisión no pueda excluir de lo probado aquellos hechos respecto de los que considere que la prueba personal, tal como ha sido valorado su resultado, se muestra inconsistente. Pues "el Tribunal sentenciador debe dar cuenta de la clase de uso que ha hecho de la intermediación y no ampararse en su mera concurrencia para privar a las partes y, eventualmente, a otra instancia en vía de recurso, de la posibilidad de saber qué fue lo ocurrido en el juicio y por qué se ha decidido de la manera que consta" ( SSTS 1579/2003, de 21-11 ; y 677/2009, de 16-6 ). Y en la misma dirección, también se ha advertido que la intermediación no puede confundirse con la valoración de la prueba ni menos aún con la justificación de la misma, ya que la intermediación no blindará a la resolución judicial contra el control cognitivo por parte del Tribunal superior (STS 716/2009, de 2-7 ; 398/2010, de 19 de abril ; y 411/2011, de 10-5)".*

Ya con anterioridad había subrayado la STS núm. 1193/2010, de 24 de febrero, que el respeto de la valoración probatoria sometida a la intermediación del tribunal que la percibe no lleva a descartar un análisis de tal valoración desde la perspectiva de su adecuación -o falta de ella- a las reglas de la lógica, a las máximas de experiencia o a los conocimientos científicos cuando se haya acudido a ellos. Pero para llegar a esa conclusión es preciso acreditar tal falta de adecuación a través de una apreciación carente de bases objetivas.

En la misma línea que la anterior se pronunciaba recientemente la STS núm. 1043/2012, de 21 de noviembre, recaída -al igual que en nuestro caso- ante la desaparición de una persona y la hipótesis más que probable de su fallecimiento. Insistíamos en esta última resolución en que la revisión casacional del juicio de inferencia no puede expansionarse hasta abarcar todas las discrepancias sobre valoración de la prueba o aplicación del derecho, sino limitarse a corregir aquellas decisiones que, por su irrazonabilidad, supongan un quebranto de la legalidad o de máximas de experiencia, o bien la aplicación de discutibles criterios de valoración, siempre con efectiva erosión del derecho a la tutela judicial efectiva. Así pues, solamente cuando una sentencia absolutoria sea arbitraria, incurra en un error patente, carezca de motivación bastante, introduzca una motivación extravagante o irracional, o realice una aplicación de la presunción de inocencia absolutamente al margen de sus contornos racionales, podrá anularse -en todo o en parte- por la fuerza del derecho a la tutela judicial efectiva. Como se ha sugerido antes, y conviene insistir en ello, la invocación de la presunción de inocencia no blindará frente a cualquier impugnación acusatoria en estos términos. Siempre a través del derecho a la tutela judicial efectiva, y aunque con las limitaciones anteriormente destacadas, deberá capitular una arbitraria aplicación de la presunción de inocencia. Y no son insólitos fundados y razonados pronunciamientos por esa vía (vid. STS núm. 548/2009, de 1 de junio, o STC núm. 69/2004, de 6 de octubre).

Aun encontrándonos ante la misma situación de fondo que examinaba la citada STS núm. 1043/2012, cual es la desaparición repentina de una persona sin saberse desde entonces su paradero, no coinciden ambos procedimientos en su situación probatoria. Nos referimos a la acreditación bastante de la intervención de terceros en aquella desaparición que permita estimarla forzada, resultando de ello la eventual comisión de uno o varios delitos. En el supuesto analizado por esta sentencia, el pronunciamiento absolutorio recaído en apelación, revocando la inicial condena en primera instancia, pivotó sobre la ausencia de vestigios



sólidos y bastantes para estimar debidamente probada la intervención del allí acusado en la desaparición de la mujer seguida del hecho de haberle dado muerte (criterio que había mantenido el jurado popular). Se tildó, no obstante, de excesivo pensar que, ante el reconocido carácter involuntario de la desaparición de la supuesta víctima, existieran otras hipótesis alternativas a su fallecimiento que pudieran gozar del mínimo grado de probabilidad exigible para considerar excesivamente abierta a estos efectos la inferencia condenatoria dictada por el jurado popular en primera instancia, destacándose que *"...cualquiera que se aproxime a ese cuadro probatorio difícilmente no alcanzará la conclusión de que X ha fallecido y que la hipótesis de que haya iniciado otra vida, sin previo aviso, sin intento de contactar con sus personas más queridas, puede racionalmente descartarse, no siendo lógica otra alternativa. En ese extremo quizás cabría pensar en potencialidad suficiente del derecho a la tutela judicial efectiva como para torcer esa conclusión de la Sala de apelación..."*. Recordábamos, al efecto, cómo la Ley de Enjuiciamiento Criminal consiente una condena por homicidio aunque no aparezca el cadáver ( arts. 954.2º y 699 LECrim), incluso no mediando confesión, sin perjuicio de que en tales situaciones se establezcan más cautelas. Debemos rechazar ahora, como hacíamos entonces, toda proyección al ámbito penal de la regulación civil en materia de ausencia y declaración de fallecimiento ( arts. 181 y ss. Código Civil), pues no permite extraer conclusiones en absoluto seguras desde una perspectiva penal. Son además muy distintas las finalidades a las que responde la regulación civil de ambas materias, construidas sobre supuestos y bases diferentes de las presentes en un proceso penal. Cuestión distinta es que del material probatorio practicado se siguiera en el caso examinado por la STS núm. 864/2012 la constancia probatoria de que en alguna forma el allí acusado hubiera provocado su desaparición y muerte. La razonabilidad de la tesis exculpatoria expuesta en tal sentido por el órgano de apelación motivó su confirmación absoluta en sede casacional.

El supuesto que analizamos ahora cuenta, en cambio, con una pluralidad de vestigios que, más allá del firme reconocimiento por el principal inculpado del hecho mismo de haber dado muerte a Luz Marina , corroboran dicha autoinculpación, lo que sitúa el presente análisis en un punto bien diferente. Como decimos, no sólo no se discute por ninguna de las partes la muerte de la joven a manos de Nazario Javier , sino que tal hecho aparece fundamentado en una pluralidad de prueba, directa e indiciaria, que refuerza tal convicción. Lo que coincidentemente ponen aquí en entredicho ambas acusaciones es la racionalidad misma de la inferencia alcanzada por la Sala de instancia en una serie de puntos, antes enumerados, destacando las acusaciones la notable repercusión que tales conclusiones, bien por apartadas de la prueba practicada, bien por ser directamente ilógicas, tienen en la exculpación última de quienes, según su criterio, habrían participado en las labores de desaparición del cadáver de la menor y de ocultación de los demás vestigios del delito.

Expuestas las precedentes consideraciones generales, nos adentraremos ahora en el estudio de la cuestión de fondo.

**4.** Examinadas las actuaciones ( art. 899 LECrim), se constata la posición lineal y uniforme del testigo Hernan Torcuato , quien desde su primera declaración -prestada incluso antes de que se supiera que Luz Marina habría fallecido y solamente que había desaparecido- refirió que en aquellas horas se cruzó con Nazario Javier en dos ocasiones: 1) la primera, sobre las 20:30 del 24/01/2009, cuando el declarante iba a recoger a su novia; 2) la segunda, sobre la 01:30 del 25/01/2009, cuando él y su novia salían de su casa y mientras Nazario Javier estaba delante de la puerta de su vivienda, el NUM003 NUM004 , mirándose en un espejo colgado frente a la misma en el pasillo del edificio y colocándose el cuello de la prenda superior que llevaba puesta. Tenía en ese momento delante de sí una silla de ruedas de las utilizadas por personas con movilidad reducida, que el declarante relacionó con la que un tiempo atrás usara la madre de Nazario Javier , ya fallecida.

La Audiencia admite que en el acto del plenario este testigo reiteró, punto por punto, lo previamente señalado en instrucción, insistiendo en que sobre la 01:00 su novia recibió en su móvil un «toque» de una amiga con la que habían quedado esa noche, por lo que el dicente aprovechó para enviar a su vez desde su móvil un «sms» al novio de esta amiga, confirmando la cita. Admite igualmente el Tribunal que el mensaje en cuestión consta efectivamente enviado a las 01:13 de aquella madrugada y que en él explicaba el declarante que *"su novia se había quedado dormida y que como estaba mala no quería despertarla"*, que después de esto ella despertó y que, tras asearse, salieron de la casa, siendo entonces cuando ambos se cruzaron con Nazario Javier , que portaba en ese momento la silla de ruedas, no pudiendo precisar el testigo si aquél salía o entraba porque lo vio simplemente detenido frente al espejo (FJ. 21, f. 106 a 108). Se reconoce, asimismo, que la versión del Sr. Hernan Torcuato vino a estar parcialmente avalada por las declaraciones de su novia, en aquello que la misma por su parte presenció. También por la constatación, no cuestionada, del «sms» (f. 108 de la sentencia).

Igualmente avala su versión el informe fotográfico obrante a los f. 2484 y ss., que muestra que el pasillo en el que, según el testigo, se cruzaron efectivamente cuenta con al menos dos espejos en la zona de paso ( art. 899 LECrim). Se trata de un pasillo estrecho, por lo que un encuentro de estas características difícilmente puede pasar desapercibido para cualquiera. Por otro lado, la preexistencia de la silla de ruedas y su utilización aquella



noche no se cuestiona siquiera por las defensas, dándolo por cierto. Pertenece, en efecto, a la fallecida madre de Nazario Javier y en ella se encontraron restos de ADN de Luz Marina y de Nazario Javier .

Acepta el Tribunal de origen que el Sr. Hernan Torcuato y su novia son creíbles en cuanto a lo coincidentemente manifestado. Priva, no obstante, de verosimilitud a sus declaraciones en un aspecto muy concreto, como es la hora en la que habrían coincidido con Nazario Javier bajo la circunstancia de entender, en referencia al principal inculcado, que *"según el listado de su teléfono móvil y su localización se hallaba en Camas, en la vivienda de su novia, a las 01:37"* (FJ. 21, f. 108). Olvida, sin embargo, el Tribunal que, aunque la señal satélite sitúe un móvil en un determinado lugar, no por ello su usuario habrá de estar forzosamente en todo momento junto al mismo, por lo que su valor como prueba no puede exceder del de un indicio, lo cual es una inferencia y, como tal, revisable en tanto que ajena a la intermediación. En nuestro caso, no necesariamente acredita la presencia de Nazario Javier en Camas, junto al mismo, en las horas señaladas. En cualquier caso, lo determinante, y así se desprende de las testificales citadas, es que la indiscutida coincidencia en el corredor hubo de producirse con posterioridad a las 01:13 y en minutos próximos a las 02:00, lo cual figura en cualquier caso admitido en la sentencia a continuación. Así, tal dato, aun aparentemente descartado en el apartado de fundamentación que acabamos de analizar, se acepta después implícitamente cuando la Audiencia expone, acto seguido, las razones por las que considera que la coincidencia entre los vecinos pudo incluso producirse después de las 02:01. El Tribunal llega a señalar como hipótesis más racional que en el momento en el que los tres se cruzaron, Nazario Javier retornaba con la silla ya vacía para depositarla de nuevo en la vivienda de la CALLE001 (FJ. 25).

La determinación de la hora exacta del encuentro no es, realmente, decisiva a los fines que aquí examinamos, ni siquiera respecto del acervo probatorio vinculado a Isabel Joaquina (al hilo del cual la sentencia de la Audiencia analiza principalmente el testimonio del Sr. Hernan Torcuato), por las razones que luego se dirán. Sí lo es, en cambio, el intervalo aproximado en que se produjo dicha situación, que tanto en una como en otra opción necesariamente conduce a las primeras horas de aquella madrugada, como en último término acepta la Audiencia. Por ello mismo, por más que la valoración probatoria sea aquí deficitaria, no es factible afirmar que en este punto se haya incurrido en un verdadero equívoco determinante de arbitrariedad .

A diferente conclusión hemos de llegar, en cambio, respecto de la valoración del testimonio prestado por el Sr. Serafin Prudencio . Este testigo situó en torno a las 02:00 del 25/01/2009 el hecho de haber visto a dos jóvenes encapuchados portando «un bulto» colocado en forma horizontal «sobre una silla de ruedas», bulto que supuso tiraron en un contenedor anexo al de los plásticos al verlos regresar poco después al domicilio de la CALLE001 con la silla vacía. No reconoció entre ellos a Nazario Javier , a quien conoce por vivir en el mismo barrio.

La Audiencia también considera creíble este testimonio. Sin embargo, en el apartado de valoración probatoria estima, sin explicar las razones de su dicho, que el testigo yerra en la fecha, no así en la hora. Como expone el Fiscal, resulta anómalo concebir que alguien traslade un objeto voluminoso sobre una silla de ruedas a altas horas de la madrugada y no se trate del mismo suceso, que además coincide en la secuencia horaria y en el uso de una silla de ruedas con lo expresado por los anteriores testigos, lo que habría de otorgar recíproca solidez a sus coincidentes testimonios. Por otro lado, como puede constatarse al amparo del art. 899 LECrim, las manifestaciones Don. Serafin Prudencio se presentan compatibles con otro aspecto que la sentencia sí estima probado, cual es que Nazario Javier se deshizo del cuerpo con la ayuda de « Bola » y de *"una tercera persona no identificada"*, pudiendo ser estos dos sujetos aquéllos a quienes habría visto el testigo, y no siendo ciertamente ninguno de ellos Nazario Javier , como el propio testigo refirió.

Afirma literalmente la sentencia que, en su declaración prestada en el plenario el 03/11/2011, Don. Serafin Prudencio *"manifestó que no declaró en el Juzgado que estaba seguro de la fecha del 24 de enero de 2009 porque vio el novio de su hija había estado en su casa"*, para añadir que con ello *"desmiente totalmente haber dado un dato fundamental por el que recordaba la fecha del día en el que se encontró a los dos jóvenes sin identificar con la silla de ruedas, desmentido que resta totalmente fiabilidad a su testimonio en cuanto al día en que vio a esos dos jóvenes"* (FJ. 21, f. 106). Ciertamente es que, ante una pregunta formulada por la acusación particular, se desdijo de lo afirmado en su declaración del f. 2142 respecto de la presencia del novio de su hija aquella noche. Sin embargo, tal detalle en el que centra la Audiencia su atención para negar esa credibilidad al testigo en cuanto a la fecha y, de facto, al conjunto de su declaración supone desconocer otros elementos más relevantes de su testimonio, respecto de los cuales sí ha habido una constante, y de los que da cuenta el acta de esa sesión del plenario (f. 816 a 818 del tomo III del rollo de sala). Así, al amparo del art. 899 LECrim comprobamos que el testigo, interrogado hasta en tres ocasiones acerca de la fecha en que observó lo referido, insistió en «estar seguro» (sic) de que fue en la madrugada del 24 al 25 de enero de 2009 cuando observó a los dos jóvenes que portaban la silla de ruedas. Aportó en su declaración datos muy precisos no sólo sobre las características de los dos individuos, sino también de la silla en cuestión y de los motivos por los que recordaba sin lugar a dudas que se trataba de ese día y de esa hora, lo que no relaciona el testigo





con la referencia al novio de su hija -que sustenta el descarte por la Audiencia-, sino muy al contrario con un programa de televisión que se retransmite los sábados, precisando un momento de su emisión que de nuevo asocia a datos muy concretos con la hora en la que procedió a salir de casa para arrojar la basura.

La sentencia adolece en este punto de una notable parquedad a la hora de explicitar las razones que hubieren de conducir a rechazar de plano lo manifestado por el testigo. Circunscribe tal consecuencia negativa sobre un dato que es periférico y, sobre él, tomado aisladamente, procede a la exclusión plena del testimonio como parte del material probatorio, omitiendo cualquier reflexión sobre los demás aspectos de la declaración, pese a su importancia.

Asiste razón al Fiscal, también a la acusación particular, cuando estiman aquí desatendido su derecho a la tutela judicial efectiva, pues nada dice el Tribunal sobre este punto, evidentemente trascendental en la decisión final. Omite así la Audiencia su deber de ofrecer explicación fundada, también a las acusaciones, sobre un relevante apartado de prueba, pues coincidieron los testigos -sin que en sus testimonios se aprecie ninguna tacha de parcialidad y/o fines espurios- en concretar el porte de la silla a las mismas horas de esa misma madrugada, en un primer momento con un voluminoso objeto que escasos minutos después ya no estaría encima. La omisión supone, en última instancia, negar inmotivadamente la credibilidad que previamente se había otorgado al testigo en lo demás, pues sólo en la data considera la Audiencia equivocado Don. Serafin Prudencio .

El Ministerio Público también llama la atención sobre la irrelevancia que la Audiencia concede al que denomina como *«apagón» de los teléfonos móviles de los procesados* en las primeras horas de la madrugada del 25/01/2009, pese a su evidente importancia, refiriéndose la sentencia muy someramente a esta prueba pericial. Dicho apagón impidió que, pese a ser llamados en repetidas ocasiones por los familiares de Luz Marina , que ya habían emprendido su búsqueda, ninguna de las torres de transmisión telefónica consiguiera ubicar a los acusados, ni siquiera de forma aproximada, precisamente entre la 01:00 y las 03:00. Confronta aquí la Fiscalía las conclusiones de la sentencia con las obtenidas sobre este mismo punto por el Juez de Menores, quien situó la desaparición del cuerpo en la madrugada del 25/01/2009 con la intervención de terceros, razón de más para reforzar la motivación. Se tilda asimismo de falto de lógica el hecho de entender que alguien pueda tratar de deshacerse del cuerpo de un adulto a horas en las que todavía corre un alto riesgo de ser sorprendido por terceros, máxime bajo una mecánica en la que llamaría sin lugar a dudas su atención en una ciudad como Sevilla durante la madrugada de un sábado a un domingo.

La sentencia realiza un considerable esfuerzo al tratar de delimitar las franjas horarias en que hubo de producirse cada concreta secuencia de los hechos, para lo cual acude en gran medida a las señales que, vía satélite, habrían de situar a cada procesado a través de la ubicación de sus teléfonos móviles. Pero, como hemos reseñado en apartados anteriores, la ubicación vía satélite de un móvil no necesariamente indica la presencia junto a él de su habitual portador, por lo que su valor probatorio no puede exceder del de mero indicio.

Ha de reconocerse al Fiscal y a la acusación la constatación de fisuras relevantes en el discurso argumentativo del Tribunal en este apartado, hasta el punto de que las marcas horarias fijadas en los hechos probados y las que constan en la fundamentación jurídica no se corresponden en muchos aspectos, mostrando contradicciones internas, imprecisiones, apartamiento de la realidad probatoria o dotando de corroboración a determinados hechos mediante testigos cuya fiabilidad ha sido cuestionada.

Así, entre otras, en lo referente a la data de la muerte la Audiencia afirma que el fallecimiento de Luz Marina se produjo después de salir Isaac Ovidio de su domicilio de la CALLE001 , fijando este hecho a las 20:40. Sin embargo, otorga credibilidad a lo manifestado por Nazario Javier al referir que cuando Luz Marina recibió la llamada de su amiga Cristina la primera ya había fallecido, siendo él quien decidió no contestar. Dicha llamada consta recibida en su móvil a las 20:28, es decir, doce minutos antes de que Isaac Ovidio saliera de la casa, según el propio Tribunal. También admite la sentencia (folio 1157 del rollo de sala) que la madre de Luz Marina afirmó haber llamado repetidamente a su hija desde las 21:00, no contestándole en ningún momento, e igualmente que otros testigos (v.gr. Begoña Carlota ) apuntaron que al menos desde las 22:30 el móvil de la joven se encontraba apagado o fuera de cobertura, para aseverar a continuación (FJ. 22, folio 1158 del rollo de sala) que la muerte de Luz Marina se produjo entre las 21:00 y las 22:15, lo que entra así en abierta contradicción con parte de las pruebas señaladas, debiendo resaltarse el manejo de distintos horarios a este respecto.

En cuanto al momento de la salida del cuerpo de la menor y de la separación de los implicados ( Nazario Javier , Bola y tercero desconocido), resulta impreciso que la Audiencia extienda la data de la muerte hasta las 22:15, como hemos visto, en la medida en que afirma que a esa misma hora se sacó el cuerpo de la vivienda: "sobre las 22:15" (inciso 2º, folio 1165) para, acto seguido, afirmar que fue "antes de las 22:15" (inciso 5º del mismo folio). En otros pasajes asevera que los tres implicados se separaron a esa misma hora de las 22:15,



afirmando igualmente que según los testigos señalados al folio 1164 Bola ya estaba en ese momento en la Avd. de Andalucía con otros amigos, con quienes se mantuvo hasta las 23:30.

En lo atinente al regreso de Nazario Javier a la CALLE001, al folio 1166 señala la sentencia que regresó hacia las 02:00 horas. Pese a haber rechazado la versión horaria del testigo Hernan Torcuato en otros pasajes, sin embargo el Tribunal aquí no sólo la acepta, sino que la considera un refrendo externo a la versión del acusado Nazario Javier, en el sentido de que a la 01:45 horas salió de Camas para dirigirse de nuevo a la calle mencionada más arriba. Debemos recordar a este respecto que fue a la 01:13 cuando Hernan Torcuato envió el «sms» desde su móvil.

Por último, en relación con el tráfico de llamadas habidas entre Nazario Javier y su hermano Isaac Ovidio, este último realiza siete seguidas al primero (04:32, 04:37, tres a las 04:54, 04:55 y 04:59) y le envía además un «sms» (04:54), posicionándose Isaac Ovidio en antenas próximas a la CALLE001. Estas llamadas entre ellos van tan seguidas que hasta en tres ocasiones entra el contestador de Nazario Javier, porque se simultanean entre sí. Aquí se aprecia una incongruencia en la sentencia: el Tribunal afirma que Isaac Ovidio efectuó todas esas llamadas "porque no localizaba a Nazario Javier" (folio 1125). Pero lo cierto es que ya en la primera de ellas hablan más de tres minutos (no se trata de desvío al buzón de voz, sino de una llamada contestada). Según reconocieron los implicados, cuando Isaac Ovidio consiguió hablar con Nazario Javier le dijo que llamara al móvil de Luz Marina, y éste así lo hizo; según los informes de telefonía, a continuación Nazario Javier vuelve a llamar a su hermano, de lo que se deduce que las restantes llamadas de Isaac Ovidio a Nazario Javier no eran "para localizar a su hermano", como dijo y admite el Tribunal. Las llamadas se producen además a partir de que Isaac Ovidio recibe a su vez una única llamada de una de las personas que estaban buscando a Luz Marina, siendo ésta Herminia Zaira, a las 04:28. Isaac Ovidio llama al móvil de su hermano a las 04:32, es decir, cuatro minutos más tarde, consiguiendo hablar; antes, pues, de que le llame Jon Armando, que es otra de las personas que están buscando a Luz Marina y que asimismo contactó con él telefónicamente. Por lo tanto, a tenor del informe de telefonía, resultaría incierto: a) que Isaac Ovidio hubiera recibido un "conjunto de llamadas de terceras personas" preguntándole por Luz Marina antes de llamar a Nazario Javier; b) que ello fuera el detonante de la pluralidad de llamadas a su hermano; y c) que no pudiera localizar a Nazario Javier en el móvil, razón por la que siguió insistiendo. La sentencia es errónea cuando justifica ese cúmulo de llamadas entre Isaac Ovidio y Nazario Javier en que el primero dijo que estaba "asustado por haber recibido varias llamadas previas preguntando por Luz Marina", pues únicamente había recibido una. Al acoger la tesis del acusado, se aparta el Tribunal de instancia de la realidad probatoria mostrada por otras pruebas objetivas.

5. A la vista de lo anterior, la conclusión no puede ser otra que considerar no compatible con el razonamiento lógico la decisión de la Audiencia en cuanto a la determinación de la franja horaria de salida del cadáver de la CALLE001, prescindiendo sin justificación suficiente de los testimonios de los testigos Serafin Prudencio y Hernan Torcuato, que corroboran los datos periféricos reseñados, de forma que tales pruebas personales devienen reforzadas por estos últimos. Debemos recordar al respecto lo dicho por la jurisprudencia (ver apartado 3. de este mismo fundamento) a propósito de que "la intermediación no puede confundirse con la valoración de la prueba ni menos aún con la justificación de la misma, ya que la intermediación no blindo a la resolución judicial contra el control cognitivo por parte del Tribunal superior". También hemos subrayado que debe relacionarse con la tutela judicial efectiva la motivación reforzada cuando otro Tribunal sobre los mismos hechos ha llegado a conclusiones distintas, lo que tampoco justifica la Audiencia de Sevilla en forma bastante al apartarse de lo anteriormente señalado por la jurisdicción de menores.

Siendo esto así, la hora de salida del cadáver de la vivienda -que se fija en un tramo horario hasta las 22:15- es fruto de la intuición o especulación de la Audiencia, que prescinde del conjunto de los elementos probatorios reseñados, directos y periféricos, cuya falta de integración, y esto es esencial, arroja una apreciable falta de lógica que hace arbitraria la conclusión fáctica en este extremo.

No obstante, como examinaremos al hilo de los siguientes motivos esgrimidos por el Ministerio Fiscal, la relevancia del hecho de la hora de salida del cadáver no tiene por qué afectar por igual a los tres acusados de encubrimiento, sino que sus consecuencias pueden ser distintas si en relación con los mismos el fallo absolutorio en todo caso está justificado. De la misma forma, en nada altera la desestimación del recurso de Nazario Javier o la suerte de los motivos por infracción de ley de las acusaciones que son ajenos a dicho cambio horario, teniendo en cuenta que la posible subsunción de los hechos en el tipo o tipos que se pretenden inaplicados no está afectada por lo dicho aquí. No puede prosperar la vulneración de la tutela judicial efectiva cuando su reconocimiento no afecta al fallo de la sentencia.

En conclusión, los motivos enunciados por el Ministerio Fiscal y la acusación particular que hemos tratado en este fundamento deben ser parcialmente estimados, fijándose su efecto en la segunda sentencia.



**DUODÉCIMO.-** Bajo igual perspectiva de vulnerar el derecho a la tutela judicial efectiva y en íntima relación con el motivo anterior, se cuestiona en segundo lugar la absolución en la instancia de Primitivo Imanol , ex arts. 24 CE, 5.4 LOPJ y 852 LECrim..

Al igual que en el caso anterior, el Ministerio Fiscal aclara que no pretende su condena en sede casacional, sino que, declarándose la completa nulidad de la sentencia dictada por la Audiencia de Sevilla, se ordene la repetición del juicio ante Tribunal de diferente composición. Detalla, al efecto, cuantas evidencias existían contra este procesado y, a juicio del Ministerio Público, han sido arbitrariamente valoradas por la Audiencia. En el recurso se llama además la atención sobre la escasa profundidad de la sentencia al tratar la presunta participación de Primitivo Imanol en la ocultación del cadáver, limitándose a exculparlo al entender que estuvo en Montequinto, barriada del municipio de Dos Hermanas, desde el mediodía del 24/01/2009 y las 02:00 del 25/01/2009, por lo que, al haberse situado la salida del cuerpo de Luz Marina en torno a las 22:15 de aquella noche, Primitivo Imanol no podría encontrarse en la ciudad de Sevilla.

De igual modo, estima el Fiscal carentes del debido desarrollo las razones por las que no se otorga credibilidad a la inculpación que Bola hiciera de Primitivo Imanol , atribuyéndole una colaboración propia de encubrimiento, como tampoco a la propia autoincriminación de Primitivo Imanol en el momento inicial de la investigación, lo que refuerza en este caso la conclusión a la que se llega en el razonamiento precedente.

El motivo, por ello, no puede deslindarse del anterior, pues la arbitrariedad en la fijación de la hora en que se ocultaron el cuerpo y demás vestigios del delito extiende su efecto sobre el resto de la valoración probatoria.

Igualmente, ha de convenirse con el Ministerio Público en que las contradicciones observadas en algunas de las declaraciones de Primitivo Imanol pudieran tener relación con la hora de los hechos, mas no con su participación en los mismos. No obstante la ineficacia probatoria que ha de merecer su autoincriminación, en la medida en que únicamente se produjo en sede policial, tal y como refleja la sentencia al f. 73, no por ello carece de todo valor en relación con los posibles datos objetivos que alberga (vid. STC núm. 68/2010, de 18 de octubre, ó STS núm. 1055/2011, de 18 de octubre), por lo que debería haber sido analizada confrontándola con sus posteriores declaraciones en sede judicial, así como con la incriminación que a su vez Bola vierte sobre él. De igual modo, Nazario Javier situó a Primitivo Imanol junto con ellos dos al tiempo de la desaparición del cuerpo de Luz Marina , incluso en su declaración en el plenario, lo que hubo de ser valorado con las prevenciones propias de la incriminación entre coimputados. Constan otros datos de corroboración periférica, ya señalados, tales como el testimonio Don. Serafin Prudencio al afirmar el porte de la silla de ruedas por dos jóvenes encapuchados de los que ninguno se correspondía con Nazario Javier .

No obstante la relevancia que estos extremos derivados de la prueba cobran en este asunto, la sentencia recurrida no incide en ninguno de estos aspectos, que es lo que con razón lamenta la acusación pública.

Se estima, pues, el motivo, en los términos expuestos en el fundamento jurídico anterior. Sus efectos y alcance se determinarán en la segunda sentencia.

**DECIMOTERCERO.-** Igualmente por vía de tutela judicial efectiva se impugna, en la tercera queja, la absolución de Isaac Ovidio y de Isabel Joaquina , con argumentos nuevamente vinculados a la determinación de la hora en que se produjo la salida del cuerpo de Luz Marina del domicilio en el que se había producido su muerte. Reitera el Fiscal la petición de que se anule la sentencia de instancia y se devuelvan las actuaciones para la celebración de un nuevo juicio.

1. Admite la Fiscalía la solidez y refrendo externo de la que goza la versión ofrecida por Isaac Ovidio , hermano de Nazario Javier , tanto sobre sí mismo como sobre las personas y lugares en que se mantuvo durante aquella tarde y hasta las 02:00 de aquella madrugada. Entiende, no obstante, que decae a partir de esa hora, a la que el Fiscal ciñe las labores de eliminación del cuerpo.

Considera también insuficiente la motivación por la que la Audiencia no otorga credibilidad al taxista que, en calidad de testigo, refirió haber trasladado a este acusado aquella noche desde la c/Luis Montoto hasta la CALLE001 . Pero el juicio de la Audiencia sobre el valor de esta testifical se ofrece razonable (FJ. 17), pues ciertamente y sin perjuicio de la «bienintencionalidad» (sic) del testigo, adquiere aquí especial relevancia el hecho de que su espontáneo testimonio surja casi tres años después de producirse los hechos, que recibieron entretanto una notable repercusión mediática. El propio testigo admite que apenas intercambió unas palabras con el cliente a quien trasladó en aquella carrera y a quien, sin embargo, muchos meses después -un total de cincuenta y ocho- identifica por su voz como el acusado Isaac Ovidio . Bajo la inmediatez que le es propia, la Audiencia percibe que la voz de este acusado no presenta peculiaridades o notas tan específicas que la hagan imborrable en la memoria, en la forma que parece desprenderse de este testimonio, por todo lo cual no le merece fiabilidad. Tampoco su identificación fotográfica, por la misma repercusión mediática que mencionamos.



El restante material probatorio relacionado con este acusado se aborda a lo largo de los FF.JJ. 14 a 19 de la sentencia. Con independencia de su análisis más o menos prolijo, nos encontramos verdaderamente ante un argumento circular: desde el momento en que la Audiencia de Sevilla centra la hora de fallecimiento y ocultación del cuerpo de Luz Marina en una horquilla que sitúa a Isaac Ovidio como ausente de la vivienda en cuanto a lo primero y que, no yendo más allá de las 22:30, tampoco encuadra, en cuanto a lo segundo, con el momento de su retorno al domicilio, elimina cualquier género de participación de este acusado en unos u otros hechos. Sin embargo, debe reseñarse, en cualquier caso, que sobre la participación a título de encubridor que le atribuyen las acusaciones operaría, en el supuesto de su acreditación, la excusa absolutoria del art. 454 CP a la que antes se ha hecho mención, por lo que la conclusión absolutoria última haría ineficaz la posible vulneración de la tutela esgrimida por la acusación, como ya hemos referido en el fundamento anterior con carácter de regla general.

En cuanto a los demás ilícitos que también le atribuyen las acusaciones, es obvio que ello sólo podría sustentarse en la infracción de ley sustantiva, es decir, en un error de subsunción, imposible por falta de sustento fáctico en el hecho probado.

2. Pese a enunciarse el motivo frente a la absolución de ambos acusados, olvida el Fiscal todo desarrollo relacionado con Isabel Joaquina, novia del anterior. La petición de devolución de las actuaciones para un nuevo juicio afectaría de todos modos a ambos, al tener su eje principal en las franjas horarias tantas veces citadas, por lo que en este aspecto procede remitirse a lo ya dicho.

Tras estudiar las pruebas relacionadas con esta procesada (FF.JJ. 20 y 21), acepta la Audiencia su presencia en el lugar de los hechos a la hora en la que Nazario Javier regresa con la silla de ruedas. Descarta, por el contrario, que pueda llegarse a la conclusión de que participó en los hechos. El único vestigio objetivo que pudiera incriminarla se corresponde con algunos restos de su ADN localizados en una alargadera y en un esparadrapo. Pero la frecuencia con la que la acusada visitaba el domicilio de su novio, pernoctando incluso en el mismo la noche de autos, junto con lo tardío de la obtención de estas muestras y las aceptables explicaciones ofrecidas por Isabel Joaquina hacen que el Tribunal se decante fundamentalmente por su exculpación.

Hemos de recordar, una vez más, que no está autorizada esta Sala de Casación para suplir las reflexiones probatorias del órgano «a quo», sino únicamente para comprobar si la inferencia alcanzada se ajusta a las pruebas practicadas y aparece dotada de una motivación bastante o si, por el contrario, deviene insuficiente o se aparta ostensiblemente de las reglas de la lógica, incurriendo así en arbitrariedad. En el ámbito penal, una respuesta razonada es aquella que no sólo resuelve motivadamente -de forma positiva o negativa- la incardinación de los hechos en la norma cuya aplicación se postula, sino la que previamente explica, al menos en sus líneas esenciales, el camino lógico seguido por el tribunal, a partir de la actividad probatoria celebrada en el juicio, hasta llegar a la convicción que refleja la declaración de hechos probados. El deber de motivar se extiende tanto a la prueba de cargo presentada por la acusación como a la de descargo ofrecida por la defensa: de no hacerse así, no se daría satisfacción a las exigencias constitucionales del derecho a la tutela judicial efectiva consagrado en el art. 24 CE, sin que ello implique, como señala el Tribunal Constitucional, que esa ponderación se realice de modo pormenorizado, ni que la ponderación se lleve a cabo del modo pretendido por el recurrente, sino solamente que se ofrezca una explicación para su rechazo (por todas, STS núm. 1016/2011, de 30 de septiembre, siguiendo a la STC núm. 187/2006, de 19 de junio). Ahora bien, este último aspecto del razonamiento tiene una importancia mayor cuando la sentencia es condenatoria que cuando es absolutoria, toda vez que en el primer caso el derecho a la tutela judicial efectiva se ve reforzado por el derecho a la presunción de inocencia, de suerte que la afirmación de que el tribunal no considera probada la realización del hecho objeto de acusación o la participación en el mismo del acusado, o la de que no ha superado la duda sobre tales extremos, en que metódicamente hubo de situarse antes del enjuiciamiento -afirmaciones que son lógico presupuesto de una sentencia absolutoria-, no estarían necesitadas en principio de una motivación que no fuese la mera explicación de la ausencia de prueba o la permanencia de la duda, como venimos diciendo insistentemente desde nuestras SSTS núm. 186/1998 y 1045/1998, seguidas por otras muchas posteriores.

Entre las más recientes, niega la STS núm. 126/2012, de 28 de febrero, que asista a las acusaciones un derecho a una valoración de las pruebas que conduzca a una condena a modo de presunción de inocencia invertida. Es verdad que no es esto lo que interesan tanto el Ministerio Fiscal como la acusación particular en nuestro caso, sino la anulación de la sentencia y la repetición del juicio, si bien las observaciones probatorias de instancia que afectan a esta acusada no adolecen de un defecto ostensible de motivación, como tampoco de una ausencia de racionalidad tan patente que autoricen el grave efecto solicitado. Más aún cuando, excluida fundamentalmente la unidireccionalidad del indicio que pudieran representar los restos de ADN de Isabel Joaquina hallados en dos objetos ocupados en la vivienda, ninguna otra prueba permite atribuir a esta acusada una posición activa o colaboradora en la eliminación de vestigios, como tampoco del propio cuerpo de la víctima. Su posición, a lo sumo, habría de resultar pasiva, y tal conducta difícilmente encuadra en la modalidad de encubrimiento de la



que se la acusa, consistente en ocultar, alterar o inutilizar el cuerpo o los efectos y/o instrumentos empleados en el delito.

Similares consideraciones merecen los demás ilícitos de los que vino acusada inicialmente (integridad moral y profanación de cadáveres) por la razón ya aducida más arriba.

Se desestima, pues, el motivo.

**DECIMOCUARTO.-** Encabeza el grupo de los motivos por infracción de ley ( art. 849.1º LECrim) la subsunción de los hechos bajo la figura del delito contra la integridad moral que prevé el art. 173.1 CP, en su actual inciso 1º.

Al tal fin, el Ministerio Público acota los pasajes fácticos correspondientes al hecho 6º, relativos al sufrimiento añadido por Nazario Javier a los familiares de la menor al ofrecer varias versiones sobre el lugar en que se deshicieron de su cuerpo, impidiéndoles además darle sepultura, y al hecho 7º, que detalla los gastos ocasionados al Estado como consecuencia de las labores para su localización en las zonas que se describen. De ellos extrae el Fiscal los elementos que precisa el delito contra la integridad moral, estimando carente de racionalidad la negativa que la Audiencia ofrece respecto del elemento subjetivo en los FF.JJ. 29 y 30, bajo el único argumento de que con este proceder Nazario Javier no ha tenido intención de vejar, humillar o envilecer a los familiares directos de Luz Marina, sino únicamente de evitar ser descubierto.

1. Los hechos probados reflejan, efectivamente, en su apartado 6º que a lo largo del proceso Nazario Javier *"de forma reiterada se ha negado a decir qué destino ha dado al cuerpo"* de Luz Marina, *"llegando a ofrecer varias versiones, es decir, en primer lugar que tiraron el cadáver de la menor al río, en segundo lugar, que lo tiraron al interior de un contenedor de basuras, cercano a la CALLE001 y, en tercer lugar, que ayudó a introducir el cadáver en un coche desconociendo qué se hizo con el mismo"*, lo que ha impedido a los familiares de Luz Marina *"dar sepultura a su cuerpo, causando si cabe mayor dolor por la muerte de la menor a sus padres y hermanas"*. El apartado 7º añade a lo anterior cómo en función de esas cambiantes versiones del procesado *"se desarrollaron intensas labores de búsqueda en una extensa zona del río Guadalquivir"*, así como *"en un vertedero de basura situado en Alcalá de Guadaíra"*. Igualmente, a raíz de una declaración de Rocío, que por entonces fuera novia de Nazario Javier, también se buscó el cuerpo de Luz Marina *"en unos terrenos ubicados en el término municipal de Camas"*, ocasionándose al Estado unos gastos cifrados en su conjunto en 616.319'27 euros. Como después veremos, el apartado 7º tiene relevancia a la hora de analizar el siguiente motivo por inaplicación del art. 113 CP, pero no conforma propiamente el sustrato fáctico potencial del delito contra la integridad moral.

2. El estudio de esta cuestión requiere adentrarse previamente con carácter general en el conflicto entre el legítimo ejercicio del derecho de defensa y el colateral daño psíquico y moral que la conducta, en este caso de Nazario Javier, haya podido acarrear en los familiares directos de la víctima, al referir de forma continuada diferentes versiones sobre dos puntos fundamentales: a) la forma en la que la menor fue agredida, llegando a incluir en su relato en un determinado momento procesal elementos propios de una violación, lo que ya ha valorado esta Sala a efectos de estimar justificada la respuesta punitiva que ha merecido en la instancia el asesinato cometido; y b) el lugar en que se encuentra depositado el cuerpo y la forma en que las personas involucradas en su desaparición y, en particular, este procesado se deshicieron del mismo, cuyo análisis hemos de realizar ahora.

El derecho de defensa ( art. 24.2 CE) es, en sus múltiples facetas, la principal manifestación de la tutela judicial efectiva que ha de amparar a todo ciudadano ( art. 24.1 CE). No por ello está ausente de límites, algunos de los cuales ha perfilado nuestra jurisprudencia (vid. a tal fin STS de 29/09/1994 ó SSTS núm. 715/1996, de 18 de octubre, y 1085/2000, de 21 de julio), no pudiendo incurrir en *"la tentación de instrumentar con hiperbólicos alcances su real y genuina función en el marco del más amplio panorama del derecho a la tutela judicial efectiva"* ( STS núm. 715/1996). En el elenco de derechos y garantías que incorpora la tutela judicial, se admite que el sospechoso, inculpado, imputado o acusado pueda guardar silencio, total o parcial, o incluso silenciar aquellas partes que no le convengan, siendo estas facultades una manifestación de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, expresamente previstos en el art. 24.2 CE como garantía instrumental del más amplio derecho de defensa, a tenor del cual se reconoce a todo ciudadano el derecho a no colaborar en su propia incriminación ( STS núm. 857/2012, de 9 de noviembre, por remisión a las SSTC núm. 57/2002, de 11 de marzo, FJ. 4; 155/2002, de 22 de julio, FJ. 11; y 152/2004, de 20 de septiembre, FJ. 2).

Según destacaba la STS núm. 351/2012, de 7 de mayo, el mismo TEDH ha precisado -también lo ha apuntado nuestro Tribunal Constitucional- que, aunque no esté específicamente mencionado en el Convenio, el derecho a permanecer en silencio y a no declarar contra sí mismo es inherente a la noción de proceso justo del art. 6 CEDH. Del mismo modo, recordó que no se trata de un derecho absoluto o ilimitado. Así, al igual que no podría aceptarse el abuso policial o judicial frente al legítimo ejercicio de estos derechos del acusado ( STS núm. 178/2006, de 16 de febrero), tampoco cabe entender privado de toda frontera su utilización por aquél.



Los diferentes derechos y garantías constitucionalmente reconocidos al justiciable no son derechos absolutos en el sentido de ilimitados, particularmente en materia penal y procesal penal. En lo que nos afecta, no es concebible un ilimitado derecho de defensa que, bajo la aparente cobertura de sus concreciones en el derecho a no declarar contra uno mismo y a no confesarse culpable, autorice la lesión de bienes jurídicos sólidamente protegidos por el ordenamiento penal. En este sentido se ha pronunciado el TEDH en diversas ocasiones, subrayando que tales 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).

Admitido por nuestro Tribunal Constitucional que el derecho a no declarar contra uno mismo puede extenderse al acto de callar, total o parcialmente, o incluso de mentir abiertamente, es oportuno destacar los límites que, ello no obstante, apunta el propio Tribunal en su STC núm. 142/2009, de 15 de junio, conociendo del recurso de amparo núm. 2406/2006: *"Los recurrentes (...) sostienen que, en virtud del derecho fundamental que invocan, y en la conexión que el mismo tiene con el derecho de defensa, tenían derecho a mentir, dado que materialmente tenían la condición de imputados en el procedimiento administrativo, sin que de sus manifestaciones en la comparecencia en la información reservada pudiera derivarse consecuencia negativa alguna. Aluden también -bajo la confusa invocación del art. 24.1 CE, articulada como tercer motivo de amparo- a que el derecho se ve vulnerado cuando los actos de ejercicio del mismo dan lugar a la imposición de una sanción. En esa misma línea, el Ministerio Fiscal sostiene que las manifestaciones realizadas por los agentes tenían un claro carácter defensivo de su actuación profesional, por lo que quedarían amparadas en el ejercicio del derecho fundamental.*

*Pues bien, situándonos en esa dimensión de la queja, es cierto que este Tribunal ha afirmado que el imputado en un proceso penal no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (por todas, SSTC 68/2001, de 17 de marzo, FJ 5, 233/2002, de 9 de diciembre, FJ 3; 312/2005, de 12 de diciembre, FJ 1; 170/2006, de 5 de junio, FJ 4) y que no pueden extraerse consecuencias negativas para el acusado derivadas exclusivamente del ejercicio de su derecho a guardar silencio o de los derechos a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable (por todas, STC 76/2007, de 16 de abril, FJ 8). A lo que cabría añadir que el ejercicio del derecho de defensa -al que aparecen íntimamente vinculados los derechos fundamentales invocados por los recurrentes- ofrece una cobertura reforzada a las manifestaciones vertidas tanto por los Abogados en el ejercicio de su función de defensa, como por los ciudadanos que asumen por sí mismos en un procedimiento la defensa de sus derechos e intereses legítimos, por no ser preceptiva la asistencia letrada (por todas, SSTC 288/1994, de 27 de octubre, FJ 2; 102/2001, de 23 de abril, FJ 4, y 299/2006, de 23 de octubre, FJ 4).*

*Ahora bien, de todo lo anterior no puede concluirse -como hacen los recurrentes- que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión con el derecho de defensa consagren un derecho fundamental a mentir, ni que se trate de derechos fundamentales absolutos o cuasi absolutos, como se llega a sostener en la demanda, que garanticen la total impunidad cualesquiera que sean las manifestaciones vertidas en un proceso, o la ausencia absoluta de consecuencias derivadas de la elección de una determinada estrategia defensiva. Ello no es así ni siquiera en el proceso penal. Pues aunque hemos afirmado que la futilidad del relato alternativo no puede sustituir la ausencia de prueba de cargo, so pena de asumir el riesgo de invertir la carga de la prueba, también hemos declarado que, en cambio, la versión de descargo puede servir como contraindicio o como elemento de corroboración de los indicios a partir de los cuales se infiere la culpabilidad (por todas, SSTC 220/1998, de 16 de noviembre, FJ 6; 155/2002, de 22 de julio, FJ 15; 135/2003, de 30 de junio, FJ 3; 147/2004, de 13 de septiembre, FJ 6; 55/2005, de 14 de marzo, FJ 5, y 10/2007, de 15 de enero, FJ 5). Nuestra doctrina, por tanto, desvirtúa el argumento expuesto en la demanda según el cual ninguna consecuencia negativa puede derivarse de la falsedad de las afirmaciones de los recurrentes por haber sido emitidas en el ejercicio de su derecho a no confesarse culpables" (en ambos casos el subrayado es nuestro).*

**3.** Extrapolando este criterio al supuesto de autos, debe disentirse de la opinión de instancia a tenor de la cual la conducta sostenida por Nazario Javier a lo largo del proceso, variando de forma caprichosa y contumaz su versión sobre lo sucedido, encuentra cobertura ilimitada en el derecho de defensa, de forma que es posible traspasar la línea del autoencubrimiento impune aun cuando dicha conducta sea lesiva de derechos de terceros, lesionando su integridad moral y sin que ello sea necesario además en términos de estricta defensa.

Excedió, en cambio, el acusado en este caso los límites de las garantías procesales que le asisten y, en particular, de sus derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable para erigirse su conducta en una acción directamente lesiva de la dignidad de los padres de la víctima, sin que ello fuera necesario en términos de estricta defensa. Con el proceder que describen los hechos apuntados por el Fiscal, el único



acusado condenado en la instancia ha hecho uso, ciertamente, de su legítimo derecho a declarar, cuantas veces y en la forma que se han estimado oportuno. Pero no se ha limitado a ello, como veremos a continuación.

La sentencia realiza una lacónica exclusión del delito en cuestión, refiriéndose al intangible derecho de defensa. Pero no puede compartirse, en términos de estricta legalidad, la posición exculpatoria mantenida por el Tribunal de instancia, que ciñe tal exculpación al solo ejercicio del derecho de defensa ( art. 24 CE), en la medida en que el caso presenta muchos más matices. Reconocido el importante daño psíquico agregado al normalmente derivado de unos hechos de esta naturaleza, hemos de analizar si ese innecesario sufrimiento subsiguiente al comportamiento de Nazario Javier goza por sí mismo de autonomía penal.

4. El inciso legal al que se contrae la queja castiga a quien inflija "a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral", que actualmente constituye el primer párrafo del art. 173.1 CP y que, en su redacción anterior a la reforma operada por LO 5/2010, que era la vigente al tiempo de los hechos, conformaba la única figura delictiva en él tipificada. No ha sido, en cualquier caso, objeto de modificación interna alguna.

La integridad moral es un derecho fundamental reconocido a todos en el art. 15 de nuestra Constitución, consecuencia de la cláusula general proclamada en su art. 10, que establece como fundamento del orden político y de la paz social, entre otros derechos, la dignidad de la persona. Sin embargo, los límites del concepto constitucional de la integridad moral, cuya concreción tampoco es fácil, no tienen por qué coincidir fielmente con el ámbito de protección penal de la misma, reconocido en el art. 173.1 CP que encabeza este apartado.

El precepto mencionado se refiere al trato degradante realizado por particulares que menoscaba gravemente la integridad moral de otro, con independencia de cualquier contexto o circunstancia en el que se lleve a cabo (laboral, funcionarial, de vivienda o familiar); es decir, el atentado a la integridad moral goza «per se» de autonomía penal, lo que explícitamente afirma el Legislador en la regla concursal contenida en el art. 177 CP cuando se refiere aquellos casos en que, además del atentado a la integridad moral, se produjesen otros delitos, que serán castigados separadamente con la pena que les corresponda. De todo ello se infiere la necesidad de acotar el radio de acción de este tipo básico.

Decíamos que no es fácil definir la integridad moral como concepto autónomo con trascendencia penal. El Tribunal Constitucional se ha referido a los conceptos de inviolabilidad como derecho de la persona a ser tratada como tal y de dignidad, consistiendo éste en el derecho de toda persona a ser tratada como tal, sin hacerla padecer sufrimientos físicos o psíquicos mediante situaciones o conductas de humillación, envilecimiento, cosificación o instrumentalización. De forma que el trato degradante a una persona conlleva el menoscabo de su integridad moral, que, siendo grave, alcanzará la calificación del art. 173.1 CP, mientras que si no lo es podrá constituir una falta del art. 620.2 CP.

Nuestra más reciente jurisprudencia ( SSTS núm. 922/2009, de 30 de septiembre, ó 985/2012, de 27 de noviembre) ha señalado que "[l]a integridad moral se configura como una categoría conceptual propia, una realidad axiológica autónoma e independiente de la integridad física, la libertad en sus diversas manifestaciones o el honor. De ahí que tanto el artículo 173 como el artículo 177 del Código Penal establecen una regla concursal que obliga a castigar separadamente las lesiones a estos bienes de los producidos a la integridad moral.

*Pero también por eso hemos de considerar que no todo atentado a la integridad moral, necesariamente, habrá de comportar un atentado a los otros bienes jurídicos, siendo posible imaginar la existencia de comportamientos típicos que únicamente quiebren la integridad moral sin reportar daño alguno a otros bienes personalísimos.*

*Por lo que se refiere al concepto penal de integridad moral, diverso del derecho fundamental a la misma, resulta insuficiente apelar a la idea de dignidad de la persona.*

*El Tribunal Constitucional, que no fija un concepto preciso de integridad, le otorga un tratamiento autónomo de otras valoraciones, e interpreta un concepto desde la idea de la inviolabilidad de la personalidad humana, es decir, el derecho a ser tratado como persona y no como cosa.*

*Esta Sala (STS 3.10.2001 ), al referirse al bien jurídico protegido, declara: "El art. 15 de la Constitución reconoce a todos el derecho a la "integridad moral" y proscribire con carácter general los "tratos degradantes". La integridad moral es un atributo de la persona, como ente dotado de dignidad por el solo hecho de serlo; esto es, como sujeto moral, en sí mismo, investido de la capacidad para decidir responsablemente sobre el propio comportamiento. La garantía constitucional de la dignidad, como valor de la alta calidad indicada, implica la proscripción de cualquier uso instrumental de un sujeto y de la imposición al mismo de algún menoscabo que no responda a un fin constitucionalmente legítimo y legalmente previsto".*

De todo ello se deduce que no es aceptable sostener una regla absoluta según la cual en nombre del autoencubrimiento impune, como expresión extensiva del derecho de defensa, el autor pueda vulnerar la



integridad moral de un tercero. Lo que sucede, insistimos, es que el tipo objetivo exige la gravedad del trato degradante que por sí mismo menoscaba la integridad moral de la persona. Por otra parte, se trata de un delito de mera actividad y la medida de su tipicidad está en la gravedad del menoscabo de la tantas veces mencionada integridad moral.

5. En el caso, el procesado ha abierto erróneas líneas de investigación dirigidas a la búsqueda y hallazgo del cuerpo de Luz Marina, que adelantamos resultaban innecesarias en términos de defensa. Reconociéndose partícipe de las labores de ocultación del cuerpo, ha de ser sabedor de su paradero, por lo que le bastaba con guardar silencio o con negarse a contestar para ejercitar debidamente los derechos inherentes a su defensa. El nulo resultado de cuantas pesquisas se desplegaron para la localización de Luz Marina, a tenor de sus fluctuantes versiones, además de incidir en una más pronta finalización del proceso y de provocar con ello su dilación, y además de provocar una importante inversión humana, técnica y económica a sabiendas de su inutilidad, ha tenido otros graves efectos, independientes de los anteriores.

Las dificultades iniciales en la recuperación del cadáver siguen a día de hoy vigentes. Por ello resultaba de todo punto innecesario, en términos de defensa, desviar la atención hacia otras ubicaciones, generando mayor dispersión, en la medida en que, exploradas las vías racionales de investigación, la situación del cuerpo de la fallecida sigue siendo una incógnita. La ocultación del cuerpo de Luz Marina y de los restantes vestigios del crimen cometido ya estaba materializada, en forma tan efectiva que, pese a los considerables esfuerzos judiciales y policiales durante estos cuatro años, no se ha dado con su paradero. De modo que, en términos de defensa, resultaba innecesario que Nazario Javier ofreciera, a medida que decaían sus versiones anteriores, continuas «pistas falsas» que provocaron a su vez falsas expectativas, principalmente de cara a la localización del cuerpo y prioritariamente en sus parientes más allegados.

La zozobra dilatada en el tiempo, que indudablemente ahonda el padecimiento psíquico o moral de las víctimas del delito fruto de las variaciones sucesivas del acusado sobre el destino del cadáver, queda más allá del derecho de defensa en su modalidad de autoencubrimiento impune. Lo determinante del ilícito en cuestión es, en cualquier caso, ese incremento voluntario del dolor de los familiares de Luz Marina, con la importante repercusión emocional en sus padres que recoge el Tribunal en el apartado 6º de los hechos probados, antes transcrito, y que con mayor detalle describe el FJ. 34, a tenor de los informes periciales que señalan las graves secuelas que presentan, y que bien pudieron llevarse al relato fáctico.

Generando esas continuas expectativas en cuanto a la posible localización del cuerpo, sucesivamente frustradas, y siendo tal resultado conocido «ex ante» por el acusado en tanto que sabía de la falta de certeza de sus propias manifestaciones, Nazario Javier dañó la integridad moral de las víctimas. Son aquí los padres de la menor y sus hermanas quienes adquieren esa condición de víctimas directas del delito. Al daño moral inherente a la pérdida de un familiar tan directo, máxime cuando su muerte no es de etiología accidental sino violenta, se suma en este caso el dolor derivado de esas cambiantes versiones sobre lo sucedido y sobre su paradero, ajenas al autoencubrimiento inherente al derecho de defensa, despreciando los sentimientos y por ello la dignidad de las víctimas.

El desvalor del maltrato que, con su conducta a lo largo del procedimiento, ha ido causando Nazario Javier se proyectó sobre aquéllos, convirtiéndolos en sufridores de un trato vejatorio que, en tanto que continuado y persistente en el tiempo, ha generado en ellos un grave padecimiento no sólo físico, sino muy especialmente psíquico, con evidente lesión de su integridad moral. Tal daño aparece reflejado en el relato fáctico cuando se asocia la crueldad de esas cambiantes versiones sobre su paradero al resultado final de no poder darle sepultura, "causando si cabe mayor dolor" al ya ínsito en la muerte de la menor. Los detalles de este padecimiento extraordinario, que va más allá de la imposibilidad de cerrar el duelo por la sola desaparición, y su efecto en la psique de Alejo Gregorio y Vicenta Bibiana los describe, como decíamos, el Tribunal en el FJ. 34 de la sentencia, dando cuenta pormenorizada de las importantes secuelas que, como consecuencia de todo ello, presentan en especial estos dos sujetos pasivos, a tenor de los informes médico-forenses. Rayan en este caso lo propio de un delito de lesiones, por el que, como lamenta el Tribunal de instancia, no se formuló acusación.

Existió, pues, un efectivo ataque al bien jurídico que la norma que analizamos trata de proteger y que esta Sala entiende como manifestación directa de la dignidad humana ( arts. 10 y 15 CE), en todos las facetas de la personalidad, como la de la identidad individual, el equilibrio físico, la autoestima o el respeto ajeno que debe acompañar a todo ser humano ( STS núm. 1218/2004, de 2 de noviembre). La afección última de la dignidad de los familiares de la joven fallecida dimana del vínculo parental mismo con la otrora víctima del delito de asesinato.

No puede justificarse, en suma, en nombre del derecho de defensa el menoscabo de la integridad moral de las personas y excluir la relevancia penal autónoma de dicha conducta, entre otras razones porque tampoco





se desprende otra cosa en este punto del art. 24.2 CE (no declarar contra sí mismo y no declararse culpable). Además, ni siquiera el derecho de defensa pudo resultar afectado materialmente. Por lo tanto, la doctrina del autoencubrimiento no justifica la conducta del procesado, sin que por ello exista una explícita colisión de derechos fundamentales, derecho de defensa y derecho a la dignidad, debiendo preservarse la autonomía punitiva en este caso de la protección de la integridad moral ex art. 173.1 CP.

Tales hechos deben ser subsumidos, por lo tanto, en el delito que interesa el Ministerio Fiscal.

6. Conviene hacer una última precisión. Al tipificar en sede casacional estos hechos como integrantes de un delito contra la integridad moral en ningún modo quebranta este Tribunal de Casación la doctrina emanada del Tribunal Constitucional y del TEDH, de la que da cuenta la reciente STC núm. 201/2012, de 12 de noviembre, entre otras muchas, y según la cual la cuestión de la culpabilidad o la inocencia del acusado no puede, por motivos de equidad en el proceso, resolverse sin la apreciación directa del testimonio del acusado que sostiene que no ha cometido el hecho delictivo que se le imputa, y ello porque no se realiza aquí un análisis de autoría sino de tipicidad.

De acuerdo con la citada doctrina, será indispensable contar con una audiencia pública cuando el Tribunal que conoce del recurso no se limita a efectuar una interpretación diferente en derecho a la del Juez «a quo» en cuanto a un conjunto de elementos objetivos, sino que efectúa una nueva apreciación de los hechos estimados probados en primera instancia y los reconsidera, cuestión que se extendería así más allá de consideraciones estrictamente jurídicas ( STEDH de 10 de marzo de 2009, caso Igual Coll c. España, § 36; en igual sentido, STEDH de 13 de diciembre de 2011, caso Valbuena Redondo c. España, § 32). De ello extrae «sensu contrario» el Tribunal Constitucional, en la citada STC núm. 201/2012, la conclusión de que dicha audiencia pública no resulta necesaria cuando el Tribunal «ad quem» se limita, como en este caso, a efectuar una distinta interpretación jurídica respecto a la realizada en la instancia anterior. Por esta razón, en la sentencia de 16 de diciembre de 2008, caso Bazo González c. España, el TEDH consideró inexistente la invocada vulneración del art. 6.1 CEDH, en la medida en que «los aspectos analizados por la Audiencia Provincial poseían un aspecto puramente jurídico, sin que los hechos declarados probados en primera instancia hubieran sido modificados» (§ 36). En definitiva, la presencia del acusado en la vista, en vía de recurso y cuando en el mismo se debaten cuestiones de hecho que afectan a su declaración de inocencia o culpabilidad, es una concreción del derecho de defensa que tiene por objeto posibilitar que quien ha sido absuelto en primera instancia pueda exponer, ante el Tribunal llamado a revisar la decisión impugnada, su versión personal sobre su participación en los hechos que se le imputan. Es precisamente el carácter personalísimo de dicha manifestación lo que impone su citación para ser oído.

De manera que si el debate planteado en segunda instancia versa exclusivamente sobre cuestiones jurídicas, ya sea por la configuración legal del recurso -situación que, como reconoce el Tribunal Constitucional en esta sentencia, en tantas ocasiones acaece en la casación penal-, ya sea por los concretos motivos que fundamentan la solicitud de agravación de condena planteada por los acusadores, para su resolución no resulta necesario oír personalmente al acusado en un juicio público, pues dicha audiencia ninguna incidencia podría tener en la decisión que pudiera adoptarse, sino que el Tribunal «ad quem» puede decidir adecuadamente sobre la base de lo actuado.

En tales supuestos, en cuanto el debate sea estrictamente jurídico, como lo es aquí, la posición de la parte habrá de entenderse debidamente garantizada por la presencia de su abogado, en quien se encarnaría la efectividad del derecho de defensa frente a los argumentos esgrimidos por la otra parte ( STC núm. 153/2011, de 17 de octubre, FJ. 6).

Se estima, por tanto, el motivo, con los efectos que se señalarán en la segunda sentencia.

**DECIMOQUINTO.**- El último motivo de este recurso lo es asimismo por infracción de ley, estando vinculado a la responsabilidad civil derivada de las infructuosas labores de búsqueda del cuerpo de la fallecida. Se interesa por ello la aplicación del art. 113 CP.

Fundamenta el Ministerio Fiscal esta queja en el contenido del inciso 7º del relato fáctico. Cuestiona que, dados estos hechos, la Audiencia rechace que proceda indemnizar al Estado sobre la base de entender que la investigación del delito es tarea que constituye una obligación de la Policía derivada del art. 4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, dejando no obstante abierta la puerta a una posible valoración como costas en fase de ejecución de condena (FJ. 34 de la sentencia). Discrepa el Fiscal de esta decisión, al entender que esos gastos reúnen en este caso unas características especiales y representan un exceso respecto de la normal investigación de un delito, por diferentes razones: 1) por su considerable cuantía, muy superior a lo habitual en estos casos; 2) porque su originación se debe al continuo cambio de las pesquisas realizadas para localizar el cadáver de Luz Marina, al hilo de la cambiante versión facilitada en este aspecto por Nazario Javier (por lo que considera que no representa una mera indagación



policial y, por ello mismo, a él debe atribuírsele su coste); y 3) por coherencia con lo decidido ante la jurisdicción de menores, que en grado de apelación condenó a Bola , y solidariamente a sus progenitores, a resarcir al menos parcialmente los gastos ocasionados al Estado, sobre la base de los arts. 61.3 LORPM y 113 CP.

1. Efectivamente, en su apartado 7º refieren los hechos probados que, en función de las diferentes versiones que a lo largo de este procedimiento ha ido aportando Nazario Javier sobre el lugar en el que hicieron desaparecer el cadáver de Luz Marina "se desarrollaron intensas labores de búsqueda en una extensa zona del río Guadalquivir, (y) en un vertedero de basura situado en Alcalá de Guadaíra". Añade este mismo inciso que, a tenor de una manifestación de la menor Rocío, novia a la sazón de Nazario Javier , también se buscó el cuerpo de Luz Marina en "unos terrenos ubicados en el término municipal de Camas". Aunque no lo recoja expresamente el Fiscal en su recurso, el último inciso de este mismo apartado cuantifica estos costes, afirmando: "Los gastos que tales labores de búsqueda han ocasionado al Ministerio del Interior ascienden a 616.319'27 ?".

La Audiencia exonera del abono de estos gastos al principal acusado y único condenado, al entender que no obedecen a su responsabilidad «ex delicto», pues son directa consecuencia de la investigación policial del ilícito cometido y de sus circunstancias. El perjuicio económico que se sigue de tales labores ha de ser, según el Tribunal de instancia, asumido por el Estado como consecuencia del art. 4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Rechaza así que el Estado pueda ostentar la condición de tercero perjudicado, si bien en una cláusula final admite que "puedan ser incluidos en su día en las costas al amparo de lo dispuesto en el artículo 241.4 de la L.E.Cr. y concordantes" (FJ. 34, «in fine»).

2. No existen previos pronunciamientos en el orden penal, particularmente por parte de esta Sala de Casación, que examinen semejante disyuntiva entre la responsabilidad civil «ex delicto» y las costas procesales ante este tipo de situaciones. Tal ausencia de jurisprudencia es destacada en el escrito del Fiscal, quien únicamente encuentra un relativo precedente, con las salvedades pertinentes, en una sentencia dictada el 11/10/2011 por el TSJ de Castilla y León, en la que ante un supuesto de delito de incendio provocado se fijó una indemnización separada de los restantes conceptos indemnizatorios por los costes generados al Servicio de Medio Ambiente de la Junta para su extinción.

Tampoco de la normativa penal cabe extraer conclusiones directas en este punto. Ni siquiera entre las recomendaciones de la Unión Europea, que por el momento se centran en el Estatuto de la Víctima en el Proceso Penal, tratando de dar uniformidad a su tratamiento y protección en el nuevo espacio judicial europeo, y recomendando que sean indemnizadas tan pronto como sea posible, con cargo incluso a los fondos del Estado a modo de anticipo, sin perjuicio -claro está- de su ulterior repetición contra el responsable penal.

3. El art. 4 de la Ley Orgánica 2/1986, de 13 de marzo, que fundamenta la decisión de instancia, realmente se limita a señalar: "1. Todos tienen el deber de prestar a las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad el auxilio necesario en la investigación y persecución de los delitos en los términos previstos legalmente. 2. Las personas y entidades que ejerzan funciones de vigilancia, seguridad o custodia referidas a personal y bienes o servicios de titularidad pública o privada tienen especial obligación de auxiliar o colaborar en todo momento con las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad". No parece por ello que dicho precepto ofrezca suficiente justificación de la exclusión del Estado como posible perjudicado.

La laboriosa investigación realizada por las Fuerzas del orden público en este caso más parece encontrar refrendo en el art. 126 CE, así como en los arts. 547 a 550 LOPJ. Entre las funciones que corresponden específicamente a las unidades de Policía Judicial, destacamos, en particular, la de averiguar "los responsables y circunstancias de los hechos delictivos y la detención de los primeros, dando cuenta seguidamente a la autoridad judicial y fiscal, conforme a lo dispuesto en las leyes" [ art. 549.a) LOPJ]. Deben asimismo prestar auxilio a las autoridades, judicial y fiscal, en cuantas actuaciones sea necesaria su cooperación, actuando en cualquier caso bajo su dirección ( art. 550.1 LOPJ) y siguiendo sus instrucciones. Tales previsiones encuentran un desarrollo más pormenorizado en el Real Decreto 769/1987, de 19 de junio, dedicado a la Regulación de la Policía Judicial.

4. Por ello mismo, la indagación policial no debe entenderse fruto directo de las volubles declaraciones vertidas por Nazario Javier a través de sus declaraciones en el procedimiento, sino de las órdenes recibidas de la autoridad competente, que es quien habrá procedido al filtrado de su contenido a estos fines. De este modo, ha de convenirse con la Sala de instancia en que no es posible atribuir esos gastos a Nazario Javier a modo de responsable civil por la previa comisión del delito de asesinato. Por otra parte, la indemnización tampoco es una consecuencia necesaria del delito, que puede existir, pero que no sigue ineluctablemente al hecho punible. La responsabilidad civil nace del acto u omisión ilícita directamente porque comporta un daño civil «per se» atribuible al autor y al cómplice del hecho punible: así se desprende del art. 109 CP en cuanto a "...los daños y perjuicios por él causados" respecto del hecho descrito por la ley como delito o falta, y del art. 116 CP, " toda



persona criminalmente responsable de un delito o falta lo es también civilmente si del hecho se derivaren daños o perjuicios", de forma que si no se sigue directamente el daño no puede ser atribuida a aquéllos.

La catalogación de los gastos reclamados como costas tiene mejor acomodo en nuestra legislación sustantiva y procesal. En primer lugar, el art. 124 CP, ciertamente con carácter general, se refiere a las costas que "...comprenderán los derechos e indemnizaciones ocasionados en las actuaciones judiciales..."; en segundo lugar, con mayor concreción, el art. 241.4 LECrim se refiere a las "...indemnizaciones correspondientes a los testigos que las hubiesen reclamado, si fueren de abono, y (a) los demás gastos que se hubiesen ocasionado en la instrucción de la causa", inciso que autoriza la inclusión de los perjuicios económicos a los que se refiere el Ministerio Fiscal; también, al determinar la prelación en los pagos que se efectúen por el penado o el responsable civil subsidiario, el art. 126.1 CP establece a su vez que "...se imputarán por el orden siguiente: (...) 2º. A la indemnización al Estado por el importe de los gastos que se hubieran hecho por su cuenta en la causa".

5. La determinación de los costes que, generados para la búsqueda de Luz Marina, se ha de atribuir a Nazario Javier requerirá, no obstante, el previo desglose o división de ese «quantum» en dos grupos, diferenciando los ocasionados por las pesquisas en el río y en el vertedero de aquellos otros que corresponden a la búsqueda de su cuerpo en la localidad de Camas, dado que el relato fáctico especifica con claridad meridiana que estos últimos tienen su origen exclusivo en la versión dada por la entonces novia de Nazario Javier, y no por este mismo. Sólo respecto de los primeros habrá de resarcir el condenado al Estado.

Con estos límites, el motivo es estimado.

**DECIMOSEXTO.**- Las costas ocasionadas por el recurso de Nazario Javier deben ser impuestas al mismo ex artículo 901.2 LECrim, declarándose de oficio las correspondientes a la acusación particular y al Ministerio Fiscal.

### III. FALLO

Que debemos declarar **NO HABER LUGAR** al recurso de casación por infracción de ley y de precepto constitucional dirigido por el acusado **Nazario Javier** frente a la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, en fecha 13/01/2012, en causa seguida al mismo y otros por delitos de asesinato, agresión sexual, profanación de cadáveres, contra la integridad moral y amenazas, con imposición al mencionado de las costas del recurso.

Que debemos declarar **HABER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación formulado por el **MINISTERIO FISCAL** por vulneración de precepto constitucional e infracción de ley frente a la misma resolución, que se casa y anula también parcialmente, declarando de oficio las costas del mismo.

Que debemos declarar **HABER LUGAR PARCIALMENTE** al recurso de casación por vulneración de precepto constitucional, en su modalidad de tutela judicial efectiva, dirigido por la acusación particular ejercitada por Vicenta Bibiana y Alejo Gregorio, frente a la sentencia mencionada, casándola y anulándola en la medida indicada, declarando de oficio las costas correspondientes a este recurso.

Comuníquese esta resolución y la que seguidamente se dicta al Tribunal Sentenciador a los efectos legales procedentes, con devolución de la causa que en su día remitió, interesando acuse de recibo.

Así por esta nuestra sentencia que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

**10145/2012P**

**Ponente Excmo. Sr. D.: Juan Saavedra Ruiz**

**Vista: 07/11/2012**

**Secretaría de Sala: Ilmo. Sr. D. Juan Antonio Rico Fernández**

**TRIBUNAL SUPREMO**

**Sala de lo Penal**

**SEGUNDA SENTENCIA N°: 62/2013**

**Excmos. Sres.:**

**D. Juan Saavedra Ruiz**



**D. Julián Sánchez Melgar**

**D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca**

**D. Juan Ramón Berdugo Gómez de la Torre**

**D. Alberto Jorge Barreiro**

---

En nombre del Rey

La Sala Segunda de lo Penal, del Tribunal Supremo, constituida por los Excmos. Sres. mencionados al margen, en el ejercicio de la potestad jurisdiccional que la Constitución y el pueblo español le otorgan, ha dictado la siguiente

### **SENTENCIA**

En la Villa de Madrid, a veintinueve de Enero de dos mil trece.

En la causa incoada por el Juzgado de Instrucción nº 4 de Sevilla, con el número Sumario 1/2011 y seguida ante la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, por delitos de asesinato, profanación de cadáveres, contra la integridad moral, agresión sexual, encubrimiento y amenazas, contra Nazario Javier , con DNI NUM009 , natural de Sevilla, nacido el día NUM010 de 1989, hijo de Felisa y José, sin antecedentes penales, en prisión por esta causa, insolvente; Isaac Ovidio , con DNI NUM011 , natural de Sevilla, nacido el día NUM012 de 1968, hijo de Antonio y Felisa, con domicilio en Sevilla, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, insolvente; Primitivo Imanol , con DNI NUM013 , natural de Sevilla, nacido el día NUM014 de 1989, hijo de Margarita y Diego, con domicilio en Sevilla, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, insolvente; y contra Isabel Joaquina con DNI NUM015 , natural de Sevilla, nacida el día NUM016 de 1977, hija de Ángela y José, con domicilio en Sevilla, sin antecedentes penales, en libertad provisional por esta causa, insolvente; la Sala Segunda del Tribunal Supremo, integrada por los Excmos. Sres. expresados al margen y bajo la Presidencia y Ponencia del Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, hace constar los siguientes:

### **I. ANTECEDENTES**

**ÚNICO.-** Se aceptan los de la sentencia recurrida, incluyendo los hechos probados, salvo los extremos que pudiesen verse afectados como consecuencia de la nulidad parcial de la misma que referiremos en la parte dispositiva de la presente.

### **II. FUNDAMENTOS DE DERECHO**

**ÚNICO.-** Se dan por reproducidos los fundamentos jurídicos undécimo, duodécimo, decimotercero, decimocuarto y decimoquinto de nuestra sentencia precedente y los de la Audiencia que no se opongan a los anteriores.

Los hechos declarados probados son constitutivos de un delito contra la integridad moral previsto y sancionado en el artículo 173.1, apartado primero, CP, siendo autor del mismo el acusado Nazario Javier , sin la concurrencia de circunstancias modificativas de la responsabilidad criminal, imponiéndole la pena de UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN, con la accesoria de inhabilitación especial para el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Se fija la pena en el límite máximo de su mitad inferior teniendo en cuenta la gravedad de los hechos ya relacionados en nuestro fundamento decimocuarto pero igualmente que los mismos, junto con otros, ya fueron tenidos en cuenta por la Audiencia para individualizar la pena por el delito de asesinato, como hemos dicho en nuestra sentencia de casación.

Los gastos generados por la búsqueda del cadáver de Luz Marina corresponde satisfacerlos al condenado Nazario Javier en concepto de costas derivadas de la instrucción de la causa, debiendo tenerse en cuenta lo señalado en el fundamento de derecho decimoquinto, apartado quinto, de la resolución precedente.

En cuanto a los efectos y alcance de la estimación de los motivos referentes a la tutela judicial efectiva, es cierto que las acusaciones han interesado la nulidad del juicio y su nueva celebración ante un Tribunal distinto. Sin embargo, no hemos declarado la nulidad del juicio de instancia porque no se ha estimado infracción procesal-constitucional alguna que lo justificase. Lo que declara el Tribunal Supremo como infracción de la tutela judicial efectiva se contrae a una valoración arbitraria e ilógica de los elementos probatorios regularmente obtenidos y practicados en la instancia atinentes a la fijación de la hora de la salida del cadáver del domicilio donde se cometió el asesinato, de forma que debe ser el mismo Tribunal el que debe volver a valorar dichos elementos a la luz de los razonamientos contenidos especialmente en el apartado cuarto del fundamento decimoprimer



y en el decimosegundo de la sentencia de casación al objeto de reexaminar la posible participación como encubridor del acusado Primitivo Imanol , con libertad de criterio y respeto por las reglas de la lógica. Por lo que hace a la absolución de los otros dos acusados de encubrimiento, tal declaración debe quedar firme, puesto que la excusa absolutoria mencionada en nuestra primera sentencia (fundamento decimotercero) es una cuestión jurídica que impediría su reconsideración, incluso modificando la hora de salida del cadáver, y en el caso de Isabel Joaquina porque la modificación del horario no alteraría la prueba de cargo insuficiente acerca de su participación en los hechos objeto del encubrimiento, aún admitiendo su presencia en el domicilio, como también se ha razonado ya en el fundamento últimamente citado.

### III. FALLO

Que manteniendo el resto de los pronunciamientos contenidos en el Fallo dictado por la Audiencia Provincial de Sevilla, Sección Séptima, en fecha 13/01/2012, debemos condenar al procesado **Nazario Javier** como autor de un delito contra la integridad moral, ya definido, sin la concurrencia de circunstancias, a la pena de **UN AÑO Y TRES MESES DE PRISIÓN**, con la accesoria de inhabilitación especial para ejercer el derecho de sufragio pasivo durante el tiempo de la condena. Este acusado deberá responder en concepto de costas de los gastos ocasionados en la búsqueda del cadáver de la víctima del delito de asesinato, debiendo satisfacer igualmente las costas correspondientes al delito contra la integridad moral.

Se declara la nulidad parcial de la sentencia y su reenvío al mismo Tribunal que la dictó a los efectos de que dicte un nuevo pronunciamiento referido exclusivamente a los extremos señalados en el fundamento jurídico único precedente.

Así por esta nuestra sentencia, que se publicará en la Colección Legislativa, lo pronunciamos, mandamos y firmamos

### TRIBUNAL SUPREMO

#### Sala de lo Penal

---

### VOTO PARTICULAR

FECHA:29/01/2013

#### VOTO PARTICULAR QUE FORMULA EL MAGISTRADO EXCMO. SR. D. Miguel Colmenero Menéndez de Luarca, en relación a la Sentencia nº 62/2013, de fecha 29 de enero de 2.013.

Con el respeto que me merece la decisión de la mayoría que, en definitiva, es la decisión del Tribunal Supremo en la cuestión sometida en este caso a su jurisdicción, me veo en la necesidad de hacer expresa mi discrepancia. Y no lo hago solo por reflejar mi opinión sobre cuál debería de haber sido la solución correcta en el caso concreto, lo cual probablemente carecería de utilidad, sino porque entiendo que de una forma excepcional se altera, ampliándolo, el conjunto de exigencias requeridas para considerar ajustada a Derecho una sentencia absolutoria en el aspecto relativo a la valoración de las pruebas. Partiendo de que el acusado está protegido por la presunción de inocencia y que, por lo tanto, es precisa la existencia de suficientes pruebas de cargo para enervarla, la absolución se justifica siempre que se exprese por el Tribunal una duda razonable. Aspecto éste controlable en casación, pero que no puede identificarse con la coincidencia en todos los aspectos del razonamiento y en su resultado. Igualmente entiendo que la invocación de la tutela judicial efectiva no puede dar lugar a la anulación de la sentencia impugnada cuando inequívocamente, en ningún caso, podría dar lugar a una modificación del fallo. Lo cual, como afirmación de carácter general, se reconoce en la sentencia mayoritaria, aunque en mi opinión no lo aplica al caso en sus inevitables consecuencias.

1. No se discute en la sentencia que la motivación de las sentencias absolutorias requiere una menor intensidad que la que debe acompañar a las resoluciones de condena, pues en el primer caso el acusado sigue protegido por la presunción de inocencia ( STC nº 169/2004 y 115/2006). Esta obligación de motivar, se dice en esta última sentencia, "*... debe ser exigida con menos rigor cuando se trata de una Sentencia absolutoria, pues una garantía del proceso penal, como lo es la de motivación, se proyecta en este caso en contra de quien se halla bajo la cobertura de esa garantía*". A pesar de ello, se reconoce la necesidad de la motivación al afirmar que, como señaló la STC nº 169/2004, de 6 de octubre "*las Sentencias absolutorias, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales que en las condenatorias, se mueven en cuanto a la motivación en el plano general de cualesquiera otras Sentencias, lo que no supone que en ellas pueda excluirse la exigencia general de motivación, pues ésta, como dice el art. 120.3 CE , es requerida "siempre". No cabe por ello entender que una Sentencia*



*absolutoria pueda limitarse al puro decisionismo de la absolución sin dar cuenta del porqué de ella, lo que aun cuando no afectara a otros derechos fundamentales, como ocurriría en el caso paralelo de las Sentencias condenatorias, sería en todo caso contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad".*

Así pues, la motivación es necesaria, aunque menos intensa que la requerida para razonar la enervación de la presunción de inocencia. Por otro lado, el examen respecto de la existencia de una motivación suficiente abarca también la mínima razonabilidad de la misma, de modo que es posible anular sentencias absolutorias cuando la motivación que las sustenta pueda considerarse manifiestamente errónea, arbitraria o caprichosa. Bien entendido que ello no puede traducirse en el cuestionamiento de una determinada forma de razonar sobre la base del desacuerdo del tribunal que la examina en vía de recurso respecto del mismo razonamiento o de las conclusiones alcanzadas o que pudieran alcanzarse. Dicho con otras palabras, es posible anular una sentencia que se base en un razonamiento arbitrario por caprichoso o manifiestamente erróneo a causa de la falta de toda lógica en el discurso o en sus fases, pero no es posible basar tales apreciaciones en la simple constatación de que el tribunal que resuelve el recurso, de haber sido el de instancia, hubiera resuelto de otra manera. Entre otras razones, porque no es el de instancia, sino, en este caso, el de casación, y ocupa por ello, en el proceso, una posición evidentemente distinta.

2. En la sentencia se recoge en más de una ocasión una afirmación que, aceptada por la mayoría, comparto igualmente: la alegación de la vulneración de la tutela judicial efectiva no puede prosperar cuando, de aceptarla, no dé lugar a ninguna alteración del fallo. En consecuencia, solo si, en el momento de resolver el recurso, pudiera afirmarse que la sustitución de un razonamiento considerado insuficiente por otro construido de forma racional pudiera producir como resultado una modificación del fallo, el recurso podría ser estimado. Dicho de otra forma, quizá más accesible para el profano, cuando pueda afirmarse que aún modificando el razonamiento que se considera insuficiente no sería posible alterar el fallo, la queja no debería ser atendida.

3. En lo que afecta al contenido de este voto particular, el motivo se estima en la sentencia mayoritaria, en primer lugar, por entender que el Tribunal de instancia no ha respetado la lógica en la valoración de las pruebas relativas a la determinación de la hora en la que (los acusados o quienes intervinieran en ello) se deshicieron de los restos de la víctima. Y, en segundo lugar, porque se sostiene que las pruebas relativas a la participación del acusado Primitivo Imanol no han sido suficiente y adecuadamente valoradas.

4. Comenzaré por la segunda cuestión. Pues entiendo que, con independencia de la hora en la que efectivamente se realizaron los hechos encaminados a deshacerse del cadáver de la víctima, no es posible afirmar que la valoración de las pruebas existentes contra Primitivo Imanol haya de tacharse de arbitraria, caprichosa o manifiestamente errónea. De forma, que la conclusión del Tribunal de instancia al entender que no ha sido enervada su presunción de inocencia respecto de la participación en los actos encaminados a la desaparición del cuerpo de Luz Marina, es suficientemente razonable, y no sufriría variación alguna aún en el caso de establecer otra secuencia temporal respecto a los actos de ocultación del cuerpo de la víctima.

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

5. Comparto, pues, sustancialmente la decisión del Tribunal de instancia en el sentido de rechazar la posibilidad de enervar la presunción de inocencia de Primitivo Imanol en tanto que la acusación se basa en autoincriminaciones en sede policial no ratificadas, sino rectificadas en su totalidad, que por lo tanto no pueden operar como prueba de cargo, y en las inculpaciones de coimputados (el Bola y Nazario Javier) respecto de las cuales no existen, según la sentencia de instancia, elementos de corroboración, sin que en la sentencia de casación se mencione alguno no valorado, pero que se entienda que requiere una expresa valoración (sin perjuicio del sentido y resultado de la misma).

Examinadas con más detalle, las pruebas de cargo contra Primitivo Imanol que podrían acreditar su participación en los hechos son las siguientes.

En primer lugar, las declaraciones del acusado Nazario Javier. Prestó declaración en varias ocasiones y, según se recoge en la sentencia impugnada, sostuvo hasta 6 versiones distintas que se explican con suficiente detalle. En síntesis, como sigue:



En la 3ª declaración, en sede policial, primera en la que reconoce haber dado muerte a Luz Marina, afirma que, después, llamó a Primitivo Imanol, que llegó sobre las 21,30 hs.. Llevaron el cuerpo en la moto, entre los dos, y la tiraron al río. No intervino el Bola.

En la 4ª declaración, también en sede policial, sostiene que llamó a Primitivo Imanol que llegó sobre las 21,30 hs. Cuando Primitivo Imanol sale a buscar la moto ve al Bola, en el coche de su madre, un VW Polo, color claro. La cogen por las axilas y la meten en el coche. La tiran al río. No usaron la silla de ruedas. Se separaron a las 22,15 o 22,30 hs.

En la 5ª, en sede Policial, insistió en la misma versión, precisando que llamó a Primitivo Imanol a las 20,40 hs.. Y que no llamó al Bola.

En la 6ª declaración, primera en sede judicial, manifiesta que llamó a Primitivo Imanol, pasados dos o tres minutos de haber golpeado a Luz Marina, desde un teléfono público cercano. Primitivo Imanol, con el Bola, tardó en llegar una media hora. No usaron la silla de ruedas.

En la 7ª declaración, también ante el Juez, insiste en que el cuerpo lo sacaron en volandas. Primitivo Imanol y el Bola, hasta el coche que estaba aparcado en una esquina próxima.

En la 8ª, en la misma sede, cuenta una nueva versión, según la cual Bola violó a Luz Marina y luego la mató con el cable de una alargadera. Primitivo Imanol no tardó mucho en llegar. Usando bolsas de basura grandes ocultaron el cuerpo, lo montaron en una silla de ruedas, lo sacaron de la casa y lo arrojaron a un contenedor de basura frente a la cabina de teléfonos que hay allí. La echaron al contenedor entre los tres. Primitivo Imanol le recomendó que dijera a la Policía que dejó a Luz Marina sobre las 21,30 hs..

En la 9ª declaración, nuevamente ante el Juez, insiste en lo mismo, aunque ahora dice que la violaron los dos y que entre los dos la mataron. La tiraron al contenedor usando la silla de ruedas. Pero ahora dice que Primitivo Imanol nunca estuvo allí el día de los hechos.

En la 10ª, también judicial, sostiene una nueva versión, volviendo sustancialmente a la inicial. La mató él con el cenicero. El Bola llegó y avisó a Primitivo Imanol, que llegó sobre las 21,30 hs.. Los tres pusieron su cuerpo en la silla de ruedas y los tres lo introdujeron en el coche rojo, Opel Astra, en el que había llegado Primitivo Imanol y no en el Polo blanco de la madre del Bola. Sobre las 00,00 llamó a Primitivo Imanol, que le dijo que estaba en Montequinto y que el cadáver estaba aún en el coche.

En la indagatoria mantiene la versión anterior.

En el juicio oral, insistió en lo mismo. Cogieron el cuerpo de la menor, los tres, y lo metieron en el coche granate en el que había llegado Primitivo Imanol. Añade que cuando llamó a Primitivo Imanol a las 00,00 hs., le dijo que habían tirado el cuerpo al río, sin especificar dónde.

6. En resumen, Nazario Javier implica a Primitivo Imanol en la desaparición del cuerpo de Luz Marina en sus dos declaraciones policiales, pero con relatos distintos, pues en uno de ellos solo Nazario Javier y Primitivo Imanol llevan el cuerpo hasta el río en una moto, y en el segundo, también participa el Bola y la llevan hasta el río en un coche de la madre del Bola.

En sus declaraciones judiciales, niega la intervención de Primitivo Imanol en una ocasión, y lo implica en cinco ocasiones y en el juicio oral. Pero no siempre con la misma versión. En algunas declaraciones dice que sacaron el cuerpo en volandas hasta el coche de la madre del Bola; en otras que lo colocaron en la silla de ruedas; en alguna dice que en la silla de ruedas lo llevaron hasta el coche, ahora un Opel Astra que traía Primitivo Imanol, y en otra declaración dice que lo arrojaron al contenedor. En alguna declaración dice que al contenedor la tiraron los tres, y en otra que lo hicieron el Bola y él. Incluso en la declaración del 9 de setiembre, que mantiene en la indagatoria, dice que habló con Primitivo Imanol sobre las 00,00 hs., y que éste le dijo que el cuerpo estaba todavía en el coche, mientras que en el plenario, al referirse a esta conversación, dice que Primitivo Imanol le dijo que habían arrojado el cuerpo al río.

En todas las declaraciones, sitúa todos estos hechos en una franja horaria comprendida entre las 20,40 hs. y las 22,30 hs., aproximadamente

7. Es sabido que las declaraciones inculpatorias de un coimputado requieren como elemento previo a su valoración, la constatación de que aparecen avaladas por algún elemento externo de corroboración. En este sentido, aunque se trata de doctrina bien conocida, el Tribunal Constitucional ha señalado, entre otras muchas, en la STC nº 126/2011, que "... en relación con la suficiencia de las declaraciones de los coimputados para enervar la presunción de inocencia, hemos resaltado (entre otras, SSTC 34/2006, de 13 de febrero, F. 2 y 102/2008, de 28 de julio, F. 3) que éstas no poseen solidez plena como prueba de cargo suficiente cuando, siendo únicas, no están mínimamente corroboradas por algún hecho, dato o circunstancia externa, y ello porque



*el imputado, a diferencia del testigo, no tiene la obligación de decir la verdad sino que, por el contrario, le asiste el derecho a guardar silencio total o parcialmente y no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad ( SSTC 147/2004, de 13 de septiembre, F.2 ; 312/2005, de 12 de diciembre, F. 1 ; 170/2006, de 5 de junio, F. 4 y 198/2006, de 3 de julio , F.4). Esta exigencia de refuerzo, por otra parte, no está prefijada en términos generales, sino que se deja a la casuística la determinación de los casos en que puede estimarse que existe esa mínima corroboración, por lo que ha de atenderse a las circunstancias presentes en cada supuesto particular. Según esta doctrina, además, esa mínima corroboración ha de recaer, precisamente, sobre la participación del acusado en los hechos punibles que el órgano judicial hubiera considerado probados ( SSTC 340/2005, de 20 de diciembre, F. 2 y 277/2006, de 25 de septiembre , F.2), resultando que los elementos de corroboración han de hallarse expuestos en las resoluciones judiciales recurridas como fundamentos probatorios de la condena ( SSTC 91/2008, de 21 de julio, F. 3 y 102/2008, de 28 de julio , F. 3).".*

8. El Tribunal de instancia rechaza el valor probatorio de estas inculpaciones por la ausencia de ese elemento de corroboración, y lo hace aún antes de considerar su posible credibilidad, evidentemente debilitada por el continuo cambio en el relato. Incluso, valora elementos de sentido y efecto contrario a la corroboración de cualquiera de esas versiones. De un lado, que en el teléfono de Primitivo Imanol , a la hora que dice que lo llamó para solicitar su ayuda, solamente aparece una llamada, a las 21,24 hs., procedente de un teléfono público que se encuentra a más de un kilómetro de la vivienda de CALLE001 , que el Tribunal considera efectuada por el Bola . Desde luego no fue efectuada desde la cabina de teléfonos que existía frente al contenedor donde, en alguna de las versiones, dice Nazario Javier que arrojaron el cuerpo de la víctima. Además, en esa franja horaria, los datos disponibles, procedentes de la localización geográfica del teléfono de Primitivo Imanol y de las declaraciones de testigos presenciales, lo sitúan en Montequinto, lejos del lugar de los hechos. y, en tercer lugar, que en lugar de los hechos no apareció ningún resto biológico que correspondiera a Primitivo Imanol .

Y, además, para negar virtualidad probatoria a estas declaraciones, ya desde la perspectiva de su credibilidad, razona expresamente acerca de la existencia de diversas versiones diferentes de lo ocurrido y, concretamente, de la forma en la que se desarrolló la supuesta participación de Primitivo Imanol , y en la inexistencia de ningún apoyo objetivo para cualquiera de ellas.

En consecuencia, la falta de cualquier elemento de corroboración y la existencia de datos contrarios a la versión inculpatória, hacen que el rechazo de las declaraciones de Nazario Javier como prueba de cargo contra Primitivo Imanol resulte suficientemente razonable.

9. El segundo elemento probatorio que pudiera valorarse como prueba de cargo respecto de la participación de Primitivo Imanol son las declaraciones de Diego Urbano , el Bola .

También presta varias declaraciones, con contenido variado.

Después de una primera declaración prestada el 28 de enero ante la Policía, en la que no reconoció ninguna clase de participación, declara el 11 de febrero, también ante la Policía y reconoce que llamó a Primitivo Imanol sobre las 21,30 hs. desde una cabina de la Plaza de Sta. María de Ordaz, quedando para las 2,30 hs., en que Primitivo Imanol le dijo que volvería de Montequinto.

El 15 de febrero, ya detenido en sede policial, manifestó que después de hablar con Primitivo Imanol le llamó Nazario Javier . Luego habló nuevamente con Primitivo Imanol , que vino de Montequinto y lo recogió en su casa, y fueron a CALLE001 con el coche de su madre, el Polo blanco. Metieron el cuerpo, envuelto en una manta gris oscura en el coche. Nazario Javier fue en la moto, y tiraron el cuerpo al río.

Esta declaración fue ratificada ante la Fiscalía de menores y ante el Juzgado de instrucción del 16 y 18 de febrero de 2009. Posteriormente, ante el Juez de instrucción, el 10 de marzo rectificó estas declaraciones negando cualquier participación, lo que mantuvo en sus posteriores declaraciones de 17 de marzo y 30 de junio.

El Tribunal rechaza las declaraciones del anterior como prueba de cargo contra Primitivo Imanol , por entender que proceden igualmente de un coimputado y que, por lo tanto, precisan de algún elemento externo de corroboración. En este sentido, el Tribunal Constitucional, en la STC 111/2011, FJ 6, había señalado que "*Desde esta perspectiva, la cuestión nuclear que ha de resolverse, conforme con los valores y principios constitucionales a cuya preservación se dirige la anterior doctrina, no es tanto si la persona citada a declarar por el Tribunal ha sido o no parte en la causa que entonces se enjuicia, sino si ésta fue o no participe en los hechos, pues es evidente que la coparticipación en el delito (por los sentimientos e intereses que pueden haber surgido desde su comisión) es un dato relevante a tener en cuenta para ponderar la credibilidad de su testimonio. En consecuencia, aun cuando una mera concepción formal de la condición de coimputado conllevaría que la exigencia de la mínima corroboración de su declaración sólo fuese aplicable a quien fuese juzgado simultáneamente en el mismo proceso, esto es, a quien tiene la condición formal de coacusado, hemos de extender esta garantía de*





*la mínima corroboración de la declaración inculpativa también a los supuestos en los que tal declaración se presta por quien fue acusado de los mismos hechos en un proceso distinto y que, por esta razón, comparece como testigo en un proceso posterior en el que se juzga a otra persona por su participación en la totalidad o parte de estos hechos*

El Tribunal no aprecia la existencia de tales elementos corroboradores, pues reitera que no aparece ningún rastro biológico de Primitivo Imanol en la vivienda ni en el vehículo VW Polo que el Bola dice que utilizaron para trasladar el cuerpo, mientras que existen datos en sentido contrario, pues en la franja horaria en la que el Bola dice que ocurren los hechos cuando inculpa a Primitivo Imanol, éste se encontraba en Montequinto, según resulta, como ya se dijo, de las declaraciones de testigos y de la demostrada ubicación de su teléfono móvil. Además, menciona el Tribunal de instancia algunos datos objetivos acreditados por los listados de llamadas, que acreditan que las versiones del Bola respecto de las comunicaciones habidas con Primitivo Imanol y Nazario Javier, no se ajustan a la realidad.

10. El tercer elemento de prueba, son las propias declaraciones autoinculpativas prestadas por Primitivo Imanol.

En su primera declaración policial, como testigo, niega haber participado en los hechos, aunque reconoce una llamada de Nazario Javier sobre las 00,10 hs. cuando estaba en Montequinto.

A las 2,00 hs del día 14 de febrero, ya detenido, declara ante la policía y dice que durante la madrugada lo llamó Nazario Javier, estando él en Montequinto. Poco después se fue a Sevilla en autobús. Sacaron el cuerpo en brazos, la montaron en la moto y entre los dos la tiraron al río desde el puente de la carretera que va a Camas.

A las 1,30 hs. del día 16 de febrero, también ante la Policía, una vez que ya había declarado el Bola manifestando que había participado en la desaparición del cuerpo de Luz Marina, declara nuevamente, y ahora reconoce su participación, pero aclara que Nazario Javier lo llamó sobre las 21,00 hs. Vio cómo liaban el cuerpo en lo que le pareció una manta oscura, aunque no puede recordar quienes eran los que lo hacían. Sacaron el cuerpo con la silla de ruedas y la metieron en la parte de atrás del coche que traía el Bola. Nazario Javier fue en la moto y ellos en el coche hacia el río y allí los tres la tiraron.

El mismo día 16, ante el Juez de instrucción declara que todo lo anteriormente dicho no es cierto, que la Policía le amenazó. Reconoce que habló con el Bola sobre las 21,00 hs., con Nazario Javier sobre las 00,00 hs. y que estuvo todo el día en Montequinto de donde volvió sobre las 2,30 hs. del domingo, y facilita datos de las personas con las que estuvo en Montequinto.

El Tribunal rechaza expresa y motivadamente el valor inculpativo de estas declaraciones.

Admite la validez formal de las mismas rechazando la existencia de indicios de malos tratos orientados a obtenerlas. Pero afirma que no resisten ni una somera crítica en tanto que, en primer lugar, son contradictorias entre sí, y, además, vienen desmentidas por los datos relativos a la ubicación horaria del móvil de Primitivo Imanol, que lo sitúa a esas horas en Montequinto.

Efectivamente, en ellas constan dos versiones distintas sobre la forma en la que se deshicieron del cuerpo de Luz Marina y sobre quienes fueron las personas que lo hicieron, lo que dificulta establecer cual de ellas se ajusta a la realidad.

Y esas declaraciones sitúan los hechos en los que dice haber participado en una franja horaria durante la cual el declarante puede acreditar que estaba en Montequinto. Así resulta de la prueba testifical que se examina detalladamente en la sentencia y de la localización de su teléfono móvil.

Pero, además de los razonamientos del Tribunal de instancia, desde la perspectiva de este Tribunal de casación, ha de recordarse que las declaraciones prestadas por el imputado en sede policial, no ratificadas ante el Juez de instrucción no constituyen por sí mismas prueba de cargo. El Tribunal Constitucional, en la STC nº 68/2010, declaró que "... b) No obstante, la posibilidad de tomar en cuenta declaraciones prestadas extramuros del juicio oral no alcanza a las declaraciones prestadas en sede policial. Al respecto, ya en la STC 31/1981 afirmamos que "dicha declaración, al formar parte del atestado tiene, en principio, únicamente valor de denuncia, como señala el art. 297 de la LECrim" (FJ 4), por lo que, considerado en sí mismo, el atestado se erige en objeto de prueba y no en medio de prueba, con el resultado de que los hechos que en él se afirman por funcionarios, testigos o imputados han de ser introducidos en el juicio oral a través de auténticos medios probatorios ( STC 217/1989, de 21 de diciembre, FJ 2; 303/1993, de 25 de octubre, FJ 4; 79/1994, de 14 de marzo, FJ 3; 22/2000, de 14 de febrero, FJ 5; 188/2002, de 14 de octubre, FJ 2).

Ello no significa negar toda eficacia probatoria a las diligencias policiales que constan en el atestado, pues, por razón de su contenido, pueden incorporar datos objetivos y verificables, como croquis, planos, fotografías, que pueden ser utilizados como elementos de juicio siempre que, concurriendo el doble requisito de la mera



constatación de datos objetivos y de imposible reproducción en el acto del juicio oral, se introduzcan en éste como prueba documental y garantizando de forma efectiva su contradicción [ SSTC 107/1983, de 29 de noviembre, FJ 3 ; 303/1993, de 25 de octubre , FJ 2 b); 173/1997, de 14 de octubre , FJ 2 b); 33/2000, FJ 5 ; 188/2002 , FJ 2].

Pero tal excepción, referida a supuestos susceptibles de configurarse como prueba preconstituida por referirse a datos objetivos e irrepitibles, no puede alcanzar a los testimonios prestados en sede policial. Así, en la STC 79/1994 , ya citada, manifestamos que "tratándose de las declaraciones efectuadas ante la policía no hay excepción posible. Este Tribunal ha establecido muy claramente que 'las manifestaciones que constan en el atestado no constituyen verdaderos actos de prueba susceptibles de ser apreciados por los órganos judiciales' ( STC 217/1989 ). Por consiguiente, únicamente las declaraciones realizadas en el acto del juicio o ante el Juez de Instrucción como realización anticipada de la prueba y, consiguientemente, previa la instauración del contradictorio, pueden ser consideradas por los Tribunales penales como fundamento de la sentencia condenatoria" (FJ 3).

La citada doctrina ha sido confirmada por las SSTC 51/1995, de 23 de febrero , y 206/2003, de 1 de diciembre . En tales resoluciones afirmamos que "a los efectos del derecho a la presunción de inocencia las declaraciones obrantes en los atestados policiales carecen de valor probatorio de cargo" ( STC 51/1995 , FJ 2). Más concretamente, y en directa relación con el caso que ahora nos ocupa, "las declaraciones prestadas por un coimputado en las dependencias policiales no pueden ser consideradas exponentes ni de prueba anticipada ni de prueba preconstituida, y no sólo porque su reproducción en el juicio oral no se revela imposible o difícil ... sino fundamentalmente porque no se efectúan en presencia de la autoridad judicial, único órgano que, por estar institucionalmente dotado de independencia e imparcialidad, asegura la fidelidad del testimonio y su eventual eficacia probatoria" [ SSTC 51/1995, FJ 2 ; 206/2003, FJ 2 c )]. Por otra parte, "tampoco pueden ser objeto de lectura en la vista oral a través de los cauces establecidos por los arts. 714 y 730 LECrim , por cuanto dichos preceptos se refieren exclusivamente a la reproducción de diligencias practicadas en la fase instructora propiamente dicha, es decir, en el periodo procesal que transcurre desde el Auto de incoación del sumario o de las diligencias previas y hasta el Auto por el que se declara concluida la instrucción, y no en la fase 'preprocesal' que tiene por objeto la formación del atestado en la que, obviamente, no interviene la autoridad judicial sino la policía. Cabe recordar que, con arreglo a la doctrina expuesta anteriormente, las declaraciones prestadas ante la policía, al formar parte del atestado y de conformidad con lo dispuesto en el art. 297 LECrim , tienen únicamente valor de denuncia, de tal modo que no basta para que se conviertan en prueba con que se reproduzcan en el juicio oral, siendo preciso que la declaración sea reiterada y ratificada ante el órgano judicial" [ SSTC 51/1995, FJ 2 ; 206/2003 , FJ 2 d)]".

Es cierto que esta Sala ha admitido que pueden ser valorados los resultados de una investigación que permite verificar la realidad de los elementos fácticos de carácter objetivo desconocidos hasta ese momento que aparecen por primera vez en las declaraciones autoinculpatorias prestadas en sede policial. Pero ni en lo que se recoge en la sentencia impugnada, ni en el contenido del fundamento jurídico de la sentencia de casación que se refiere a la prueba contra Primitivo Imanol se identifican esa clase de elementos, ni, consiguientemente, cuál ha sido su verificación posterior, de forma que el Tribunal de instancia hubiera dejado de valorarlos indebidamente.

11. Y, finalmente, el testigo Don. Serafín Prudencio , que manifestó que ese día 25, sobre las 2,00 hs., cuando salió a llevar la basura, había visto a dos personas, jóvenes, con las capuchas de las sudaderas puestas, que en una silla de ruedas transportaban un bulto puesto de forma horizontal sobre la silla, y que lo tiraron al contenedor, no pudo identificar a Primitivo Imanol como una de esas dos personas, y, en realidad, tampoco pudo identificar el mencionado bulto como el cuerpo de una persona, aunque, es evidente, que no pueda descartarse que fuera así.

En conclusión, por lo tanto, el rechazo de esas declaraciones como prueba de cargo contra Primitivo Imanol , también ha de considerarse razonable.

12. El segundo aspecto que se considera en la sentencia de la mayoría para explicar la estimación del correspondiente motivo de casación, relativo, como se ha dicho a la vulneración de la tutela judicial efectiva, es el relativo a la fijación de la hora en la que se hizo desaparecer el cuerpo de la víctima. Aunque no se discute en este voto particular la posibilidad de otras hipotéticas secuencias temporales distintas de la afirmada en la sentencia, en mi opinión no puede calificarse ésta de arbitraria a los efectos de su anulación. Ha de quedar bien claro que no afirmo que la conclusión de la Audiencia sea la única posible y que, por lo tanto, haya acertado en su razonamiento. Lo que sostengo es que no es posible en casación sustituir una alternativa mínimamente razonable que conduce a la absolución del acusado por otra distinta, aunque fuera más razonable a juicio del Tribunal de casación. En este caso, además, tampoco podría conducir a la condena, pues ésta precisaría de



otras pruebas que, como ya he expuesto, entiendo que no existen, en tanto que como pruebas de cargo han sido razonada y razonablemente rechazadas por el Tribunal de instancia.

Por otra parte, entiendo que el Tribunal de instancia, tampoco ha operado de forma arbitraria en el aspecto relativo al establecimiento de la franja horaria en la que se extrajo de la vivienda de la CALLE001 el cuerpo de Luz Marina . De un lado, valora las manifestaciones del testigo Sr. Hernan Torcuato , que afirmó haber encontrado a Nazario Javier en el portal, con una silla de ruedas hacia la 1,30 de la madrugada del día 25, admitiendo el Tribunal de instancia que pudiera haber sido más bien hacia las dos; y las del testigo Don. Serafin Prudencio , que declaró, como antes se dijo, haber visto a dos jóvenes, ninguno de los cuales identificó como Nazario Javier , sobre las 2,00 de esa misma madrugada, arrojar a un contenedor un bulto que transportaban en una silla de ruedas. Pero frente a la declaración de los dos testigos, que, en realidad solo implican a Nazario Javier y solo afirman haber visto cómo dos jóvenes arrojaban un bulto a un contenedor, el Tribunal puede tener en cuenta que lo que resulta de esas declaraciones, especialmente de la segunda, no presenta ninguna coincidencia con ninguna de las versiones mantenidas por Nazario Javier , ni por ninguno de los implicados en cualquiera de sus declaraciones en las que reconocieron su participación en los hechos.

Pero, en realidad, aunque pudiera profundizarse más aún en estos aspectos de los hechos enjuiciados, lo cierto es que, a los efectos reconocidos en la sentencia de casación, la determinación de la hora en la que los restos mortales de la joven fueron extraídos de la vivienda, solamente podría afectar a los pronunciamientos relativos a Primitivo Imanol .

En ese sentido, sea cual sea la tesis o la versión que se admita, no se discute que tal cosa debió de ocurrir entre las 20,40 hs. del día 24 y las 4,30 o 5,00 horas del día 25.

Pues bien. Reiterando las consideraciones iniciales de este voto particular; establecido que no existe ninguna prueba valorable que, al menos, sitúe a Primitivo Imanol en el lugar de los hechos durante la amplia franja horaria en la que se puede decir que se hace desaparecer el cuerpo de la víctima; y dado que este Tribunal, en la sentencia de la mayoría, no identifica elementos objetivos de corroboración o de naturaleza probatoria que el Tribunal de instancia hubiera, indebidamente, dejado de valorar, entiendo que la posibilidad de llegar a conclusiones distintas respecto a la hora concreta en que tales hechos se produjeron no hace nacer al mismo tiempo opciones razonables para alterar el fallo de la sentencia de instancia respecto de Primitivo Imanol , único aspecto admitido en la sentencia mayoritaria.

Por lo tanto, la invocación del derecho a la tutela judicial efectiva de las acusaciones no justifica, en mi opinión la anulación de la sentencia en búsqueda de una nueva fundamentación sobre aspectos que no producirían consecuencias en el fallo dictado y que ahora parcialmente se anula.

13. Dos consideraciones finales. En primer lugar, comprendo el dolor de los perjudicados y, especialmente, de los padres de Luz Marina , de la misma forma que como ser humano lo hago con otros casos en los que personas inocentes resultan víctimas de hechos terribles. En segundo lugar, aunque no deban ni puedan ignorarse otras circunstancias, que han sido detenidamente examinadas en la sentencia impugnada, hasta el límite de razonablemente posible, el aspecto más importante de estos hechos, con diferencia en mi opinión respecto de los demás, es que una joven ha perdido la vida. Y eso es algo irremediable. Y, en segundo lugar que, respecto de ese hecho, la Justicia ha identificado al autor y, tras el debido proceso, le ha impuesto la pena máxima posible según la ley.

### Voto particular

que formula el Magistrado Don Alberto Jorge Barreiro a la sentencia nº 62/2013, de 29 de enero de 2013, que resuelve los recursos de casación correspondientes al rollo de esta Sala 10145/12P.

Tal como anticipé en el debate de la deliberación, mantengo una respetuosa discrepancia con los criterios que se siguen en la sentencia de la mayoría sobre la interpretación y aplicación que se hace en el presente caso del derecho a la tutela judicial efectiva y del delito contra la integridad moral previsto en el art. 173.1 del C. Penal. En las restantes cuestiones tratadas en la sentencia de casación, comparto los razonamientos y decisiones de la Sala.

**PRIMERO. 1.** En la sentencia de la mayoría se declara vulnerado el derecho a la **tutela judicial efectiva** del Ministerio Fiscal y de la acusación particular al considerar que la Audiencia Provincial ha efectuado una valoración arbitraria e ilógica de los elementos probatorios practicados en la instancia; en concreto de los referentes a la fijación de la hora de salida del cadáver del domicilio donde se cometió el asesinato. Por lo cual, se anula parcialmente la sentencia de instancia para que el mismo Tribunal vuelva a valorar dichos elementos a la luz de los razonamientos contenidos en el apartado cuarto del fundamento decimoprimer y en



el decimosegundo de la sentencia de casación, con el fin de que se reexamine la posible participación como encubridor del acusado Primitivo Imanol , con libertad de criterio y respeto por las reglas de la lógica.

2. Al centrarse la discrepancia en la aplicación que hace la sentencia mayoritaria del derecho a la tutela judicial efectiva, resulta imprescindible plasmar con carácter previo cuáles son las pautas interpretativas que establece la **jurisprudencia del Tribunal Constitucional** al definir y delimitar el contenido de ese derecho fundamental desde la perspectiva del derecho a la motivación de las sentencias, que es el aspecto que aquí se considera vulnerado.

Establece el Tribunal Constitucional que el derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce el art. 24.1 CE, en su dimensión de derecho a obtener una resolución judicial fundada en Derecho, favorable o adversa, es garantía frente a la arbitrariedad e irrazonabilidad de los poderes públicos. Ello implica, en primer lugar, que la resolución ha de estar motivada, es decir, contener los elementos y razones de juicio que permitan conocer cuáles han sido los criterios jurídicos que fundamentan la decisión; y en segundo lugar, la motivación debe contener una fundamentación en Derecho, lo que conlleva la garantía de que la decisión no sea consecuencia de una aplicación arbitraria de la legalidad, no resulte manifiestamente irrazonada o irrazonable o incurra en un error patente ya que, en tal caso, la aplicación de la legalidad sería tan solo una mera apariencia ( SSTC 147/1999, 25/2000, 87/2000, 82/2001, 221/2001, 55/2003, 223/2005, 276/2006, 177/2007, 134/2008 y 191/2011, entre otras).

También afirma el TC que no cabe reputar fundadas en Derecho aquellas decisiones judiciales en la que este Tribunal compruebe que parten de premisas inexistentes o patentemente erróneas, o que siguen un desarrollo argumental que incurre en quiebras lógicas de tal magnitud que las conclusiones alcanzadas no pueden considerarse basadas en ninguna de las razones aducidas en la resolución ( SSTC 214/1999, 223/2002, 20/2004, 177/2007 y 191/2011).

Y en la misma línea interpretativa del art. 24.1, considera que se vulnera el derecho a la tutela judicial efectiva cuando el razonamiento que fundamenta la sentencia incurra en tal grado de arbitrariedad, irrazonabilidad o error que, por su evidencia y contenido, sean tan manifiestos y graves que para cualquier observador resulte patente que la resolución de hecho carece de toda motivación o razonamiento ( SSTC 82/2001, 276/2006, 147/2009 y 38/2011).

De forma reiterada viene también estableciendo el TC que para que se lesione el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva tiene que haber incurrido el Tribunal sentenciador en error material patente, en arbitrariedad o en manifiesta irrazonabilidad, únicas circunstancias que pueden determinar la lesión del derecho fundamental ( SSTC 37/1995, 46/2004, 51/2007, 181/2007; 20/2009, 65/2011, 132/2011 y 201/2012, entre otras).

Para el supremo intérprete de la Constitución, existe arbitrariedad cuando, aun constatada la existencia formal de una argumentación, la resolución resulta fruto del mero voluntarismo judicial o expresa un proceso deductivo irracional o absurdo ( SSTC 244/1994, 160/1997, 82/2002, 59/2003 y 90/2010).

Y en lo que respecta a las sentencias absolutorias, señala el TC que, aunque es cierto que la obligación de motivar debe ser exigida con menos rigor cuando se trata de una sentencia absolutoria, pues una garantía del proceso penal, como lo es la de motivación, se proyecta en este caso en contra de quien se halla bajo la cobertura de esa garantía, no obstante también ha sostenido este en la sentencia de Pleno 169/2004, de 6 de octubre, que "las Sentencias absolutorias, al no estar en juego los mismos derechos fundamentales que en las condenatorias, se mueven en cuanto a la motivación en el plano general de cualesquiera otras Sentencias, lo que no supone que en ellas pueda excluirse la exigencia general de motivación, pues esta, como dice el art. 120.3 CE, es requerida 'siempre'. No cabe por ello entender que una Sentencia absolutoria pueda limitarse al puro decisionismo de la absolución sin dar cuenta del porqué de ella, lo que aun cuando no afectara a otros derechos fundamentales, como ocurriría en el caso paralelo de las Sentencias condenatorias, sería en todo caso contrario al principio general de interdicción de la arbitrariedad" ( STC 115/2006).

3. Descendiendo ya al **caso enjuiciado** , se observa que la sentencia mayoritaria centra la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en la motivación del razonamiento probatorio relativo a la franja horaria en que el cadáver de la víctima fue sacado del domicilio donde se perpetró el asesinato. En la sentencia recurrida se sostiene que ello tuvo lugar sobre las 22,15 horas del día 24 de enero de 2009, mientras que la versión de las acusaciones fija el hecho bastante más tarde, a primeras horas de la madrugada, siguiendo para ello los datos aportados por los testigos Hernan Torcuato y Serafin Prudencio .

El debate sobre la franja horaria adquirió relevancia en el juicio debido a que algunos de los imputados tenían una coartada sólida para las horas anteriores a las dos de la madrugada del día 25 de enero de 2009. Pero a partir de esta hora las coartadas se debilitaban y se abría un importante vacío.



En lo que respecta al **testimonio de Hernan Torcuato** , se afirma en la sentencia recurrida (folios 106 y 107) que el testigo ha mantenido desde el inicio de la investigación que, sobre la 1'30 horas del día 25 de enero de 2009, vio a Nazario Javier en el interior del portal de su casa con una silla de ruedas vacía mientras se miraba en el espejo. El dato horario lo avala con el hecho de que envió desde su móvil un SMS al novio de una amiga, diciéndole que se dirigían al lugar acordado. El testigo mostró a la Policía el SMS enviado a la 1'13 horas. Recuerda que después de enviar este mensaje despertó a su novia, se asearon y salieron de su casa, momento en el que vieron a Nazario Javier con la silla de ruedas en el portal.

Señala la sentencia recurrida que en el plenario el testigo Hernan Torcuato reiteró sus manifestaciones en el sentido de que en la madrugada del día 25 de enero de 2009 vio en el portal de su casa a Nazario Javier con una silla de ruedas situado frente al espejo que hay en el pasillo de la entrada, y que serían la 1'30 horas aproximadamente, no pudiendo precisar si entraba o salía de su domicilio pues lo vio enfrente del espejo.

El Tribunal sentenciador argumenta sobre esta prueba que es indudable que el testimonio de Hernan Torcuato resulta creíble en cuanto al hecho de encontrarse esa madrugada con Nazario Javier , pero no es exacto en cuanto a la hora en la que tuvo lugar ese encuentro en el portal. Y la inexactitud la sustenta en que el acusado Nazario Javier , según el listado de su teléfono móvil y su localización, se hallaba en Camas, en la vivienda de su novia, a la 1'37 horas. Por ello, dice la Audiencia, es posible que el encuentro del testigo con Nazario Javier fuera posterior a las 2'01 horas, como incluso admitió el Ministerio Fiscal en su informe (minuto 49 de la grabación de la sesión del juicio del día 28 de noviembre de 2011).

Termina afirmando la Sala de instancia que, dada la inconcreción de la hora en que tuvo lugar el encuentro con el acusado Nazario Javier , no se puede descartar que ocurriera después de que la acusada Isabel Joaquina se acostase y que por tanto no se percatara de que Nazario Javier había entrado en la casa.

Y un poco más adelante, vuelve a afirmar la sentencia, en el fundamento vigésimo quinto (folio 118), después de analizar las declaraciones de Nazario Javier , que el cuerpo de Luz Marina fue sacado de la casa de la CALLE001 , nº NUM002 NUM003 NUM004 , sobre las 22'15 horas. Y argumenta al respecto que, aunque parezca que se opone a esta conclusión el hecho de que sobre las dos horas del día 25 de enero Nazario Javier fuera visto por su vecino Hernan Torcuato en el portal del edificio de la CALLE001 , lo cierto es que este testigo no puede afirmar si Nazario Javier entraba o salía del edificio, ya que lo vio frente a un espejo de dicho portal, por lo que es razonable pensar que tras hacer desaparecer el cuerpo de la víctima tuviera que irse a la casa de su novia en Camas, en la que residía, para aparentar normalidad absoluta frente a su novia y familia, y recoger así más tarde la silla en el lugar en el que la había guardado e introducirla en el piso de la CALLE001 , con el fin de que su hermano Isaac Ovidio no notara su falta.

Por consiguiente, el testimonio de Hernan Torcuato no resulta incompatible con la versión que acoge el Tribunal de instancia centrada en que el cadáver de la víctima fue sacado del domicilio de la CALLE001 sobre las 22,15 horas del día 24 de enero. Y así lo admite también la sentencia mayoritaria cuando razona que, aunque considera que la valoración de la Audiencia en este punto sea deficitaria, no es factible afirmar que haya incurrido en un verdadero equívoco determinante de arbitrariedad (folio 90 de la sentencia de casación).

**4.** En cuanto al testimonio de Serafin Prudencio , afirma la Audiencia (folios 105 y 106 de la sentencia) que el testigo manifestó el día 19 de febrero de 2009 (folios 2094 y 2095 de la causa) que el pasado día 25 de enero de 2009, sobre las dos horas, cuando procedía a llevar la basura a unos contenedores próximos a la CALLE001 , observó cómo dos jóvenes, que llevaban las capuchas de las sudaderas puestas, empujaban una silla de ruedas sobre la que portaban un bulto colocado de forma horizontal. Y también percibió que arrojaban el bulto en el contenedor que está pegado al de los plásticos, regresando después con dirección a la CALLE001 con la silla de ruedas vacía. No identificó a ninguno de estos jóvenes como Nazario Javier , a quien conoce del barrio.

Refiere también la Audiencia que el día 24 de marzo de 2009 (folios 2140 a 2143) el testigo matizó ante el Magistrado Instructor la hora, manifestando que podrían ser la 1'55 horas o incluso las 2.10 horas; y con respecto a la fecha de los hechos que describe, declaró estar seguro de que era la noche del 24 al 25 de enero, puesto que aquella noche del día 24 el novio de su hija había estado en casa del dicente y por este motivo el testigo aparcó el coche en la calle Jorge de Montemayor, frente a los contenedores, y vio su coche al tirar la basura.

Señala la Sala de instancia que las declaraciones de los testigos Hernan Torcuato y Serafin Prudencio podrían avalar que el cuerpo de la víctima salió de la casa de la CALLE001 sobre las dos de la mañana, por lo que Isabel Joaquina podría ser implicada en la comisión de los hechos en cuanto a la desaparición del cuerpo de la menor; sin embargo, precisa la Audiencia que en el plenario (minuto 12 de la grabación de la sesión del juicio oral del día 3 de noviembre y acta del mismo) Serafin Prudencio advirtió que no declaró en el Juzgado que estaba seguro de la fecha del 24 de enero de 2009 porque el novio de su hija había estado en su casa. Es decir, desmintió totalmente, dice la sentencia, haber aportado un dato fundamental por el que recordaba la



fecha del día en el que se encontró a los dos jóvenes sin identificar con la silla de ruedas, desmentido que para la Audiencia resta totalmente fiabilidad a su testimonio en cuanto al día en que vio a esos dos jóvenes.

Con respecto a la valoración de esta declaración testifical por la Audiencia, afirma la sentencia de la mayoría que vulnera el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva el hecho de rechazar el valor del testimonio de Serafín Prudencio con el argumento de que el testigo se contradice en cuanto a la fuente que le permitió fijar la fecha de la escena de la silla de ruedas, cuando rectificó que no fue la presencia del novio de su hijo sino la visión de un programa de televisión el dato que le permitió recordar la fecha. Considera la mayoría de esta Sala que la parquedad en la argumentación sobre la fiabilidad del testigo y el hecho de que la fecha fuera irrelevante, ya que la escena resulta muy singular e inconfundible, son dos quiebras del razonamiento de la Audiencia que vulneran el derecho fundamental que se alega en los recursos.

Pues bien, con respecto a la valoración de esa prueba de cargo lo cierto es que la Audiencia, ante una contradicción del testigo respecto al día en que contempló la escena de la silla de ruedas, y más en concreto a los datos que le ayudaron a ubicar la fecha, devaluó la fiabilidad del testimonio. Este criterio ponderativo, si atendemos a la relevancia que suele otorgar esta Sala al principio de inmediación a la hora de apreciar el resultado de las pruebas personales, no puede tildarse de arbitrario, dado que en apreciación de la veracidad y fiabilidad de un testigo influyen diferentes factores de percepción vinculados a la inmediación.

En cualquier caso, tampoco se trata de una valoración probatoria ilógica ni contraria a las máximas de la experiencia, a tenor de las razones que se exponen a continuación.

En efecto, la acusación pública y la particular, y también la sentencia mayoritaria de esta Sala, hacen especial hincapié en el dato de que la Jurisdicción de Menores, con motivo de juzgar al menor apodado "el Bola", declaró probado que el cadáver de la víctima fue sacado de la vivienda de la CALLE001 "en una hora no determinada de la madrugada". Sin embargo, se argumenta por aquellas que la sentencia de instancia, a pesar de contradecir lo afirmado por otra jurisdicción, no motiva suficientemente esa discrepancia sustancial de criterio sobre la hora de la salida del cuerpo de Luz Marina.

Y en la misma orientación, se incide en los escritos de recurso de las acusaciones en que la franja horaria de primeras horas de la madrugada es la correcta. Entre otras razones porque no resultaría razonable que se sacara el cadáver a las 22,15 horas de un sábado del interior del domicilio de Nazario Javier, puesto que a esas horas es fácil que fuera visto por cualquier vecino de la zona.

El argumento de la mayoría no es en absoluto decisivo ni determinante, ya que cabe revertirlo con otros razonamientos que debilitan su aparente consistencia. Y es que tampoco se considera razonable dejar depositado el cadáver de la víctima durante cuatro horas en la vivienda en que se perpetró el asesinato, pues resultaba muy probable que antes de las dos de la madrugada comparecieran en el domicilio amigos o familiares de la víctima para preguntar por ella. De hecho, consta acreditado que ya a las 21 horas comenzaron a preguntar por ella, y a media noche ya la estaban buscando diferentes personas, amigos y familiares. Y tampoco conviene obviar que lo normal es que el autor del homicidio procure deshacerse del cuerpo del delito cuanto antes, máxime cuando se trata de una menor de edad cuya falta de casa alarma a la familia y a los amigos ya antes de la medianoche.

En lo que concierne a la sentencia de la Jurisdicción de Menores, si bien es verdad que centra la salida del cadáver del domicilio a "una hora no determinada de la madrugada", también lo es que especifica que fue introducido en el asiento trasero del vehículo de la madre del menor, trasladándolo después este y un mayor de edad hasta un lugar desconocido, ignorándose el destino que le dieron.

Ello se contradice, palmariamente, con la versión del testigo Serafín Prudencio, que afirmó, según se reseña en la sentencia recurrida, que el cadáver fue arrojado sobre las dos de la mañana en un contenedor situado al lado del correspondiente a los plásticos, hipótesis que tiene poco que ver con subir el cuerpo a un vehículo y trasladarlo hasta un lugar desconocido.

Sobre este punto la sentencia recurrida afirma que Nazario Javier, el menor de edad y un tercero desconocido colocaron el cuerpo de Luz Marina en una silla de ruedas y lo sacaron de la vivienda, haciendo desaparecer el cadáver en un lugar que se desconoce.

Por lo demás, la versión relativa al contenedor, que fue la aportada por el testigo Serafín Prudencio, y que constituye el argumento probatorio nuclear sobre el que se vertebra la tesis de la sentencia de casación para apreciar la infracción del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, presenta no pocas fisuras. En primer lugar, porque no parece muy verosímil que el autor de los hechos y las personas que le ayudaron a deshacerse del cadáver lo arrojen a un contenedor que se halla ubicado en una zona próxima a la vivienda en que se perpetró el delito; esto es, en una calle muy cercana a la suya y en un lugar donde puede ser hallado en el curso



de la noche. Y en segundo lugar, debe subrayarse que la búsqueda del cadáver en zonas donde se depositaban restos de basura tampoco arrojó un resultado positivo.

5. En los escritos de recurso de las acusaciones también se hace relación a otros **datos probatorios secundarios** orientados a constatar que el cadáver fue sacado del domicilio de la CALLE001 sobre las dos de la madrugada. Sin embargo, con ellos solo se pueden elaborar meras conjeturas que aparecen también contradichas por otras pruebas personales y otros datos objetivos, sin que en ningún caso pueda hablarse de elementos probatorios sólidos y rigurosos para dirimir los graves interrogantes que convergen sobre el extremo fáctico que se dilucida.

Se cita así al respecto el hecho del "apagón" de los teléfonos móviles del autor del hecho homicida y de los otros procesados entre las dos y las cuatro de la madrugada. Sin embargo, ello poco puede aportar para esclarecer la importante incertidumbre que impregna el desarrollo de los hechos, ya que pueden formularse varias elucubraciones en diferentes sentidos sobre el particular. Entre ellas, la de que los acusados hicieron un pacto de silencio a partir de las dos de la madrugada, o que se hallaban en una segunda fase de ocultación del cadáver; de modo que pudieron sacarlo de la vivienda a las 10,15 horas de la noche para después ocultarlo de forma definitiva horas más tarde.

Y en cuanto a las incoherencias o contradicciones que se apuntan en los escritos de recurso sobre los horarios que desglosa la sentencia recurrida, tampoco tienen especial alcance significativo para la resolución del caso.

Como bien dice la sentencia de la mayoría de esta Sala, la Audiencia realizó un considerable esfuerzo al tratar de delimitar las franjas horarias en las que se fueron produciendo las secuencias de los hechos (folio 93 de la sentencia de casación). Sin embargo, como no podía ser menos, al entrar en ese terreno de los horarios se producen lógicamente algunas fisuras. Y es que resulta prácticamente imposible con los datos que obran en la causa intentar reconstruir un cuadro horario sobre el discurrir de los hechos, sobre todo si se repara en las numerosas y contradictorias versiones que se han aportado. Por lo cual, puede decirse que la sentencia impugnada, en contra de lo que se alega en los recursos y en la argumentación de la sentencia de casación, peca en algunos aspectos más por exceso que por defecto de motivación.

Que se trata de una tarea ciclópea la de intentar precisar horarios lo corrobora el hecho de que las propias partes acusadoras no hayan concretado en sus calificaciones provisionales la hora aproximada en que el cadáver fue sacado de la vivienda de Nazario Javier. En efecto, la Audiencia destaca en su fundamento vigésimo quinto (folio 116) que el Ministerio Fiscal no precisó en su escrito de calificación provisional la hora de la salida del cadáver del domicilio de la CALLE001, ni tampoco la hora de la muerte de la víctima. Y en lo que atañe a la acusación particular, señala en su escrito de calificación definitiva que el cadáver fue sacado de la vivienda entre "las últimas horas del día 24 y las primeras del día siguiente" (folio 1030 del rollo de Sala).

Por último, conviene hacer una precisión sobre el dato probatorio relativo a la llamada que el acusado Nazario Javier recibió en su móvil a la 1,37 horas del día 25 de enero de 2009, procedente de la madre de la víctima. Esa llamada tiene relevancia porque sirvió para situar al acusado en la vivienda de su novia, en la localidad de Camas. Pues bien, con respecto a la misma se argumenta en la sentencia mayoritaria que ese dato objetivo no es suficiente para ubicar al acusado en la localidad de Camas a esa hora, dado que el hecho de que el móvil esté allí no significa que también estuviera su usuario habitual.

Frente a ello conviene subrayar que si bien el hecho de que el móvil está situado en un determinado lugar no significa que necesariamente también lo esté su titular, sí ha de sopesarse que las máximas de la experiencia nos dicen que lo normal o habitual es que el teléfono móvil esté donde está su usuario, que es quien lo lleva encima y utiliza. De forma que lo más probable es que sea así, y la excepción es que suceda lo contrario. En virtud de lo cual, y tratándose de un dato que favorece al reo, concurre una razón a mayores para acoger como cierta la presencia del acusado Nazario Javier en el domicilio de su novia a la 1,37 horas del día 25 de enero.

6. De lo que antecede se colige que concurren **tres versiones** posibles sobre los hechos en lo que atañe a la ocultación del cadáver. La que se recoge en la sentencia recurrida: que el cuerpo inerte fue sacado de la vivienda sobre las 22,15 de la noche y transportado a un lugar desconocido. La acogida por la Jurisdicción de Menores: que el cuerpo fue sacado de la vivienda en una hora no determinada de la madrugada, trasladado a continuación en el vehículo de la madre del menor de edad ("el Bola") y depositado después en un lugar desconocido. Y, por último, la que se desprende del testimonio de Serafin Prudencio: que sobre las dos de la madrugada fue sacado de la vivienda por dos jóvenes, ninguno de los cuales era el acusado Nazario Javier, y arrojado en un contenedor situado en una calle próxima a la vivienda en que se perpetró el asesinato.

Ninguna de ellas cuenta con elementos probatorios determinantes para poder concluir que es la cierta, a tenor de lo que se ha venido razonando. Y desde luego no puede afirmarse que la que se recoge en la sentencia recurrida, según ya se ha argumentado, sea una versión arbitraria, absurda o infundada. Y si bien es verdad



que la hipótesis del horario de las dos de la madrugada acogida en la sentencia de la Jurisdicción de Menores también resulta factible, ello no excluye que presente igualmente quiebras en su logicidad y en su verosimilitud, según se explicó en su momento. Y otro tanto debe decirse de la versión del testigo Serafín Prudencio, pues, dejando al margen los problemas de credibilidad y de fiabilidad inherentes a la valoración de las pruebas personales, ofrece no pocas contradicciones con algunas máximas de experiencia aplicables al contexto en que se produjeron los hechos, tal como se razonó *supra*.

7. Puesto que la decisión de la mayoría de anular la sentencia de instancia tiene como objeto reexaminar la posible **participación del acusado Primitivo Imanol** en el delito de asesinato en la condición de encubridor, se hace preciso hacer una referencia a la motivación de la absolución de este acusado en la sentencia rebatida.

El Tribunal de instancia argumenta de forma extensa y minuciosa la absolución de este acusado, dedicándole más de 18 páginas a este apartado (folios 59 a 77, además de otros a mayores).

En ellas, la Audiencia expone, entre otros razonamientos probatorios, que en el móvil de Primitivo Imanol se recibieron llamadas a las 21'24 y 21'34 del día 24 de enero, y a la 1'13 horas del día 25, situándose en todas ellas el móvil en Montequinto, es decir, lejos del lugar de los hechos. A partir de las 3'35 horas de ese día se posiciona en su barrio o en la Calle Arjona. Estos posicionamientos resultan acordes con las declaraciones prestadas por la testigo Begoña Carlota, en relación con el contenido de esas llamadas y posterior incorporación de Primitivo Imanol a la búsqueda de la víctima. Por lo cual, no se puede decir, señala la sentencia, que estuviera en la CALLE001 en la tarde noche del día 24 de enero ni en las primeras horas del día 25.

El hecho de que no estuviera en ese lugar, argumenta el Tribunal de instancia, aparece avalado por las declaraciones de los testigos Constantino Geronimo, Palmira Dulce, Fermin Jon, Palmira Pilar, Dolores Felicidad, Belinda Delia, Mario Conrado, Narciso Benigno, Felicidad Yolanda. La Sala asevera que mediante estas declaraciones se acredita sin duda alguna que Primitivo Imanol estuvo desde las 12 horas del día 24 de enero a las dos de la mañana del día 25 en Montequinto.

A continuación la sentencia de instancia hace un recorrido por las numerosas declaraciones de los coimputados, analizando los puntos de los que pudieran derivarse datos incriminatorios para Primitivo Imanol, descartando la virtualidad inculpatoria de las manifestaciones, no solo por las contradicciones que contienen y por las retractaciones posteriores, sino sobre todo por la falta de los datos objetivos corroboradores que viene exigiendo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional y de esta Sala.

A este respecto, el Tribunal sentenciador enfatiza que no consta ni un solo resto biológico de Primitivo Imanol en el interior del domicilio de la CALLE001, ni en el Volkswagen Polo de la madre de "Bola" (el menor Diego Urbano), vehículo del que se afirma en algunas de las versiones que fue utilizado para transportar el cuerpo de la víctima. Ello tiene especial relevancia en orden a desvirtuar las imputaciones que el menor hizo a Primitivo Imanol en algunas de sus declaraciones relativas al traslado del cadáver, manifestaciones que se contradicen con el dato objetivo de la falta de vestigios biológicos de Primitivo Imanol, tanto en el coche del menor como en la vivienda en que se ejecutó el asesinato.

Por último, analiza la Audiencia las dos declaraciones policiales autoinculpatorias de Primitivo Imanol, rechazadas después ante el Magistrado instructor. Tras examinarlas desde la perspectiva de su validez jurídico formal y procesal, entra a ponderarlas en su contenido, dejando constancia la Sala de las numerosas contradicciones que albergan, no solo con respecto a las declaraciones judiciales posteriores del propio acusado, sino también internamente y en relación con los datos objetivos que concurren en la causa. Por lo cual, acaba concluyendo que no concurre prueba de cargo contra Primitivo Imanol enervadora de la presunción de inocencia.

8. El análisis de la prueba que contiene la sentencia recurrida, visto lo que antecede, **impide concluir** que se haya infringido el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Pues ni concurren omisiones sobre puntos relevantes relativos a la cuestión probatoria de los hechos que se dirimen en la causa, ni tampoco se aprecia que la Sala de instancia haya conculcado las máximas de la experiencia ni las reglas de la lógica cuando examina el tema de la franja horaria en que el autor del homicidio, en compañía de otros, se deshizo del cadáver de la víctima.

Para el que suscribe este voto particular es claro que no se está ante un supuesto en que se hayan vulnerado las pautas que la jurisprudencia viene exigiendo para considerar vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Pues la argumentación de la Audiencia ni resulta arbitraria, ni manifiestamente irrazonada o irrazonable, ni incurre en error patente y tampoco en quiebras lógicas que aboquen a conclusiones carentes de razón y contrarias a las premisas de que se parte. Ni, siguiendo con la terminología conceptual del Tribunal Constitucional sobre la materia, es claro que tampoco se está ante una resolución que resulte fruto del mero voluntarismo judicial o que exprese un proceso deductivo irracional o absurdo.





Por consiguiente, considero que la sentencia alcanza un grado de motivación que cumple holgadamente con el nivel de exigencia que marca la jurisprudencia del Tribunal Constitucional reseñada al inicio de este voto particular. Es más, si el grado de motivación y de razonabilidad probatoria que se imponen en la resolución de la mayoría se aplicaran habitualmente ante esta Sala, habría que anular un número muy importante de las sentencias que se recurren en casación.

Considero, pues, que aquí se está desnaturalizando el contenido y el alcance del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva con el fin de abrir una vía de control en casación de las sentencias absolutorias, intentando paliar así los imponderables derivados de las exigencias impuestas por el TEDH y el Tribunal Constitucional para modificar en segunda instancia los fallos absolutorios; al mismo tiempo que se intentan solventar acudiendo a un concepto hipertrofiado del referido derecho fundamental, las graves deficiencias que presenta nuestro modelo de recursos debido a la falta de generalización de una segunda instancia, laguna legislativa que desestructura el sistema procesal y bloquea las posibilidades naturales de recurrir en el proceso penal.

Finalmente, concurre otra razón a mayores para no considerar vulnerado el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva. Y es que estimo que no se cumple el requisito de que la infracción del derecho fundamental acabe teniendo relevancia para el fallo. Con ello me refiero a que aunque se declarara cierto el extremo fáctico conflictivo que determina la nulidad - que la salida del cadáver de la vivienda de la CALLE001 tuvo lugar a las dos de la madrugada-, tampoco se atisba que ello pudiera resultar determinante para dictar un fallo condenatorio para el acusado Primitivo Imanol, a tenor de los indicios incriminatorios que aportan las parte acusadoras en sus escritos de recurso; de los que se desprende que, aun admitido el cambio horario que postulan, el acervo probatorio contra el acusado no cambiaría sustancialmente a los efectos de poder determinar que Primitivo Imanol fue la tercera persona que intervino en la ocultación del cadáver.

Así las cosas, entiendo que el motivo del recurso no debió acogerse.

**SEGUNDO. 1.** La segunda discrepancia que mantengo con la sentencia mayoritaria concierne a la condena del acusado Nazario Javier como autor de un **delito contra la integridad moral** (art. 173.1), del que fue absuelto por la Audiencia Provincial.

El hecho probado que sirve de sustento fáctico para aplicar el art. 173.1 del C. Penal es el siguiente:

A lo largo del proceso, Nazario Javier se ha negado de forma reiterada a decir qué destino ha dado al cuerpo de Luz Marina, llegando a ofrecer varias versiones; en primer lugar que tiraron el cadáver de la menor al río; en segundo lugar que lo tiraron al interior de un contenedor de basuras, cercano a la CALLE001; y, en tercer lugar, que ayudó a introducir el cadáver en un coche desconociendo qué se hizo después con él. De este modo los familiares de la víctima no han podido dar sepultura a su cuerpo causando, si cabe, mayor dolor por la muerte de la menor a sus padres y hermanas.

La Audiencia Provincial argumenta en el fundamento trigésimo la absolución del delito contra la integridad moral afirmando que, si bien es indudable que la desaparición del cadáver de la menor ha supuesto un mayor dolor para su familia, en especial para padres y hermanos; sin embargo, el hecho de que Nazario Javier no haya dicho donde se encuentra el cuerpo de la víctima no supone que haya tenido la intención de vejar, envilecer y humillar a los familiares directos de la menor, ya que lo que pretendía con esta vil acción era intentar evitar ser descubierto en un principio y posteriormente intentar ocultar pruebas sobre los hechos que se le imputaban.

**2. La primera objeción** que he de hacer a la aplicación por la mayoría de la Sala del tipo penal del art. 173.1 es de **índole procesal**, puesto que, habiendo sido absuelto por la Audiencia, se le condena *ex novo* por esta Sala sin haber sido escuchado en lo que viene a ser una segunda instancia revisora de la sentencia, contradiciendo así reiterada jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos relativa a condenas de tribunales españoles con la misma carencia procesal.

En la sentencia mayoritaria se razona sobre este particular que la subsunción de la conducta del acusado no es una cuestión de inocencia o de culpabilidad sino de tipicidad; de modo que, dice la sentencia de casación, se trata de efectuar una distinta interpretación jurídica respecto a la realizada en la instancia. Al tratarse, según el criterio mayoritario de la Sala, de una cuestión estrictamente jurídica no se precisa citar al acusado para aplicar la norma penal, sino que es suficiente con la presencia de su letrado en el trámite del recurso.

El argumento no puede compartirse dado que la razón de que la Audiencia no apreciara el delito contra la integridad moral es que considera que no concurre el elemento subjetivo del tipo penal, elemento que contiene una importante base fáctica atinente a los hechos psíquicos o internos que configuran el dolo, según tiene admitido tanto el TEDH como el Tribunal Constitucional.



En efecto, en la sentencia del **Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 22 de noviembre de 2011**, caso **Lacadena Calero contra España**, se examinó el supuesto de una condena *ex novo* en casación por un delito de estafa, discrepando el Tribunal tanto de los criterios probatorios seguidos por esta Sala como por el Tribunal Constitucional.

La jurisdicción europea estimó la demanda argumentando que " *el Tribunal Supremo, para llegar a una nueva valoración jurídica de la actuación del acusado, se pronunció sobre circunstancias subjetivas de este último; en concreto, que era consciente de la ilegalidad de los documentos que autorizó y que tenía una **voluntad fraudulenta (dolo eventual)** en relación con las personas afectadas*". Ahora bien, sigue diciendo, " *el Tribunal Supremo concluyó sobre la existencia de esta voluntad, elemento decisivo para la culpabilidad del acusado, sin una valoración directa de su testimonio y en sentido opuesto al del tribunal de instancia, el cual había tenido la oportunidad de oír al acusado y a otros testigos*".

Subraya el TEDH en la referida sentencia de 22 de noviembre de 2011 que " *el Tribunal Supremo se apartó de la sentencia de instancia después de haberse pronunciado sobre elementos de hecho y de derecho que le permitieron determinar la culpabilidad del acusado*". Y matiza a continuación que " *cuando la inferencia de un tribunal ha tenido relación con elementos subjetivos (como en este caso la existencia de **dolo eventual**), no es posible proceder a la valoración jurídica de la actuación del acusado sin **haber tratado previamente de probar la realidad de esta actuación, lo que implica necesariamente la verificación de la intención del acusado con relación a los hechos que se le imputan***".

Y aunque reseña que "el Tribunal Supremo llegó a su valoración de la intención del acusado sobre la base de una inferencia a partir de los hechos acreditados por la instancia inferior (los documentos del expediente)", objeta que " *para llegar a esta inferencia, el Tribunal Supremo no ha oído al acusado, que no ha tenido la oportunidad (inexistente en el recurso de casación) de hacer valer ante el Tribunal las razones por las que negaba haber sido consciente de la ilegalidad de su actuación y tener una voluntad fraudulenta*".

A continuación hace el TEDH una consideración muy relevante: " *las cuestiones que debía examinar el Tribunal Supremo **requerían la valoración directa del testimonio del acusado, o incluso del de otros testigos** (ver *Botten c. Noruega*, 19 de febrero de 1996, § 52, *Repertorio 1996-I*; *Ekbatani c. Suecia* precitada y los asuntos españoles arriba mencionados en el § 36)". Y se estima relevante porque no habla únicamente de la necesidad de que sea oído el acusado sino también de que la declaración en la vista oral se extienda también a los testigos. Con lo cual, deja entrever que no solo se trata de una manifestación del acusado a efecto de alegaciones defensivas, sino de auténticas pruebas en las que incluye también la manifestación de los testigos.*

Por último, acaba estimando la demanda porque, en definitiva, " *el acusado no fue oído personalmente sobre una **cuestión de hecho** que, sin embargo, era determinante para la valoración de su culpabilidad*".

En igual sentido y con los mismos argumentos jurídicos se han pronunciado otras dos sentencias posteriores del TEDH: sentencia de 20 de marzo de 2012, caso *Serrano Contreras contra España*; y la de 27 de noviembre de 2012, caso *Vilanova Goterris y Llop García contra España*.

De otra parte, y en lo que atañe al Tribunal Constitucional, ha dictado ya varias sentencias en las que considera vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia por haberse apreciado elementos subjetivos del delito sin prueba suficiente para ello. En concreto: SSTC 68/1998, de 30 de marzo; 171/2000, de 26 de junio; 137/2002, de 3 de junio; 267/2005, de 24 de octubre; 137/2007, de 4 de junio; y 142/2011, de 26 de septiembre.

Por consiguiente, si los elementos subjetivos de los delitos albergan un componente fáctico (hechos psíquicos o internos) que posibilitan estimar los recursos de amparo cuando se declaran probados hechos psíquicos vulnerando la presunción de inocencia, es claro que no solo se está ante una cuestión jurídica, sino también fáctica.

En la última sentencia de la lista reseñada (STC 142/2011) el Tribunal Constitucional establece, al examinar una condena *ex novo* en apelación por un delito fiscal, que al no debatirse solo una cuestión estrictamente jurídica, en cuanto se encontraba también implicado el elemento subjetivo del injusto -al menos en el extremo referido a la finalidad con que se hicieron los negocios que finalmente se reputaron simulados-, la Audiencia Provincial debió citar al juicio de apelación a quienes, habiendo negado su culpabilidad, resultaron a la postre condenados, para que, de estimarlo oportuno, ejercitaran su derecho de defensa ofreciendo su relato personal sobre los hechos enjuiciados y su participación en los mismos.

Así pues, disintiendo del criterio de la mayoría, entiendo que no debió modificarse en casación el fallo absolutorio dado que el debate sobre la absolución se centraba en gran medida, a tenor de la fundamentación de la sentencia impugnada y del escrito del Ministerio Fiscal, en la concurrencia o no de la base fáctica del elemento subjetivo del dolo.



3. También discrepo de la sentencia de casación en lo que concierne al análisis que hace en este caso de los elementos del **delito contra la integridad moral** del art. 173.1 del C. Penal.

Examinaré, en primer lugar, los elementos del tipo penal y después entraré a analizar el tema de la posible exclusión de la antijuridicidad debido a la colisión del bien jurídico que tutela la norma penal con el ejercicio del derecho de defensa, a cuyos efectos operaría la eximente del art. 20.7º del C. Penal.

Con respecto al **elemento objetivo** del delito contra la integridad moral en la modalidad básica del art. 173.1 del C. Penal, dice este precepto que " *El que infligiera a otra persona un trato degradante, menoscabando gravemente su integridad moral, será castigado con la pena de prisión de seis meses a dos años*".

La jurisprudencia de esta Sala ha venido señalando que la integridad moral se identifica con las nociones de dignidad e inviolabilidad de la persona y que, exigiendo el tipo que el autor inflija a otro un trato degradante, por este habrá de entenderse aquel que pueda crear en las víctimas sentimientos de terror, de angustia y de inferioridad susceptibles de humillarles, de envilecerles y de quebrantar, en su caso, su resistencia física o moral" ( SSTS 1061/2009, de 26-10; 255/2011, de 6-4; y 255/2012, de 29-3, entre otras).

Y como elementos de este delito se han establecido los siguientes: a) un acto de claro e inequívoco contenido vejatorio para el sujeto pasivo del delito; b) un padecimiento físico o psíquico en dicho sujeto; y, c) un comportamiento que sea degradante o humillante e incida en el concepto de dignidad de la persona afectada por el delito. Y en cuanto al resultado exige el precepto que el trato degradante menoscabe gravemente la integridad moral, lo que excluiría los supuestos banales o de menor entidad ( SSTS 233/2009, de 3-3; 1061/2009, de 26-10; y 255/2011, de 6-4).

En lo que respecta al concepto de trato degradante, la doctrina lo viene definiendo como aquel que, con independencia del medio utilizado (violencia, intimidación, engaño u otros), conlleva padecimientos físicos o psíquicos y produce en todo caso un sentimiento de humillación o sensación de envilecimiento ante los demás o ante sí mismo.

Centrándonos ya en el **caso enjuiciado** , no cabe duda que los padres y familiares más directos sufrieron un grave padecimiento psíquico y moral debido al hecho de no haber recuperado el cadáver de su hija y no haber podido por tanto darle sepultura, ya que el cuerpo de la víctima no ha sido hallado, desconociéndose su ubicación final.

Dos aspectos distintos se describen en el hecho probado. Uno el relativo a las distintas versiones del acusado sobre dónde se podía encontrar el cadáver, y otro el referente a que al final el cuerpo no fue recuperado porque los implicados lo han mantenido oculto, o cuando menos no han dado explicaciones fiables sobre su paradero.

En el escrito de recurso del Ministerio Fiscal y en la sentencia mayoritaria se hace especial hincapié en las distintas versiones que dio el acusado sobre el paradero del cadáver, dando a entender que esa es la conducta integrante del tipo penal aplicable, en cuanto generaron una expectativa para los familiares directos que determinaron el estado de angustia propio del tipo penal.

Sin embargo, la lectura del hecho probado, que resulta intangible para el Tribunal de Casación, constata que no fueron tantas las versiones como se advierte en la argumentación de la sentencia de casación, pues la narración fáctica las limita a tres, que después quedan reducidas más bien a dos.

En efecto, la sentencia de la Audiencia reseña una primera versión según la cual el cuerpo sin vida fue arrojado al río Guadalquivir, hipótesis que no pudo ser verificada a pesar de los ingentes esfuerzos realizados para hallar el cadáver.

Consta una segunda versión referida a que el cadáver fue arrojado en un contenedor próximo a la vivienda donde se perpetró el asesinato. Sin embargo, esta versión es la que fue aportada no solo por el acusado Nazario Javier , sino también por el testigo Serafin Prudencio , siendo igualmente acogida en los escritos de recurso, ya que en ellos se postula la certeza de este testimonio, según el cual el cadáver sería arrojado en un contenedor ubicado al lado del correspondiente al de los plásticos, regresando después los dos jóvenes hacia la calle donde se ubica el domicilio en que se perpetró el asesinato.

Esta segunda versión parece que no es tildada de falsa por las acusaciones, ya que sostienen la certeza del testimonio de Serafin Prudencio , postulando también la sentencia de casación que se reexamine esa prueba en relación con el resto del material probatorio.

Y por último, la tercera versión aportada por el autor del asesinato se limita, según el "factum" de la sentencia de la Audiencia, a describir que el cadáver fue trasladado del lugar en un vehículo, sin que Nazario Javier añadiera nada al respecto. Es decir, no explica dónde lo llevaron. Visto lo cual, más que una tercera versión se trata de una actitud silenciosa o reticente mediante la que se niega a decir a qué lugar fue trasladado el cadáver.



Todo denota, pues, que, según la descripción de los hechos probados, el acusado recurrente proporcionó realmente dos versiones y una de ellas no es descartada por las acusaciones, sin que consten en el relato fáctico "las continuas pistas falsas" a que hace referencia la sentencia mayoritaria.

Así las cosas, entiendo que el trato degradante no vendría ocasionado por un cambio de versión del acusado Nazario Javier, sino más bien porque este se negó a decir dónde se hallaba el cadáver de la víctima, siendo ello además lo que generó, lógicamente, el grave sufrimiento psíquico y moral de los familiares directos. Tan es así que en el caso de que el cadáver hubiera finalmente aparecido, todo indica que no se le habría imputado al acusado un delito contra la integridad moral, aunque no hubiera colaborado en su hallazgo.

El problema nuclear para resolver sobre la aplicación del art. 173.1 del C. Penal ha de centrarse, pues, en dirimir si hacer desaparecer el cadáver para autoencubrirse integra o no el delito en cuestión.

4. Antes de entrar a examinar ese extremo, es preciso hacer un análisis del **elemento subjetivo** del dolo en el caso concreto, pues su falta es el argumento esencial que esgrime la Audiencia para descartar la aplicación del tipo delictivo contra la integridad moral, si bien en la sentencia de casación no se examina este aspecto del tipo penal, centrándose la argumentación en el conflicto que se genera entre la aplicación de la norma penal y el derecho de defensa.

La estructura objetiva que presenta el tipo penal del art. 173.1 y el bien jurídico que tutela no hacen muy factible la aplicación de un dolo eventual. Y ello porque si la integridad moral se concibe como el derecho a no ser sometido a un trato degradante como manifestación del principio de la dignidad humana, y la ejecución de la conducta delictiva ha de generar la humillación o el envilecimiento del sujeto pasivo, reduciéndolo a la categoría de cosa o mero instrumento, no parece fácil conciliar la configuración del delito con la presencia de un dolo meramente eventual, máxime cuando el acusado no mantiene un contacto directo con los afectados.

Desde esa perspectiva no le falta cierta razón al Tribunal de instancia cuando argumenta que el hecho de que el acusado no haya dicho dónde se encuentra el cadáver no supone que haya tenido intención de vejar, envilecer y humillar a los familiares directos de la menor, especificando que lo que pretendía con su vil acción era evitar ser descubierto, en un principio, y después ocultar pruebas sobre los hechos que se le imputaban.

A ello replica el Ministerio Fiscal en su escrito de recurso que el Tribunal de instancia confunde el dolo con el móvil, alegando que el hecho de que el acusado tenga el fin o móvil de ejercitar su derecho a no declararse culpable no excluye que conozca y asuma que con sus respuestas está ocasionando un daño a la integridad moral de los familiares directos.

Frente a esto conviene subrayar que en este caso no se está ante un móvil aséptico, neutro o indiferente en el ámbito jurídico, sino que se está ante un móvil de autodefenderse en un proceso penal, móvil que se halla tutelado de forma específica nada menos que por una norma constitucional (art. 24.2 CE), factor que tiene no poca relevancia en la resolución del conflicto de intereses que se suscita.

Lo cierto es que las dos versiones contrapuestas del acusado sobre el destino del cadáver -el río Guadalquivir y un contenedor urbano de basura- fueron proporcionadas en el curso de interrogatorios policiales en los que, lógicamente, se le insiste en que aclare un dato relevante sobre los hechos. Ello permite hablar de un contexto en el que el imputado está pensando en defenderse y no en el efecto colateral que sus respuestas van a generar en unos familiares directos angustiados cuya integridad moral puede estar siendo menoscabada hasta el punto de humillarlos y envilecerlos.

El Ministerio Fiscal alega en su recurso que los pronunciamientos jurisprudenciales sobre este delito se han referido a supuestos en que la conducta degradante iba acompañada de otros hechos igualmente delictivos, como detenciones ilegales, malos tratos familiares, agresiones sexuales y ataques contra el honor, y otros hechos autónomos que se referían a la imposición de determinadas conductas vejatorias para la víctima: desnudarse, realizar actos de contenido sexual, etc.

Pues bien, ello viene a confirmar que este tipo penal suele operar cuando hay un contacto o una inmediatez entre autor y víctima, siendo excepcional la aplicación cuando el sujeto pasivo no se halla presente y el padecimiento psíquico se le causa a distancia y de forma colateral o indirecta, como aquí sucede. A lo que ha de sumarse el marco procesal en que se producen las declaraciones del acusado.

A este respecto, no está de más recordar que la parte que representa los intereses de los sujetos pasivos del delito contra la integridad moral no formuló acusación por el tipo penal del art. 173.1 contra Nazario Javier.

Por lo demás, esta Sala ha dictado numerosas sentencias en delitos cuya ejecución tiene un efecto colateral importante en la integridad moral de los familiares directos de las víctimas sin que se acuda a la aplicación del delito del art. 173.1. Y así, en las causas por delitos de detención ilegal y secuestros dilatados en el tiempo son conocidas las situaciones de angustia y terror que sufren sus familiares directos, a los que se infligen



importantes padecimientos psíquicos, siendo extraordinario que se opere en estos casos con el referido tipo penal. Y es que estos efectos colaterales que conllevan delitos de suma gravedad en los familiares próximos no los subsume esta Sala en el delito que ahora se examina, muy probablemente porque falta la degradación o vejación directa sobre el sujeto pasivo.

De todo lo argumentado se derivan dos consecuencias: primero, que el dolo propio del tipo penal se halla muy diluido en este caso; y segundo, que el problema nuclear se desplaza hacia la ocultación del cadáver como acto de autodefensa o autoencubrimiento y al consiguiente conflicto entre la tutela del bien jurídico que tutela el art. 173.1 del C. Penal y el derecho de defensa.

5. En el caso de que se concluyera que concurren los elementos del tipo penal contra la integridad moral, habría que declarar **excluida la antijuricidad** al haberse realizado la conducta en el ejercicio del derecho de defensa (art. 20.7º del C. Penal).

Según la doctrina del Tribunal Constitucional, los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable son garantías o derechos instrumentales del genérico derecho de defensa, al que prestan cobertura en su manifestación pasiva, esto es, la que se ejerce precisamente con la inactividad del sujeto sobre el que recae o puede recaer una imputación, quien, en consecuencia, puede optar por defenderse en el proceso en la forma que estime más conveniente para sus intereses, sin que en ningún caso pueda ser forzado o inducido, bajo constricción o compulsión alguna, a declarar contra sí mismo o a confesarse culpable" (SSTC 197/1995, de 21 de diciembre; 161/1997, de 2 de octubre; 67/2001, de 17 de marzo; 18/2005, de 1 de febrero; 76/2007, de 16 de abril).

Los referidos derechos -dice el TC- entroncan también con una de las manifestaciones del derecho a la presunción de inocencia, en virtud de la cual la carga de la prueba en el proceso penal corresponde a la acusación, sin que pueda hacerse recaer en el acusado la obligación de aportar elementos de prueba que supongan una autoincriminación (SSTC 161/1997, de 2 de octubre; 18/2005, de 1 de febrero; 76/2007, de 16 de abril). O, en palabras del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el derecho a no autoincriminarse "presupone que las autoridades logren probar su caso sin recurrir a pruebas obtenidas mediante métodos coercitivos o de presión en contra de la voluntad de la persona acusada" (STEDH de 3 de mayo de 2001, caso J.B. c. Suiza, § 64; 8 de febrero de 1996, caso John Murray c. Reino Unido, § 45; 17 de diciembre de 1996, caso Saunders c. Reino Unido, § 68; 20 de octubre de 1997, caso Serves c. Francia, § 46; 21 de diciembre de 2000, caso Heaney y McGuinness c. Irlanda, § 40; 3 de mayo de 2001, caso Quinn c. Irlanda, § 40; 8 de abril de 2004, caso Weh c. Austria, § 39).

El contenido esencial de tales derechos es "la interdicción de la compulsión del testimonio contra uno mismo" (STC 161/1997, de 2 de octubre) y el reconocimiento de la necesaria libertad para declarar o no y para hacerlo en el sentido que se estime más conveniente.

Y también ha afirmado el Tribunal Constitucional que el imputado en un proceso penal no está sometido a la obligación jurídica de decir la verdad, sino que puede callar total o parcialmente o incluso mentir, en virtud de los derechos a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable (SSTC 68/2001, de 17 de marzo; 233/2002, de 9 de diciembre; 312/2005, de 12 de diciembre; 170/2006, de 5 de junio) y que no pueden extraerse consecuencias negativas para el acusado derivadas exclusivamente del ejercicio de su derecho a guardar silencio o de los derechos a no declarar contra sí mismo o a no confesarse culpable (STC 76/2007, de 16 de abril). A lo que cabría añadir que el ejercicio del derecho de defensa -al que aparecen íntimamente vinculados los derechos fundamentales invocados por los recurrentes- ofrece una cobertura reforzada a las manifestaciones vertidas tanto por los Abogados en el ejercicio de su función de defensa, como por los ciudadanos que asumen por sí mismos en un procedimiento la defensa de sus derechos e intereses legítimos, por no ser preceptiva la asistencia letrada (SSTC 288/1994, de 27 de octubre; 102/2001, de 23 de abril; y 299/2006, de 23 de octubre).

A tenor de la jurisprudencia que antecede, y ante la colisión que en este caso se da entre el bien jurídico de la integridad moral de los sujetos pasivos del presunto delito y el ejercicio del derecho de defensa, entiendo que ha de prevalecer este último en lo que atañe a las diligencias de declaración que prestó el imputado en la causa.

En primer lugar, porque, tal como se ha argumentado *supra*, las declaraciones mendaces que prestó el imputado con respecto a la ubicación del cuerpo de la víctima y el contexto y ánimo con que depuso presentan unas connotaciones que no albergan el grado de ilicitud propio del tipo penal del art. 173.1. De modo que incluso, según se anticipó, habría de excluirse la apreciación de los propios elementos de la antijuricidad indiciaria y no acudir ya a la exigente del ejercicio del derecho.

En segundo lugar, si bien, según recuerda la sentencia mayoritaria citando jurisprudencia del TC, no puede afirmarse que los derechos a no declarar contra sí mismos y no declararse culpables en su conexión



con el derecho de defensa sean derechos fundamentales absolutos o cuasi absolutos que garanticen la total impunidad cualesquiera que sean las manifestaciones vertidas en un proceso ( STC 142/2009), debe advertirse, no obstante, que en el supuesto que se juzga el acusado Nazario Javier no adoptó en sus declaraciones ante los funcionarios policiales una postura verbalmente peyorativa contra los familiares directos de las víctimas ni se pronunció con frases directamente dirigidas hacia ellos o que albergaran un contenido ignominioso. Se limitó a mentir al responder a las preguntas que se le formularon sobre un extremo crucial para los familiares, pero también para él desde la perspectiva del derecho de defensa.

Se afirma que el acusado pudo guardar silencio y no mentir sobre dónde se hallaba el cadáver. Sin embargo, esa actitud no suele ser la propia de una persona lega en derecho, ya que no prevé que mintiendo sobre la ubicación del cuerpo del delito puede incurrir en un tipo penal. Lo que evidencia que la penalización de esa clase de respuestas cercena sustancialmente el derecho de defensa.

Las declaraciones sobre la ubicación del cadáver se prestaron en el marco del ejercicio del derecho de defensa, sin ningún acto directamente ofensivo hacia los familiares directos, aunque colateralmente su respuesta ocasionara un grave perjuicio moral para aquellos en cuanto obstaculizaba el hallazgo del cadáver. Pues, como ya se reiteró en su momento, el auténtico daño moral y su gravedad no proceden de dos o tres respuestas mendaces, sino realmente del hecho de hacer desaparecer el cadáver, además, en apariencia, de forma definitiva.

Ello nos sitúa en el ámbito del autoencubrimiento impune, toda vez que el acusado no comunica el lugar de la ocultación del cadáver -o cuando menos no consta que fuera veraz alguna de sus versiones- con el fin de impedir que se hallaran pruebas que podrían incriminarle.

En la sentencia de casación se viene a decir que el autoencubrimiento deja de tener fuerza exculpatoria una vez que el acusado ya se ha declarado autor del hecho homicida. Sin embargo, no debe olvidarse que fue imputado y fue acusado en el juicio también por los delitos de agresión sexual y de profanación de cadáver. Con lo cual, en el caso de que este apareciera podrían obtenerse pruebas objetivas que permitieran una condena por esos dos delitos, de los que ha sido absuelto.

Una vez establecido que las respuestas que prestó Nazario Javier sobre la ubicación del cadáver estaban legitimadas por el ejercicio del derecho de defensa, cabe plantearse la cuestión de si el hecho de hacer desaparecer de forma definitiva el cuerpo sin ocasionarle previamente trato de profanación alguno integra algún tipo penal o queda ya consumido en el delito de homicidio.

La jurisprudencia de esta Sala establece como línea general que la ocultación del cuerpo del delito por el propio autor es un acto de autoencubrimiento que ha de quedar impune. En la propia sentencia mayoritaria, al tratar el delito de profanación de cadáveres, se cita jurisprudencia sobre la exclusión de esa clase de comportamientos autoencubridores de las conductas homicidas previas. Me remito, pues, a lo argumentado en el fundamento décimo de la sentencia de casación, tanto en lo que respecta a la concepción del autoencubrimiento como supuesto de impunidad, como a la jurisprudencia que allí se cita, algunas de cuyas sentencias se refieren a conductas posteriores al acto homicida relativas a la ocultación del cadáver ( SSTS1916/1992, de 18-9; 1303/1995, de 23-12; y 70/2004, de 20-1).

En virtud de todo lo que antecede, estimo, pues, que las declaraciones sumariales del imputado estaban amparadas por el ejercicio del derecho de defensa y no pueden integrar el tipo penal del art. 173.1 que aquí se imputa.

Y en cuanto al hecho de hacer desaparecer definitivamente el cadáver y la imposibilidad de darle sepultura, que entiendo que es la acción que genera realmente el daño psíquico y moral para los familiares directos, su punición como delito autónomo contra la integridad moral no cubierto por el supuesto de autoencubrimiento impune supone apartarse de los criterios precedentes de esta Sala sobre la doctrina de los actos copenados y del autoencubrimiento. Para ello habría que enfatizar las connotaciones culturales y morales que tiene el dar sepultura a un familiar directo y sopesar las consecuencias que su impedimento genera en la integridad moral de los sujetos pasivos, y operar a mayores con un dolo de consecuencias necesarias.

En cualquier caso, y aunque podría abrirse un cauce aplicando esos criterios para acceder al concurso real de delitos (asesinato y contra la integridad moral), considero que procesalmente tampoco cabe hacerlo, ya que supondría abrir la vía a una sentencia condenatoria dictada *ex novo* en lo que viene a ser una segunda instancia, posibilidad que figura claramente vedada por la jurisprudencia del TEDH que se ha citado al inicio de este fundamento.

**TERCERO.** A tenor de los razonamientos expuestos en los dos fundamentos anteriores, solo cabe concluir, discrepando de la mayoría, que debieran desestimarse los recursos de casación, dejando firme la sentencia recurrida por ajustarse a derecho.



**PUBLICACIÓN.-** Leídas y publicadas han sido las anteriores sentencias por el Magistrado Ponente Excmo. Sr. D. Juan Saavedra Ruiz, mientras se celebraba audiencia pública en el día de su fecha la Sala Segunda del Tribunal Supremo, de lo que como Secretario certifico.

FONDO DOCUMENTAL CENDOJ